Iñaki Rivera Beiras (Coord.)

Política Criminal y Sistema Penal

Viejas y nuevas racionalidades punitivas

Copia privada para fines exclusivamente educacionales. Prohibida su venta

ANTHROPOS

POLÍTICA CRIMINAL
Y SISTEMA PENAL

AUTORES, TEXTOS Y TEMAS

CIENCIAS SOCIALES

Colección dirigida por Josetxo Beriain

41

Utopías del control y control de las utopías

Proyecto Editorial en colaboración entre el OSPDH (Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona) y Anthropos Editorial

Coordinado por Roberto Bergalli e Iñaki Rivera Beiras

Iñaki Rivera Beiras (Coord.)

POLÍTICA CRIMINAL Y SISTEMA PENAL

Viejas y nuevas racionalidades punitivas

Elisabet Almeda Samaranch
Gabriel Ignacio Anitua
Mónica Aranda Ocaña
Francisca Cano López
Patricia Faraldo Cabanas
Gabriel Miró Miquel
Marta Monclús Masó
Ignacio Muñagorri Laguía
Gemma Nicolás Lazo
Diego Zysman Quirós

Amb la col·laboració de la Regidoria de Drets Civils i de la Dona de l'Ajuntament de Barcelona

OSPDH
Observatori del sistema penal i els drets humans

ANTHROPOS

POLÍTICA Criminal y Sistema Penal : Viejas y nuevas racionalidades punitivas / Iñaki Rivera Beiras (Coord.). — Rubí (Barcelona) : Anthropos Editorial ; Barcelona : Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la UB, 2005
494 p. ; 20 cm. (Autores, Textos y Temas. Ciencias Sociales ; 41. Serie Utopías del control y control de las utopías)

Bibliografía p. 455-485
ISBN 84-7658-720-1

1. Política criminal 2. Criminología 3. Ciencias sociales - Filosofía I. Rivera Beiras, Iñaki, Coord. II. Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la UB (Barcelona) III. Colección
343.9

Primera edición: 2005

© Iñaki Rivera Beiras *et alii*, 2005
© Anthropos Editorial, 2005
Edita: Anthropos Editorial. Rubí (Barcelona)
www.anthropos-editorial.com
En coedición con el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona
ISBN: 84-7658-720-1
Depósito legal: B. 1.094-2005
Diseño, realización y coordinación: Plural, Servicios Editoriales (Nariño, S.L.), Rubí. Tel. y fax: 93 697 22 96
Impresión: Novagràfik. Vivaldi, 5. Montcada y Reixac

Impreso en España – *Printed in Spain*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en, o transmitida por, un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

PRESENTACIÓN

1. La obra que se presenta a continuación, bajo el título POLÍTICA CRIMINAL Y SISTEMA PENAL. VIEJAS Y NUEVAS RACIONALIDADES PUNITIVAS, representa la culminación de un proceso de estudio, discusión e investigación que ha tenido lugar en estos últimos tres años; por cierto, tres años cruciales en el terreno de las políticas *criminales*.

En efecto, la misma comenzó siendo concebida como un instrumento para los estudiantes de las ciencias penales menos consideradas, como luego se señalará. Fue así como en unos iniciales cursos de Política criminal —en el seno del *Graduat en Criminología i Política criminal* de la Universitat de Barcelona— fui concibiendo la idea de trazar un recorrido que sirviese de rumbo histórico-político para que los estudiantes comprendieran la «historia del presente» de las políticas penales, rastreadas al estilo genealógico y seguidas analíticamente. El entusiasmo y participación de los estudiantes contribuyó a alimentar aquella tarea inicial y la misma tomó así el rumbo de una investigación mucho mayor, mucho más enjundiosa y que por ello requirió la colaboración de otros/as colegas docentes e investigadores/as (de Barcelona, de Galicia y de Euskadi) quienes, con sumo gusto, se unieron al proyecto que ahora se presenta.

Así se fue gestando una obra historiográfica sobre el tránsito de las políticas penales, tal y como se expondrá a seguido en 2). Lamentablemente, decisiones universitarias (motivadas por otros intereses) provocaron que hubiese de abandonar la docencia de aquella asignatura para hacerme cargo de otra vinculada a la *Historia del pensamiento criminológico*. La obra estaba en marcha y el entusiasmo y apoyo estudiantil acompañaba el proceso. Ello nos decidió a que, pese a muchos sinsabores que

sería tedioso explicar aquí, debíamos culminar y readaptar en parte el proyecto inicial.

El decidido apoyo de los amigos de Anthropos Editorial constituyó otro aliciente para continuar en la tarea investigadora. Asimismo, la ayuda recibida de la Regidoria de Drets Civils i de la Dona del Ajuntament de Barcelona para todas las actividades que desarrollamos desde el Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, contribuyó en gran medida a la realización del trabajo.

Por todo ello, quiero en primer lugar agradecer a las instituciones mencionadas la confianza que en un determinado momento nos otorgaron, así como las ayudas recibidas. Sin su concurso, difícilmente este trabajo hubiese podido culminar. A los/as compañeros/as que participan en el volumen con sus contribuciones les agradezco también el esfuerzo realizado y me alegro de que, una vez más, nos podamos reunir en una experiencia colectiva de reflexión, diálogo y, por ello, de franca comunicación.

2. El volumen se ha estructurado en tres partes y a lo largo de un total de ocho capítulos. La primera parte, pretende penetrar en el debate gnoseológico en torno a cuanto pueda entenderse por *Política criminal, Criminología y Penología*. Es sabido que estas tres disciplinas, al menos desde el «modelo integrado» pretendido desde Marburgo por Von Liszt hacia finales del siglo XIX, constituyeron —junto al derecho penal— las conocidas «ciencias penales». Sin embargo, no es tan conocido por qué triunfó hegemónicamente una mera exposición dogmática de las normas penales, en detrimento de otras aproximaciones que fueron, cuanto menos, silenciadas. Volver a recorrer el surgimiento de estas disciplinas, conocer no sólo sus elementos epistemológicos (objeto de estudio, método, fuentes, estatus científico, etc.), sino sus avatares histórico-políticos, puede ayudar a la comprensión del fenómeno antes indicado y a desvelar por qué, en definitiva, generaciones enteras de juristas y otros científicos sociales no tuvieron ocasión de formarse con el concurso de aportaciones que, precisamente, algunas, venían a poner en cuestión el contenido mismo de las normas (y *praxis*) punitivas.

Por ello, los iniciales capítulos de esta primera parte abordan el debate epistemológico sobre las materias aludidas y, de inmediato, inician el recorrido del pensamiento criminológico y político-criminal que alcanzará hasta la etapa de enajenación europea simbolizada en el *universo concentracionario*, parafraseando a David Rousset, Hannah Arendt y otros supervivientes y estudiosos del Holocausto, de la Solución Final y del genocidio euro-

peo que acabó por costar la vida de más de cincuenta millones de seres humanos. Podrá parecer increíble *a priori*, pero analizando en detalle el papel cumplido por algunos prestigiosos penalistas afectos al régimen nazi, podrá comprenderse por qué se menospreció un abordaje político-criminal —tras el fin de la Segunda Guerra Mundial— y se prefirió orientar al derecho penal en la ya aludida mera exposición de unas categorías dogmáticas y supuestamente neutras. Como ha revelado Muñoz Conde, fue mejor, para no tener que hurgar en un pasado auténticamente *criminal*, reducir la enseñanza de la cuestión criminal a un debate entre «causalistas y finalistas» en el que se formó a generaciones enteras de juristas.

La segunda parte de la obra inicia su andadura precisamente tras el final de la Segunda Guerra Mundial. Iba a iniciarse el momento «dorado» del constitucionalismo social, el del garantismo penal para cuanto aquí interesa. Evidentemente ello no puede comprenderse en su totalidad sin el recuerdo, sin la vigencia de aquel universo concentracionario aludido. Como señaló Adorno, Auschwitz se erigió en un nuevo imperativo categórico. Al grito de ¡Nunca más! y como freno definitivo a la barbarie criminal y enajenada del autoritarismo *nazi-fascista* (y de sus satélites), Europa inauguraba, junto a la tarea de la reconstrucción continental, un nuevo tipo de constitucionalismo que, con las garantías de rigidez que le son propias, desplegaba amplios catálogos de derechos fundamentales, civiles, sociales, políticos y procesales. En todo ello tuvo un papel protagonista la *Resistenza* que comprendió que la «lucha por los derechos» construía un escenario que debía ser fortalecido de modo permanente. El pensamiento y la *praxis* crítica atravesaron Europa y los Estados Unidos de Norteamérica. Las distintas expresiones que en el campo de la cuestión criminal se verificaron en las décadas de los años sesenta y setenta modificaron substancialmente la epistemología de cuanto hasta entonces se definía como Criminología. Su substitución por una Sociología del Control Penal que, como ha señalado Bergalli, examina el sistema penal *estático* (el ámbito de creación de las leyes penales) y el sistema penal *dinámico* (vinculado a los niveles de interpretación y aplicación de aquellas normas), modificó el objeto de estudio de aquella disciplina. Ahora se trataba de analizar, bajo el paradigma de la definición, cómo y por qué (y bajo qué intereses) se sancionan determinadas normas punitivas; asimismo, empezaron a ser analizadas la conformación y el comportamiento de las agencias del Sistema Penal: la policía, la jurisdicción y la cárcel. Evidentemente, la mutación operada era total.

Mas, el Estado social edificado a caballo de las Constituciones señaladas no tardaría en entrar en crisis. O'Connor definió la «crisis fiscal del Estado» cuando, a partir de la crisis de 1973, los Estados comenzaron la reducción del gasto público, del gasto social. Ello iba a provocar notables consecuencias en el terreno de las políticas penales, las cuales volverían a sufrir una importante involución. De esta crisis también se ocupa la segunda parte de la obra, la cual se desdobla en sendos capítulos que examinan semejantes repercusiones en Europa, por un lado, y en los Estados Unidos de Norteamérica, por otro. La construcción de la llamada *cultura de la emergencia y de la excepcionalidad penal* (surgida para dar una respuesta extraordinaria a la emergencia de la violencia política en Europa) y de la *Criminología de la Intolerancia* de raigambre norteamericana y anglosajona (para gobernar punitivamente la pobreza y miseria ajenas a la lógica del mercado), constituyen dos peligrosas líneas político-criminales que, como representación penal de la crisis del Estado social, allanaron el camino —mucho antes de los atentados a las Torres Gemelas y al Pentágono, el 11 de septiembre de 2001— para el recorte de libertades que venimos padeciendo en los últimos tiempos. Los diversos escenarios bélicos y la imagen de la guerra como discurso y *praxis*, cierran esta parte de la obra.

Finalmente, la tercera parte alcanza la comprensión de las políticas penales que se han venido desarrollando en los últimos años en el Estado español. En efecto, el Capítulo VII aborda algunos ejemplos concretos en torno al tratamiento penal que han recibido ciertos problemas sociales. Así, por ejemplo, el análisis de los principios constitucionales en materia político-criminal, la gestión penal de los flujos migratorios, las respuestas legislativas al llamado terrorismo, el abordaje penal de la cuestión minoril, la construcción socio-legal del *problema droga*, las políticas penal-penitenciarias para las mujeres, son aquí examinados como ejemplos paradigmáticos del discurrir político-criminal de estos años. Parecería entonces que la única imaginación gubernamental ha sido la vía de la criminalización o del tratamiento penal de los problemas sociales. Es decir, el Sistema penal también en España, y en el marco del contexto occidental antes examinado, se ha ido alejando cada vez más de las bases liberales que en otro tiempo le habían fundado.

La obra termina con un capítulo (el VIII) abocado al examen de la última reforma española en materia de cumplimiento de penas privativas de libertad y con una última reflexión en torno a la idea de un derecho penal «intercultural» en el marco de la crisis del concepto de soberanía. Dos importantes trabajos que

nos sitúan en los bordes, en los límites de las políticas penales a que hemos llegado. Esperemos que los nuevos rumbos gubernativos que ha iniciado el Estado español, nos devuelvan a una racionalidad que parecía haberse extraviado; aún no hay perspectiva suficiente para ello, el tiempo dirá hacia dónde se encaminarán las políticas criminales. Pero, para poder comprenderlas, estimo que la obra brinda no pocas herramientas.

3. A nadie escapa que estamos viviendo acontecimientos de una vertiginosidad escalofriante en lo que hace al surgimiento de «nuevas» racionalidades punitivas. La crisis de la cultura del *welfare* —en aquellos ámbitos en los que alguna vez se disfrutó de la misma— viene produciendo notables consecuencias en el ámbito de los sistemas penales. La caída del «constitucionalismo social», el descenso de garantías procesal-penales, la irrupción de tecnologías (incluso privadas) de carácter punitivo y de orientación claramente incapacitadora, devuelven a la penalidad el rostro de crueldad que algunas operaciones reformistas habían pretendido maquillar durante las últimas décadas. Las imágenes se agolpan: Guantánamo, leyes «patrióticas» que pretenden legalizar formas atenuadas de tortura, malos tratos a presos en cárceles iraquíes, impunidad para crímenes de guerra... Pero ¿qué supone todo ello al lado de las opciones bélicas, de la guerra como discurso y como *praxis* y de todos los eufemismos que la rodean (víctimas colaterales, ataques preventivos...)? La excusa de la «guerra contra el terrorismo» y el *management* del miedo que se transmite a la sociedad justifica cualquier intervención. Parece que volvemos a épocas y a ámbitos que Pietro Costa calificó como «zonas de no-derecho», espacios ajenos a la regulación jurídica donde el Poder puede mostrarse en toda su majestuosidad.

Semejantes acontecimientos nos hablan de políticas auténticamente *criminales* que nos sumen en el horror que nos transmiten los *media* desde que comenzamos el día por la mañana. Cada día el horror supera el de la víspera... y lo peor es que semejante barbarie se internaliza y se normaliza. ¿Hacia dónde nos encaminamos? ¿Cuál es el grado de amnesia en el que nos han situado (y hemos permitido)? Por supuesto que no pretendemos responder a semejantes interrogantes; no es poco plantearlos. Además, tal vez, sí que podamos reflexionar si miramos el discurrir de las políticas penales de los últimos dos siglos. Semejante ejercicio nos brinda, al menos, herramientas con las que pensar el presente y desarrollar estrategias de conocimiento y resistencia a la barbarie de una globalización que hasta ahora sólo ha demostrado ser un proyecto de *norteamericanización* del planeta

en aras a la construcción de un mercado único, global y sin las «trabas» que otros pactos entre capital y trabajo antaño pretendieron que la racionalidad mercantil no fuese la hegemónica. Como indica Reyes Mate, volver a desarrollar una reflexión anamnética sería, al menos, un importante paso adelante. Si a esa tarea reflexiva puede en algo contribuir el presente volumen, entonces el esfuerzo habrá valido la pena.

IÑAKI RIVERA BEIRAS

Barcelona, octubre de 2004

PRIMERA PARTE

DEBATES EPISTEMOLÓGICOS Y DESARROLLOS HISTÓRICOS

CAPÍTULO I

ELEMENTOS PARA UNA APROXIMACIÓN EPISTEMOLÓGICA

Iñaki Rivera Beiras

1) Los conceptos de Política y las distintas racionalidades que les inspiran

Etimología y primeros significados de la Política

Desde luego, no se pretende aquí ofrecer una *teoría general* en torno a la política, ni siquiera en torno al poder. El desarrollo de la Ciencia y Filosofía políticas ha dado cumplida tarea de ello y, como es bien sabido, la vasta literatura en torno a estos problemas es tan amplia como la misma historia de la humanidad. Tan sólo se pretende que, antes de penetrar en los significados de lo que ha sido establecido gnoseológicamente como *política criminal*, se reflexione acerca de algunos elementos —previos— que han caracterizado, a través del repaso por los autores más clásicos de la politología, a lo que se ha denominado como actividad *política*.

Tal y como indica Bobbio en su *Dizionario di Politica* (1992: 800), desde un punto de vista etimológico, la «política» traduce una derivación del adjetivo de «polis» (*politikós*), significante de todo lo referido a la ciudad. En ese sentido, el propio *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, la define como «arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados. // Actividad de los que rigen o aspiran a regir los asuntos públicos».

Por cuanto hace a su significado clásico-antiguo, sin duda, al referirse a la política, debe hacerse una mención especial a Aristóteles, a partir de quien se localiza el primer gran tratado titulado *La Política*, referido a la naturaleza, funciones y particiones del Estado y sobre el arte y formas de gobernar la Polis. Aristóteles señaló ya el decisivo elemento del «poder» al referirse a la políti-

ca, efectuando una tipología que destacó tres tipos de «formas de ejercer el poder»: *a*) el poder paterno, ejercitado en nombre del hijo; *b*) el poder despótico, ejercitado en interés del patrón; *c*) el poder político, ejercitado en interés de quien gobierna y es gobernado. Estas distinciones, como luego se verá, darán paso a distintas expresiones de legitimación del poder.

Expresiones modernas de la Política

Durante siglos, sin embargo, el término «Política» fue empleado fundamentalmente para señalar obras dedicadas al estudio de toda esfera de actividad humana que tuviese, en cualquier manera, una relación con el Estado (Bobbio, *ibídem*). Es a partir de la Edad Moderna cuando el vocablo adquiere nuevas expresiones: como «ciencia del Estado», como «doctrina del Estado» (Jellinek, 1900),[1] como «Ciencia Política», como «Filosofía Política» (Hegel, 1821).[2]

Asimismo, será también en esta época cuando se retome y se considere especialmente el elemento del «poder» (político) como *conjunto de actividades* que se expresan en determinados verbos: conquistar, mantener, defender, ampliar, reforzar, abatir.

La expresión de «lo político», entonces, va a ir siendo paulatinamente asociada al control y, especialmente, al control del territorio, del espacio. Como indica Bobbio,

> [...] a la esfera de la política pertenecen actos tales como mandar (o prohibir) algunas cosas con efecto vinculante para todos los miembros de un determinado grupo social; ejercitar un dominio exclusivo sobre un determinado territorio; legislar con normas válidas *erga omnes*; extraer y distribuir recursos de un sector a otro de la sociedad, etc.

En tal sentido, y dentro del significado propio de la Edad Moderna del término «Política», cuando la idea de Estado va asumiendo un lugar central, los verbos y las principales «actividades» del «poder político» van a ser: organizar, burocratizar, estudiar, justificar, modificar el Estado. A partir de este momento, y a través de la decisiva vinculación con el «poder», los tres conceptos que rondan irán siempre vinculados: Poder-Política-Estado.

El problema de la «legitimación del poder» se revela decisivo. De acuerdo con la concepción hobessiana, el poder se vincu-

1. Cfr. *Doctrina General del Estado.*
2. Cfr. *Filosofía del Derecho.*

la con los medios para obtener cualquier ventaja. B. Russel, en 1938, en su obra *El Poder*, entendió a éste como el conjunto de medios que permiten producir los efectos deseados (1972). Max Weber expresó que «poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad» (1984: 43). De ellos, y otros, se extraerá la idea de que el poder siempre supone la relación entre dos sujetos, de los cuales uno impone al otro su propia voluntad porque tiene la posesión de los medios necesarios para ello; medios que siempre van a referirse al *dominio* sobre otros o al *dominio* sobre la naturaleza. El «poder político» se vincula con la primera expresión de *dominio* o *dominación*.

Algunas tipologías en torno al poder-político

En este punto, como se anticipó ya, vale la pena recordar la tipología aristotélica que destacó tres formas de ejercer el poder: *a*) el poder paterno, ejercitado en nombre del hijo; *b*) el poder despótico, ejercitado en interés del patrón; *c*) el poder político, ejercitado en interés de quien gobierna y es gobernado. Esta tipología fue perfectamente reasumida por el *iusnaturalismo*, el cual se abocó al tratamiento de la cuestión más trascendente cual fue la de la legitimación y el fundamento del poder, cuestiones que pueden hallarse con claridad en el Cap. XV del *Segundo Tratado sobre el Gobierno*, de Locke. Allí se añadirán a las mencionadas formas de poder aristotélicas, ciertas fuentes de legitimación: *a*) para el poder paterno: la naturaleza; *b*) para el poder despótico: el castigo por un delito cometido (la única hipótesis en este caso: la del prisionero de guerra que ha perdido una guerra injusta); *c*) para el poder civil: el consenso.

A semejantes fuentes de legitimación del poder, le corresponden a su vez las tres fórmulas clásicas de fundamento de las obligaciones: *ex natura, ex delicto, ex contractu*. Así, en la realidad de los gobiernos, las relaciones entre soberano y súbditos vendrá más o menos asimilada al vínculo entre padre-hijo; amo-esclavo; necesidad de lograr el bienestar público fundado en el consenso (Bobbio *op. cit.*: 801).

Señala Bobbio que, dentro de una relación de poder, y atendiendo al medio del que se sirve el sujeto activo para condicionar el comportamiento del sujeto pasivo, pueden distinguirse tres grandes clases en el ámbito del concepto más lato de poder: el poder económico, el poder ideológico y el poder político.

El primero, el poder económico, implica la posesión de ciertos bienes, especialmente para la producción de otros bienes. Se mantiene la hegemonía pagando un salario por la fuerza de trabajo.

El segundo, el poder ideológico, se funda sobre la influencia de ideas mantenidas por alguna persona investida de una cierta autoridad (el sabio, el sacerdote, el gobernante) frente a la sociedad para cumplir el proceso de socialización que se entenderá como necesario para el mantenimiento de la cohesión social y la integración del grupo (ejemplo: el poder de definir).

El tercero, el poder político, está fundado en la posesión de los instrumentos a través de los cuales se ejercita la fuerza física (las armas de cualquier especie y grado). Se trata del «poder coactivo» en el sentido más estrecho de la palabra.

Esas tres formas de poder sirven al mantenimiento de una sociedad desigual: ya sea dividida entre ricos y pobres, sabios e ignorantes, o fuertes y débiles. En cualquiera de los tres casos, se trata de mantener «superiores e inferiores» (Bobbio *op. cit.*: 802).

Esta distinción entre tres tipos principales de poder, se corresponde con la mayor parte de las teorías sociales contemporáneas en las que se pueden observar tres subsistemas principales como son la organización de las fuerzas productivas, la organización del consenso y la organización de la coacción.

Cuanto acaba de señalarse se vincula, entonces, con el elemento de la «fuerza» y con el uso exclusivo de la misma. Se trata claramente del «poder de coacción» al que recurre todo grupo social (la clase dominante de todo grupo social), en última instancia, como *extrema ratio*, para defenderse de los ataques externos o para impedir con la disgregación del grupo la propia eliminación (Bobbio *ibídem*). Evidentemente, la fuerza y el poder de coacción sirven, en caso extremo, para impedir la insubordinación o la desobediencia de una parte de la sociedad contra quien detenta el poder y, en tal sentido, se revela como instrumento para la conservación del poder mismo.

Como se irá viendo más adelante, la fuerza, el poder coactivo, el *ius puniendi* del Estado, se expresan en amplias gamas de sanciones posibles. Pero desde ya cabe señalar con Bobbio que, por ejemplo, si bien la amenaza de sanciones económicas constituye un poder de los que se está tratando, sin duda es la guerra el ejemplo paradigmático del uso de la fuerza.

Ahora bien, si el uso de la fuerza es una condición necesaria, o elemento distintivo del poder político (respecto de otros poderes), ello no significa que sea suficiente para ello. También pueden usar la fuerza grupos armados, asociaciones para delinquir, etc. y no por ello ejercitan un poder político considerado legíti-

mo. Lo que caracteriza el uso de la fuerza —para poder hablar de poder político— es la exclusividad de ese uso respecto de todas las personas y grupos sociales, a través del proceso de monopolización de dicho uso, del ejercicio de la coacción física. Este proceso de monopolización se expresa con el «*proceso de criminalización y penalización*» de todos los actos de violencia que sean cometidos por personas no autorizadas, extraños de los detentores o beneficiarios del aludido monopolio.

Ello puede verse en la hipótesis hobbesiana que fundamenta la teoría moderna del Estado, el pasaje del estado de naturaleza al estado civil, de la *anarquía a la archía*, del estado apolítico al político, precisamente acontece cuando las personas renuncian al uso individual de la propia fuerza (que le hacía *igual* en el estado de naturaleza) para ponerla en manos de una única persona o de un único cuerpo que de ahora en adelante será el único autorizado a usar esa fuerza.[3]

En esa línea se enmarca la conocida definición de Weber del Estado cuando en su *Economía y Sociedad* expresa:

> [...] por Estado se debe entender un *instituto político* de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente [*op. cit.*: 43-44].[4]

El uso del derecho y de la política criminal, entonces, jugarán un destacado papel en esa legitimación del uso de la fuerza y de la coerción física que, por medio del Derecho, devendrá (o al menos así se pretenderá) *legítima*. Sobre ello, que aquí sólo se apunta, se volverá más adelante.

Poder (y resistencia al poder) en Michel Foucault

Otra concepción, diversa de cuanto se está señalando, es la presentada por Foucault, donde puede verse la muy interesante cuestión del binomio «poder-resistencia». Junto al surgimiento histórico del derecho de resistencia y frente a la tradición anarquista que

---

3. Cfr. *El Leviatán*, Tomo II, Parte II «Del Estado», Epígrafes XVII, XVIII, XIX y XX (1994).

4. Asimismo, señalaba Weber respecto al «líder político» que «es aquel capaz de decidir responsablemente e imponer estrategias innovadoras dentro del marco de la racionalidad jurídico-organizativa del Estado Moderno [...]. El líder político no sólo debe tener profesión (ser profesional) sino pasión» (*op. cit.*: 44).

dicho tema reconoce, el mismo ha sido también tratado, desde otra posición, por Foucault, fundamentalmente, en su «segunda etapa», iniciada en 1971 y conocida bajo el nombre de su «genealogía del poder» (cfr. Morey, 1983). En efecto, como señala Sauquillo (1989),

> A un poder difuso que atraviesa el cuerpo social, Michel Foucault oponía múltiples focos de resistencia irreductibles a una estrategia común. En *Histoire de la sexualite (I), La volonté de savoir*, Foucault analiza las estrategias de resistencia en el conjunto de las relaciones de poder. Allí no se señala para la resistencia una relación de exterioridad respecto de las relaciones de poder —«donde hay poder hay resistencia»—, pero esta circunstancia no le concede indefectibilidad al poder. La interioridad de la resistencia apunta a la misma versatilidad de uno y otro extremo del campo de fuerzas —poder y resistencia—, de la misma forma que no existe un centro de poder, tampoco existe un lugar del gran rechazo» [*op. cit.*: 315-316].

A pesar de que Foucault, como se ha dicho, se ocupó del tema de la resistencia, no consiguió desarrollar una «teoría general» de la misma. Y la explicación de ello se halla precisamente en la concepción que del poder tenía el escritor francés. En efecto, para éste no existía un poder centralizado, un centro de poder, sino «redes» de poder y, en consecuencia, si la resistencia es por él entendida en «connivencia contradictoria» con el poder, allí donde éste sea constatado, aquélla podrá tener un espacio de expresión. Dicho de otro modo, si el poder es difuso, existirán diversas formas de resistencia y no se expresará en una manera global de contestación. No obstante, Foucault ha diseñado vías interesantes para una comprensión del fenómeno de la resistencia. Pueden, en extrema síntesis, señalarse:

- que afirmar que no hay espacio de resistencia sin confrontación o ejercicio de relaciones de poder, no convierte al poder en una substancia fatal e innecesaria;
- que tampoco conduce aquella afirmación a renunciar a toda forma de resistencia, sino al compromiso de que siempre se ha de resistir a través de una tarea de renovación infinita que no admite descanso;
- que el trabajo de la libertad no se culmina, es propio de un estado insomne que apunta a una concepción no teleológica de la acción política;
- que en el combate político no se lucha por el desarrollo de la justicia, la supresión del dominio de clase o el engrandecimiento de la naturaleza humana: siempre que se lucha, se lucha por el poder;

- que toda relación de poder implica una estrategia de lucha que, a su vez, pretende erigirse en relación de poder;
- que esta manifestación de materialismo político no desemboca en el desfallecimiento, sino en la proliferación de las diferencias.

El propio Foucault, a propósito de interrelacionar al poder con la resistencia, señalaba...

> [...] que no existen relaciones de poder sin resistencias; que éstas son más reales y más eficaces cuando se forman allí mismo donde se ejercen las relaciones de poder; la resistencia al poder no tiene que venir de fuera para ser real, pero tampoco está atrapada por ser la compatriota del poder. Existe porque está allí donde el poder está: es pues como él, múltiple e integrable en estrategias globales [1980: 171].

Una cita que Morey (1983) efectúa de Foucault, resume de modo bastante claro a qué tipo de estrategias se refiere el autor francés:

> [...] el gran juego de la historia está en quién se apoderará de las reglas, quién ocupará el lugar de los que las utilizan, quién se disfrazará para pervertirlas, para utilizarlas en sentido contrario y girarlas contra las que las habían impuesto; quién, introduciéndose en el complejo aparato, lo hará funcionar de tal manera que los dominadores se encontrarán dominados por sus propias reglas [*op. cit.*: 356].

Consideración del problema de los «límites» del poder político

La cuestión del monopolio de la fuerza en el ámbito de un determinado territorio y en relación a un grupo social, produce ciertas consecuencias que se traducen en caracteres específicos del poder político y que lo diferencian de toda otra forma de poder. Bobbio alude con ello a la «exclusividad, la universalidad y la inclusividad» (*op. cit.*: 803). Por exclusividad se entiende la tendencia que los detentores del poder político manifiestan a no permitir en su ámbito de dominio la formación de grupos armados independientes.[5] La universalidad se refiere a la capacidad que tienen los detentores del poder político, y sólo ellos, para tomar decisiones legítimas y efectivamente operativas para toda la colectividad. Por inclusividad se entiende «la posibilidad de interve-

5. Este carácter permite, agrega el citado autor, distinguir un grupo político organizado de la «sociedad de ladrones» (el *latrocinium* de que hablaba Agostino).

nir imperativamente en toda posible esfera de actividad de los miembros del grupo dirigiéndoles hacia un fin deseado a través de los instrumentos del ordenamiento jurídico, es decir, de un conjunto de normas primarias dirigidas a los miembros del grupo y de normas secundarias dirigidas a los funcionarios especializados, autorizados para intervenir en el caso de violaciones de las primeras» (*op. cit.*: 804).

Cuanto acaba de señalarse no significa que al poder político no se le establezcan límites o, lo que es lo mismo, no debe entenderse ese uso de la fuerza como ilimitado. Ahora bien, los límites al Estado y a su ejercicio monopolístico de la violencia y de la coacción física varían de una forma de Estado a otra. Bobbio señala que, por ejemplo, el Estado teocrático extenderá el poder sobre las esferas religiosas; el Estado laico no entrará en aquellas esferas con su poder; el Estado colectivista extiende su poder sobre esferas económicas; el Estado liberal clásico se retrae de actuar en ellas; o el Estado totalitario extenderá su poder en todas las esferas. La cuestión de los límites será decisiva a la hora de estudiar la Política criminal con el fin de examinar si aquéllos existen en mayor o menor medida, si se plantean modelos de derecho penal máximo o mínimo, si se plantean modalidades de ejecución penal duras o más abiertas, etc. Sobre estas decisivas cuestiones se volverá más adelante.

La concepción de la Política como relación «amigo-enemigo»

Señaló Carl Schmitt en 1927, en su obra *La categoría del político*, que la esfera de la Política coincide con la esfera de «amigo-enemigo» (cfr. 1972). Con base en esta definición el campo de origen y de aplicación de la Política evidencia ante todo el antagonismo y su función consistirá en las actividades para agregar y defender a los amigos y desagregar y combatir a los enemigos. Señala Bobbio, a partir del estudio que realiza sobre la obra de Schmitt, que ello se apoya en sus concepciones sobre la moral, el arte, etc., las cuales también se asientan sobre contraposiciones fundamentales, tales como bueno-malo (desde un paradigma propio de la moralidad), limpio-sucio, bello-feo (desde un punto de vista estético), etc.

En esta visión, la Política asume el rasgo característico del conflicto puesto que cualquier divergencia de intereses puede en algún momento transformarse en rivalidad o antagonismo entre personas o grupos sociales. El grado más alto de conflicto —político— se da, entonces, cuando el recurso a la fuerza debe ser empleado. En esa dirección, indica Schmitt que el punto más agudo

del conflicto político está sin duda representado por la guerra, tanto la externa como la interna: el combate contra el *enemigo*.

Sobre el rol desempeñado por Carl Schmitt —en especial, durante el régimen nacional socialista alemán— será particularmente importante retomar esta consideración de la Política más adelante, no sólo cuando se traten las cuestiones atinentes a la «militarización del sistema penal» y las apuestas bélicas (y tantos ejemplos de ello se verá que han habido en la historia), sino, incluso, cuando se establezcan las categorías político-criminales del llamado «derecho penal del enemigo». Por ahora, conviene entonces recordar que cuando se trata acerca de la Política:

a) lo que caracteriza el uso de la fuerza para hablar de poder político es la exclusividad de esa utilización respecto de todas las personas y grupos —a través del proceso de monopolización de la misma—, con la cual es posible el ejercicio de la coacción física.

b) Este proceso de monopolización se expresa, a su vez, a través de los procesos de criminalización y penalización de todos los actos de violencia que sean cometidos por personas no autorizadas, extraños de los detentores o beneficiarios del aludido monopolio.

Para acabar estas nociones meramente introductorias, cabe insistir, una vez más, que cuando hablamos de Política (y, como se verá, especialmente de la adjetivada como *Criminal*), estamos tratando sobre el uso de la fuerza, del empleo de la violencia —y del monopolio de la misma. Más exactamente, se trata —en el terreno político-*criminal*— de gobernar a través de la utilización de la coacción física, llegando, si fuera preciso, a la aprehensión de los cuerpos, ya sea matando, encerrando, desterrando, expulsando, etc. (Foucault 1988 y 1992).

La Política criminal y las categorías de lo político y de lo científico

Una última reflexión que también será retomada más adelante. Un tipo de *conocimiento* como el que se está tratando, ¿estará atravesado de «racionalidad *científica*» o identificará un catálogo de «decisiones *políticas*»? Expresado de otro modo: en cuanto se refiere al substrato epistemológico de una forma de conocimiento como la aquí abordada, ¿puede hablarse de un conocimiento *neutral, científico o político*? Estos decisivos interrogantes serán desarrollados en diversas partes de esta obra, a la luz de las importan-

tes consideraciones que al respecto vertiera hace tantos años Weber en su obra precisamente titulada *El Político y el Científico* (1975).

Pero, desde ya, conviene recordar lo que en la Introducción a esa obra señalaba Raymond Aron a propósito de la clásica dicotomía entre conocimiento científico y acción política:

> Tanto si se trata de ciencia como de política, Max Weber perseguía siempre el mismo fin: delimitar la ética propia de una determinada actividad, que él suponía debía ser la que se ajustaba a su finalidad peculiar [*op. cit.*: 34].

Desde ya conviene advertir, no obstante, que el tipo de desarrollo que seguirá esta obra, pretende siempre vincular el ámbito político (criminal) con el marco estructural, político, propio de determinadas formas-Estado que contribuyeron a moldear las elecciones de aquel ámbito decisional.

2) **Política criminal. Primeros empleos conceptuales y Escuelas filosófico-penales**

Reconocía Jiménez de Asúa que es muy difícil saber quién empleó por primera vez el término de *Política criminal*. Recordando la *Sociología Criminal* de Ferri, indica que el autor italiano señala a Feuerbach como quien la habría empleado en 1799. Sin embargo, Jiménez de Asúa establece que «cinco años antes ya la había definido su recalcitrante adversario Gallus Aloys Kleinschrod» (1964: 171).

Pese a ello, Jiménez de Asúa es partidario de poner el punto de arranque de la Política criminal un poco antes, cuando ya se había teorizado sobre la necesidad de reforma del Derecho penal. En efecto, a partir de la obra del Marqués de Beccaria puede hallarse «una primera dirección de la Política criminal» (*op. cit.*: 172), pese a lo cual el citado autor admite que «si la Política criminal fue italiana por origen se hizo alemana por adopción» (*ibídem*).

Primeros debates epistemológicos en torno al estatus de la Política criminal

Recordando una de las iniciales definiciones de Política criminal de Kleinschrod, la misma parece considerarse como «arte legislativo», lo que servirá para diferenciarla ya del Derecho penal. En tal sentido, la Política criminal sería el conocimiento de aquellos medios que el legislador puede hallar, según la especial dispo-

sición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el Derecho Natural de sus súbditos. De allí que Jiménez de Asúa sitúe en aquel primigenio momento la posibilidad de integrar, en un sistema, al «Derecho criminal y a la Política criminal» (*ibídem*). Sobre esta «integración» posible, como se verá, se volverá repetidas veces más adelante.

Estas serían, entonces, las primeras definiciones que se hallan en torno al contenido posible de la Política criminal y pertenecen, como se ve, a los últimos años del siglo XVIII. Respecto de ellas, Jiménez de Asúa se ha mostrado crítico para anunciar que los sólidos cimientos de la nueva disciplina vendrían más tarde. En efecto, él señaló que aquellas primeras direcciones tuvieron «el defecto de que su majestuoso edificio carecía de base sólida, ya que se construyó con los simples datos del razonamiento y con el método lógico abstracto» (*ibídem*). En este enfoque, es citado Franz von Liszt como el auténtico iniciador, desde el punto de vista científico, de la disciplina Político-criminal. Para el autor alemán, la misma puede ser concebida como...

> [...] el contenido sistemático de principios —garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena— según los cuales el Estado ha de emprender la lucha *contra el crimen, por medio de la pena y de sus institutos penales.*[6]

Es decir, para el autor alemán, la Política criminal sería una «ciencia de posibilidades», agregando Jiménez de Asúa que la Política criminal «se encuentra corriendo entre dos formas estáticas del Derecho penal: la filosofía y la legislación vigente. Entre estas dos líneas transversales marcha, pragmática y componedora la *Kriminalpolitik*: toma del ideal filosófico y biológico lo que estima posible según las circunstancias de la época; construye un conjunto de doctrinas realizables y se esfuerza en verlas realizadas» (*op. cit.*: 173).[7]

En el marco de estas distinciones conceptuales, que traducen el auténtico debate epistemológico sobre la Política criminal (esto es, sobre su objeto de estudio y su método de trabajo), Jiménez de Asúa la distingue claramente de la Política social. Esta última podría abarcar la misión de prevenir la comisión de delitos. En

---

6. Cfr. *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo.*

7. Junto a estos inicios de las postrimerías del siglo XIX y principio del XX, cabe señalar una dirección más «biológica» de la Política criminal que llegaría a su momento más alto con E. Mezger quien, en un artículo publicado en italiano (*Politica criminale*, publicado en *Il pensiero Giuridico Penale* en 1937), la define como «el uso del Derecho penal desde el punto de vista de una lucha eficaz contra el delito».

cambio, la Política criminal sólo tendría sentido y lugar cuando el delito se ha perpetrado ya (cfr. *op. cit.*: 173).[8]

Descartada esa pretensión extensiva de la Política criminal y ciñendo a ésta al conjunto de medios para combatir el delito una vez cometido, Jiménez de Asúa concluye indicando que muchos sectores del penalismo alemán de fin del siglo XIX y principios del XX entendieron que la Política criminal debía comprender una doble faz: *a*) como articulación de medios para combatir el crimen después que éste haya sido perpetrado; pero también, *b*) la Política criminal debía incluir la tarea de crítica y reforma de la las leyes vigentes.[9]

Auto-crítica y definitiva posición de Luis Jiménez de Asúa. La Política criminal y las demás «ciencias penales»

Llegados a este punto, a uno de los nudos epistemológicos del estatus de la Política criminal, Jiménez de Asúa presenta su posición respecto de la misma que, además, presupone un importante auto-revisión de sus propios planteamientos mantenidos tiempo atrás. El primer punto que abordará es el de la «autonomía» de la Política criminal.

Al respecto, indica que los que con Franz von Liszt pretenden construirla como ciencia independiente...

---

8. Descarta tajantemente Jiménez de Asúa que «la Política criminal abarque ambos campos (el de la prevención y el de la represión del delito) como lo había pretendido Thomsen quien, a la necesidad de unificar todos los medios de combate contra el delito le había denominado con un «expresivo nombre, que le brinda la admirable elasticidad de la lengua alemana: *Verbrechensbekämpfungrecht* (derecho de lucha contra el delito)» (*op. cit.*: 173). Pero semejante concepción, añade el autor español, ensancha desmesuradamente el territorio de la Política criminal abarcando, dentro de su área, no sólo los medios represivos sino también los preventivos» (*op. cit.*: 174).

9. En torno a ello, Jiménez de Asúa recuerda que «esta fórmula de Política criminal, que fue nueva en su tiempo y que tuvo tal éxito que llegó a constituir una asignatura de la carrera de Derecho en la Universidad de La Habana, adoptó un programa muy vasto. Reclamó ante todo, un examen científico de las causas de la criminalidad (Criminología), a fin de que la pena pueda ser adecuada en la lucha contra el delito. Resultando de la observación que dentro de los criminales podrían distinguirse tres grupos —*delincuentes de ocasión; delincuentes por estado, corregibles; y delincuentes* por estado, incorregibles—, se llegó a establecer un sistema perfectamente organizado de exigencias político-criminales. Al lado de la pena se ha establecido un doble sistema de medidas que persiguen como fin, o la educación correccional del delincuente, o la protección de la sociedad contra el criminal. La Unión Internacional de Derecho Penal, fue propagandista del sistema» (*op. cit.*: 174).

> [...] no hacen más que mantener un dualismo viejísimo: el del derecho natural y el positivo, y los que como Mezger la dotan también de vida aparte con contenido biológico la identifican con la Criminología [*op. cit.*: 175].

Inmediatamente señala que...

> [...] aquellos que no queremos limitar la ciencia del Derecho penal a una seca dogmática legislativa, no nos sentimos propicios a fraccionar así la ciencia del Derecho y vemos con malos ojos esa pretendida autonomía de la Política criminal [*ibídem*].

Concluye, por tanto, con la rotunda afirmación relativa a que «*la Política criminal no puede considerarse como ciencia autónoma*» (*ibídem*). Ello requiere una cierta explicación. Como el mismo autor reconoce, él había afirmado lo contrario en 1918 y 1923 (esta última vez, en una conferencia pronunciada en Buenos Aires) «apegado todavía a las enseñanzas entonces muy frescas que había recibido en Alemania» (*op. cit.*: 175). En efecto, allí había defendido el estatus de ciencia para la Política criminal. Sin embargo, la revisión de muchos postulados de la pretendida disciplina le llevó a una posición contraria. Será mejor citar sus palabras al respecto:

> [...] si desentrañamos lo que es, vemos que no se trata de una rama científica. Es un método de trabajo, o más exactamente un arte. Feuerbach, que fue uno de los más grandes escritores de Alemania [...], nos dice que la Política criminal es «sapiencia del estado legiferante», y el propio Henke, que en 1823 investiga las causas del delito y el hombre criminal, la concibe también en vista de la reforma legislativa. En 1918, al decir nosotros que era una ciencia de posibilidades, empleábamos impropiamente la frase de «ciencia»; pero vimos con exactitud que se trataba de una serie de «posibilidades» para acercar a la realidad los principios que nos han descubierto las ciencias explicativas del delito. Sería, pues, una suerte de tercera componedora que, tomando de la Criminología lo que es posible dentro del ambiente, lo aproximaba a la realidad. En esa especie de trasiego tenía que irse vaciando el contenido de la supuesta ciencia, por lo que no es tal, sino un arte de legislar en cada momento, según las necesidades del pueblo, tomando de los pensamientos científicos lo que para el instante sirve. He aquí por qué —puesto que no se trata de una ciencia— no podemos decir que sea autónoma, independiente ni podemos afirmar que sea Filosofía del Derecho penal, ni tampoco considerar que sea un aspecto de las ciencias causal-explicativas [...]. No es más que una parte del Derecho penal, como corolario de la dogmática: crítica y reforma [*op. cit.*: 175].

En suma, la Política criminal, para Jiménez de Asúa, no es más que el arte de traspasar en un momento determinado a la acción legislativa la aspiración proveniente de los ideales, ya realizable, y ello dista mucho de asumir la categoría de ciencia que se le quiso dar y mucho más de ser la moderna y prometedora disciplina que pretendió haber creado Franz von Liszt (cfr: 176).

Para concluir esta primera parte del debate epistemológico de entonces, relativo al objeto de estudio, fuentes, método y autonomía de la pretendida disciplina, cabe recordar que, en las postrimerías del positivismo (momento al que aluden la mayor parte de las observaciones anteriores), el conocimiento y abordaje de la llamada «cuestión criminal» se fue asentando sobre una división cuatripartita desde el punto de vista gnoseológico sobre la que volverá más adelante.

En efecto, cuatro direcciones político-científicas (aunque algunos nieguen la existencia conjunta de ambas expresiones) se abocaron a dicho tratamiento:

a) *la Criminología:* tradicionalmente, fue entendida como ciencia que buscaba desentrañar las causas de la criminalidad;

b) *el Derecho Penal:* entonces apareció definido como conjunto de normas jurídicas que buscaba luchar contra la criminalidad;

c) *la Penología:* fue concebida como la disciplina que, combinando herramientas médico-biológicas y psiquiátrico-pedagógicas, debía aplicar sus técnicas para alcanzar la corrección (fundamentalmente penitenciaria) de los infractores;

d) *la Política criminal:* tradicionalmente, fue conceptualizada como un nexo entre las anteriores direcciones; o sea la política que permite, una vez conocidas las causas de la criminalidad, que se produzcan normas jurídicas que la combatan.

Más adelante se verán los intentos integradores de estas corrientes que conformarán las «ciencias penales.

3) La concepción de la Política criminal como «Escuela» (el Positivismo crítico, fundamentalmente alemán)

En el mes de diciembre de 1888, fue fundada la Unión Internacional de Derecho penal por Von Liszt, Van Hamel y Prins quienes profesaban un «positivismo crítico» (Jiménez de Asúa *op. cit.*, Tomo II: 90).[10] Señala este autor que, en sus *Bases para*

10. «Esta dirección criticista ha adquirido un rango superlativo y, en puridad,

un nuevo derecho penal, Dorado Montero la caracterizaba del siguiente modo:

> [...] la Política criminal agrupa actualmente en torno suyo, a una multitud de penalistas pertenecientes a distintas y aun opuestas Escuelas. Representa algo así como una tregua entre los representantes de éstas, que deponen sus diferencias científicas para buscar un terreno práctico de inteligencia y de concordia. El punto de unión es el siguiente: la lucha eficaz contra el delito, fin único de la justicia penal y la busca consiguiente de los medios más a propósito para conseguirlo [cfr. *op. cit.*: 91].

Sobre esta dirección de la Política criminal, Jiménez de Asúa ha manifestado que se trató de una de las direcciones científicas más «componedoras» de todas las eclécticas y la más eficaz de las direcciones del positivismo crítico. Evidentemente, se trataba de uno de los momentos más álgidos de la llamada «lucha de Escuelas» que se desarrolló tanto en el campo de la teoría del delito, cuanto en el de la(s) teoría(s) de la pena (temas, ambos, sobre los que se volverá más adelante).

Como características más sobresalientes de esta nueva dirección político-criminal, puede señalarse que la misma, en aras de buscar una armonía entre diversas posiciones, comenzó por expresar una repulsa de los postulados más ortodoxos y audaces del positivismo, tales como la discutida construcción del *tipo delincuente*, aunque aceptó la naturaleza biológica del crimen por razones interiores del sujeto y causas exógenas que influyen sobre éste.[11] En tal sentido, según el tratadista español, esta Escuela alemana se orienta decididamente en la «dirección sociológica», según gustó definirse a sí misma.[12]

---

los neopositivistas que corrigen las primeras trayectorias de la escuela, se unen, con sus nuevas posturas, al llamado positivismo crítico» (Jiménez de Asúa, *ibídem*).

11. Sobre esta aceptación de la naturaleza biológica del delito, Jiménez de Asúa destaca que, como la Escuela positivista, considera al delito hijo de dos grupos de condiciones: las propias de la individualidad del delincuente, y las de tipo exógeno, constituidas por las de carácter físico y social, entre las que destacan, con máximo empuje, las de esencia económica» (*op. cit.*: 91).

12. Sobre la amplia difusión que esta dirección político-criminal tuvo hacia finales del siglo XIX, el citado autor indica que «la escuela de Política criminal ha tenido numerosos y selectos partidarios fuera de Alemania, sobre todo en Austria, Suiza, Checoslovaquia, los Países Nórdicos, Bélgica y Holanda. Lammasch, Carlos Stooss, Emilio Zürcher, Alfredo Gautier, Ernst Hafter, Ernst Delaquis, Mirzicka, Juan Carlos Guillermo Thyrén, Carlos Torp. Adolfo Prins y Gerardo A. Van Hamel, son sus más conocidos representantes, aunque no haya homogeneidad en los principales filósofos de cuantos acabamos de nombrar» (*op. cit.*: 91).

El «dualismo» y los «binomios» con los que la cuestión criminal debe ser afrontada a partir de estos momentos —penas y medidas de seguridad; culpabilidad y peligrosidad; culpabilidad e inimputabilidad—, comienzan a ser una característica especial de la dirección aquí examinada.[13]

Jiménez de Asúa aporta importantísimos elementos para ahondar más sobre el debate epistemológico en torno a la naturaleza de la Política criminal y, en concreto, sobre su método de trabajo, su objeto de estudio y su vinculación/separación con las demás «ciencias penales». Dentro de lo que él denomina «caracteres de la dirección político-criminal» (*op. cit.*: 92 y ss.) destaca, en primer lugar, la ya mencionada naturaleza «ecléctica» de la misma, de la cual, y más allá de este carácter «componedor», se extraen los siguientes elementos característicos:

a) *en relación al método*, la orientación es muy clara: para las ciencias penales debe reservarse un método exclusivamente experimental; para el Derecho penal, en cambio, la metodología de trabajo sólo puede emplear técnicas de lógica-jurídica.

En efecto, como más adelante se verá al examinar con detalle el Programa Político-criminal de Franz von Liszt, éste distinguió claramente las esferas de acción del Derecho penal del resto de las «ciencias penales» (la Penología, la Criminología y la Política criminal). Si el Derecho penal sólo podía quedar reducido, para von Liszt, a la pura exposición dogmática del derecho vigente, su método no podía ser otro que el lógico-jurídico. En cambio, para las demás «ciencias penales» y, en particular, para la Política criminal, dada la tendencia biológica que Von Liszt le imprime, el único método aceptable debía ser el experimental.

---

13. A propósito de lo cual, Jiménez de Asúa cita el ejemplo de la trascendencia que, en Suecia, tuvo esta dirección político-criminal: «el profesor de Lund, J.C.G. Thyrén, autor del Proyecto de Código Penal sueco, es uno de los que, con más originalidad, sustenta opiniones de índole crítica que permiten afiliarle entre los político-criminalistas. Parte del carácter peligroso de la criminalidad —directo e indirecto por su naturaleza contagiosa— y dice que la reacción contra el peligro social debe enfocar todos los aspectos, creyendo que en este sentido se discute sin objeto si debe referirse preferentemente al autor o al acto. Los medios radicales son los que atacan a las causas; el medio sintomático más importante está constituido por la pena, que debe usarse con prudencia y reconociendo que la voluntad humana está determinada por causas. Todos los medios pueden reducirse a estos tipos —concluye en armonía con el pensamiento de Von Liszt—: inocuización, corrección e intimidación, que deben ser empleadas en íntimo vínculo, según se trate de criminalidad crónica o aguda. También ha de contemplarse la delincuencia de los jóvenes y la de los anormales. Y a este respecto Thyrén distingue, desde las primeras páginas de su *Principerna*, que el peligro social provenga de una "voluntad *capaz, imputable o incapaz inimputable*". El tratamiento varía: pena en el primer caso, y otras medidas que no tendrán el carácter de pena, en el segundo» (*op. cit.*: 91-92).

b) Por lo que se refiere a los presupuestos científicos de trabajo de cada disciplina, la dirección político-criminal aquí analizada va a mantener la simultaneidad de la culpabilidad y de los estados peligrosos.

Pese a ello, que por otra parte no supone otra cosa que mantener clásicos conceptos de imputabilidad y culpabilidad, aceptando, en ocasiones la existencia de «estados peligrosos», se llegará a ciertos extremos de abominar del libro albedrío, como sucedería con Von Liszt.[14]

c) Por cuanto se refiere a la concepción del delito, es muy importante destacar que es comprendido como fenómeno natural pero, también, como ente jurídico.

En tal sentido, los partidarios de esta dirección político-criminal no niegan que el delito sea un fenómeno «natural promovido por causas que ellos proclaman e ilustran. Pero, al mismo tiempo, tuvieron perfectamente claro que la categoría «delito» es un producto de la dogmática jurídica que «le construye» y «le define» jurídicamente. «Esta dualidad es perfectamente congruente con los cimientos de la tendencia político-criminalista, que no niega vida a la antropología y sociología criminales, pero que reconoce su existencia fuera del Derecho penal» (Jiménez de Asúa *op. cit.*: 93).

d) Por cuanto hace a la concepción de la pena, los dualismos anteriormente citados provocarán la consecuencia de recomendar penas y/o medidas de seguridad como doble herramienta de lucha contra el delito.

Como en su momento se verá, la «lucha de Escuelas» había provocado determinadas consecuencias ante el contrastado fracaso de las penas y, por ello, nuevas recomendaciones se requerían. Conviene, en este punto, transcribir la larga cita de Jiménez de Asúa al respecto:

> En este dualismo se halla depositada la más pragmática y componedora de las ideas de la Escuela político-criminal. Saturaba

14. Pese a ello, debe recordarse con Jiménez de Asúa que, en realidad, aquí se hallan muchas opiniones diversas: «en este punto surge una grande variedad de posturas, que sería interminable recopilar. Hay un nutrido grupo de pensadores que hacen gravitar siempre sobre sus construcciones la clásica fórmula de la imputabilidad, remozada en sus esencias [...]. Existen eclecticismos deterministas e inimputabilistas que se dispersan en variadas teorías, de entre las que emergen, por la gran autoridad de sus autores, la doctrina de la *identidad individual y de la semejanza social*, de Tarde; la de la *normalidad*, de Von Liszt, y la de la *intimidabilidad*, de Alimena, etc.» (*op. cit.*: 92).

el ambiente una convicción esclarecida por la práctica: las penas, esas armas viejísimas del vetusto derecho punitivo, habían probado repetidamente su fracaso. Tal y como la pena-castigo se establecía y ejecutaba en los Códigos y en las prisiones, carecía de fin y no producía resultado beneficioso. Manejada por Von Liszt la idea finalista, que creó Von Ihering, y transplantada al Derecho penal la doctrina con el título de la *pena de fin*, parecía lógico que si las penas se hallaban en sus postrimerías, por ausencia de finalidad, era preciso arrumbarlas o fundirlas en un nuevo troquel. Ni a lo uno ni a lo otro se atrevieron los prudentes político-criminalistas y mantuvieron las penas con su vieja tónica retributiva, aunque otra cosa quieran aparentar, encargándolas, de modo preponderante, de lograr el fin *intimidador*, que siempre supieron cumplir. Mas en la lucha contra el crimen era preciso arribar a otras metas más fecundas, que por no haberse enfocado fueron causa del fracaso del viejo sistema punitivo. Esas finalidades perentorias eran la *inocuización* de los incorregibles y la *enmienda* de los susceptibles de corrección. La pena no tiene más objetivo que el retribucionista, y no es apta para conseguir esos otros fines; por ello, los grandes componedores de la Política criminal han acogido en sus planes de reforma penal, junto a las penas de vieja estructura, las medidas de seguridad, encargadas de llenar esa misión. Tan pronto como esas medidas se han instalado en las obras teóricas y en los proyectos legislativos, ha florecido sobre ellas una fronda de opiniones contrapuestas, tendientes a defender o negar sus diferencias con la pena [*op. cit.*: 93].

Con el mismo autor tan citado aquí puede ir terminando este epígrafe. Cuando el tratadista valora la importancia, trascendencia y consecuencias de la tendencia político-criminal analizada, tras recordar una vez más la tendencia conciliadora que caracterizó a la misma, efectúa una doble y antagónica conclusión. En primer lugar, se señala que, desde el punto de vista teórico (o *científico*), esta Escuela fue «muy poco estimable por su falta de firme criterio uniforme dirigente». Pero, en segundo lugar, se reconoce que desde el punto de vista práctico y legislativo (o *político*), la Escuela fue «muy fecunda puesto que ha logrado inspirar a los Códigos que se han puesto en vigencia y los numerosos proyectos de Europa y algunos de América» (*op. cit.*: 94).

Tras estas palabras, y ya para acabar, retomando los elementos de la discusión epistemológica que fueron señalados, conviene recordar el interrogante de la obra weberiana: cuando discutimos en torno al estatus de la disciplina político-criminalcriminal ¿estamos ante una forma de conocimiento *científica* o *política*? Por ahora, baste con volver a plantear la cuestión. Aún queda mucho por examinar antes de ensayar una respuesta.

4) **Concepciones más actuales de Política criminal**

¿Política «criminal» o Política «penal»?

Muchos autores contemporáneos comienzan por recordar los significados iniciales de Política criminal. Así, Zaffaroni, por ejemplo, al caracterizarla como «Escuela», y para intentar armonizar las distintas ciencias penales antes mencionadas, señala que...

> [...] por política criminal puede entenderse una «Escuela» que aspiró a entender que la Política criminal era la acción del Estado contra el crimen, conforme a los resultados de la investigación criminológica entendida como ciencia empírica [*op. cit.*: 149-150].

Agregaba aun que,

> El planteamiento de esta corriente de marcado tinte positivista no era complicado: si sabemos cuáles son las acciones «socialmente dañosas» (antijuridicidad material) y la criminología nos indica los medios de atacarlas y prevenirlas, el derecho penal tiene por función instrumentar jurídicamente esa prevención [*ibídem*].

Añade el citado autor que de allí que Von Liszt —máximo exponente de esta corriente— entendiera que «el Derecho penal y la Política criminal se hallaban enfrentados, porque en tanto la segunda llevaba adelante el interés social por la prevención del delito, el primero constituía la "Carta Magna" del delincuente frente a la sociedad» (*op. cit.*: 150).

Al tratar ya sobre concepciones más actuales, Zaffaroni indica que puede ser deslindados dos significados de Política criminal:

a) como «disciplina de observación» que determina cuáles son los objetivos de los sistemas penales y en qué medida son alcanzados en la realidad;

b) como el «arte de legislar o aplicar la ley» con el fin de obtener los mejores resultados en la lucha contra el delito (cfr. *op. cit.*: 150).

Tras lo cual, brinda su propia definición en torno a lo que debe entenderse por Política criminal:

> [...] la Política criminal es la política referente al fenómeno delictivo y, como tal, no es más que un capítulo de la política general del Estado.

Agrega que, en ese sentido,

> No está —ni puede estar— en oposición al Derecho penal, porque éste mismo es una materialización de aquélla. La política penal no sería más que el aspecto más importante de la política criminal [*op. cit.*: 150].[15]

Con todo, el autor argentino prefiere la denominación de «Política penal», entendiendo que ésta se dedica a la cuestión de cómo el derecho penal se dirige adecuadamente a su fin, cumpliendo así correctamente su tarea de protección social (cfr. *op. cit.*: 151).

La función crítica de la Política penal

Es importante destacar que Zaffaroni revalúa el papel crítico que le asigna a la Política penal. Señala al respecto que...

> [...] naturalmente que las valoraciones que traduce la política penal pueden compartirse y analizar si es correcta su instrumentación (utilizando para ello los elementos aportados por la labor sociológica de campo) o someterse a crítica esas mismas valoraciones jurídicas [*op. cit.*: 152].

Insiste que, en ese sentido, no es posible negar a la política penal el cumplimiento de una función crítica, tanto de los valores jurídicos como de la realización social de esos valores. La política penal no puede estar separada de las distintas posiciones políticas generales que la señalizan y, por ende, «su aspecto crítico es innegable» (*ibídem*).

Por otra parte, el papel crítico de la Política criminal es resaltado por diversos autores como procedente del mismo Iluminismo, y como consecuencia de las distancias existentes entre un Derecho penal vigente y exponente de tiempos que debían pasar y las aspiraciones de los Iluministas.[16]

---

15. Añade el citado autor, al respecto, que «el Derecho penal siempre es materialización, o tiende a la materialización, de una política penal, pero de ello no puede seguirse que las consecuencias dogmáticas sean meras soluciones a problemas políticos que parecerían carecer de todo sustento distinto del ideológico, porque ello le llevaría a caer nuevamente en un positivismo insano» (*op. cit.*: 150).

16. Sobre lo cual, opina Zaffaroni, que «el sentido crítico de la política penal se pone de manifiesto muy especialmente en el Iluminismo, en que el distanciamiento que había entre el Derecho penal positivo y los conceptos que sobre el mismo sostenían los iluministas, llevó casi a una confusión entre la política penal y el Derecho penal, que se aclaraba muy bien en la obra de Carmignani. Al desdibujamiento de

Más adelante, aclara Zaffaroni que no debe caerse en la confusión de mezclar Política penal y «Ciencia de la legislación», entendida ésta como pura cuestión de técnica legislativa: «ésta sería una pésima interpretación degradante del concepto mismo de la política penal» (cfr. *op. cit.*: 153).

Tras estas aclaraciones de carácter epistemológico, Zaffaroni muestra su propia definición de Política penal:

> Es la ciencia o arte de seleccionar los bienes jurídicos que deben tutelarse jurídico-penalmente y los métodos para efectivizar dicha tutela, lo que ineludiblemente implica el sometimiento a crítica de las valoraciones ya hechas y de los métodos ya elegidos [cfr. *op. cit.*: 153].

Evidentemente, de una definición semejante, el rol crítico de la Política penal se revela decisivo. Así, el citado autor recuerda que ese carácter crítico es de primordial importancia en cualquier sociedad que quiera evitar cataclismos políticos para mantenerla permanentemente alerta. Como Zaffaroni destaca,

> [...] la dinámica social siempre amenaza con anular la eficacia de cualquier sistema penal, ya que puede provocar su pérdida de fundamentación antropológica. A la función crítica de la política penal le incumbe la tarea de alertar permanentemente acerca de estos fenómenos [159].

Ejemplos de ese papel crítico de la Política penal existen por doquier. La valoración —política— acerca de si es conveniente o no la protección de ciertos bienes jurídicos —como, por ejemplo, la vida intrauterina— constituye uno de ellos: ¿debe tipificarse el delito de aborto, o no?; ¿debe tipificarse siempre?; ¿o sólo en ciertos supuestos?, etc.

Consideración de la relación entre Política penal y legislación penal

Continuando con la exposición que al respecto brinda Zaffaroni, puede afirmarse que la Política Penal es «fuente» del Dere-

---

esos límites, en gran parte por efecto del tremendo rigorismo cruel del derecho vigente, obedeció, sin duda, la pretensión de extraer todo un sistema de Derecho penal de la razón y, por ende, de considerar a la filosofía como fuente del Derecho penal, tal como lo afirmaba Feuerbach o Grolmann, que iniciaba sus consideraciones con la exposición de la metafísica kantiana» (*op. cit.*: 152).

cho Penal (en el sentido más laxo de la expresión «fuente»). Ello porque la Política Penal es lo que está inmediatamente antepuesto a la ley penal, tanto lógica como cronológicamente.[17] En tal sentido, la ley penal «es formalización de una decisión política previa» (*op. cit.*: 153).

En efecto, una norma jurídica (y no solamente en la esfera penal) presupone una decisión política. Sin decisión política —sin valoración previa— no puede haber producción de normas jurídicas, pues no habrá una individualización del ente valorado a tutelar jurídicamente. Ahora bien, como advierte Zaffaroni, si bien la decisión política da origen a la norma, no significa ello que ésta quede sometida totalmente a la decisión política.

> La norma es hija de la decisión política y, como tal, lleva su carga genética, pero se convierte en algo separado de ella, sobre lo que la decisión política, una vez plasmada la norma, carece en absoluto de un derecho de vida o muerte sobre ella. El cordón umbilical entre la decisión política y la norma lo corta el principio de legalidad en un sistema como el nuestro [...] La principal carga genética de la norma se halla en el bien jurídico que tutela. Este es el componente *teleológico* (el «para qué») de la norma, que la mantiene vinculada a la decisión política. Pero si este componente teleológico —que le da sentido a la norma— ha sido mal traducido en la formulación legal, este defecto ya no podrá suplirse acudiendo *libremente* a la decisión política, sino que la labor supletoria tendrá limitaciones que dependen de cada sistema, pero siempre hallará límites [*op. cit.*: 154].

Por otra parte, el mencionado autor recuerda que el ordenamiento jurídico de un Estado no se agota, ni mucho menos, en el campo de la legislación penal. «Un Código Penal no nos dice cómo es todo el Derecho (ni siquiera el penal) de un país» (155); hay otra normas (procesales, penitenciarias, policiales, propias de la jurisdicción, etc.), que deberán completar semejante ordenamiento. El conocimiento de esa totalidad, que va mucho más allá de la Política penal, requiere la consideración de muchos otros principios y decisiones.

---

17. Señala, al respecto, que «nos estamos ocupando aquí de la política penal, porque hemos destacado al comienzo que hay dos sentidos de la voz "fuente" que pugnan siempre en todas las clasificaciones de las fuentes del derecho penal, tendiendo uno a ser estricto y el otro a cobrar mayor amplitud o laxitud. En este segundo sentido, hemos afirmado que la política penal es la única a la que podemos asignar el carácter de fuente del Derecho penal, para no caer en un concepto de fuente que por amplio se tornase científicamente infecundo, lo que, por cierto, no implica el desconocimiento de todos los factores que concurren a la decisión política que se plasma en la ley penal» (cfr. *op. cit.*: 153).

La normación principal en cuanto a traducción de principios político penales es el estatuto jurídico del Estado, o sea, la Constitución misma. En un sistema como el nuestro en que la política penal se decide por el principio de legalidad, ésta le está asignando necesariamente al Derecho penal la función de tutela jurídica, es decir, de seguridad jurídica. La función de «lucha contra el crimen», «combate de la delincuencia», etc., será necesariamente subordinada a la misión de seguridad jurídica de que parte toda la política penal del Estado. Es la seguridad jurídica la que impone la adopción misma del principio de legalidad, sin que le sea posible absolutizar ninguna «lucha contra el delito». Cuando la política penal tiene por función «exclusiva» la lucha (prevención, erradicación, combate, eliminación, etc.) contra el delito, necesariamente deberá eliminar el principio de legalidad y, consiguientemente, destruir la seguridad jurídica, porque quizá con semejante política penal puede saberse que no será nadie atacado por el delincuente, pero tampoco nadie podrá disponer de nada con seguridad, porque nadie podrá saber qué conducta está prohibida [*op. cit.*: 155-156].[18]

Política penal y Dogmática penal

Para terminar esta inicial presentación sobre el debate de los elementos epistemológicos que dan substrato a la Política penal, Zaffaroni indica que el papel de la Dogmática es el determinar el alcance del injusto, del reproche, de la punibilidad y de la penalidad, insertando esta determinación en un sistema interpretativo lógicamente completo, que haga previsibles las soluciones para los casos particulares» (*op. cit.*: 156).

---

18. Precisando aún más lo dicho, el citado autor agrega que «un derecho penal que no recepta el principio de legalidad, no por eso deja de ser derecho. Es verdad que el derecho no puede regular conductas pasadas y también es verdad que si no conocemos la decisión antes no podemos arreglar nuestra conducta conforme a ella, pero históricamente no ha habido ningún orden positivo en que la inseguridad jurídica sea de tal naturaleza. El principio de legalidad es un modelo ideal, porque siempre hay grados de seguridad e inseguridad. Si en los sistemas positivos hubiese uno absolutamente "seguro", nuestra tarea saldría sobrando. Esta seguridad absoluta fue la ilusión de un momento, que quedó atrás con los albores de la codificación. Por otra parte, una política penal que decidiese eliminar total la legalidad (dada por ley escrita o por precedente), quedaría en el puro nivel de decisión política. Se anularía todo el derecho mediante una reducción a un conjunto de decisiones políticas particularizadas. El juzgador no traduciría ninguna norma, sino que ante cada caso fijaría arbitrariamente los límites de lo prohibido, antijurídico y reprochable. Semejante visión es sólo especulativa, porque el derecho surge en cualquier sociedad, por primitiva que sea, como un imperativo cultural, como parte necesaria del mundo al que el hombre es lanzado» (cfr. *op. cit.*: 156).

En consecuencia, la decisión política constituye la «carga genética» que lleva la norma. La dogmática penal no puede ser, pues, un compartimento estanco de la política penal. La dogmática penal «construye el sistema de comprensión de la ley» (157) y, así, no puede perder todo contacto con la decisión política que la genera. Ambas, dogmática y política, *se proyectan recíprocamente.* Conviene transcribir la cita que el autor argentino realiza de Hassemer:

> La política penal operacionaliza las metas del sistema de derecho penal adelantado en preceptos legales penales. Estos preceptos imponen relevancia. Ellos definen las conductas que producen conflictos jurídico-penalmente relevantes y definen la clase y *límites de la reacción jurídico-penal. En eso se agota el poder de* definición de la política criminal en dirección a la dogmática penal. La dogmática jurídico-penal operacionaliza las determinaciones de relevancia de la política criminal. Ejerce a este respecto el poder de definición. Los institutos dogmático-penales definen el ámbito de las previas determinaciones de relevancia político-criminales. Elabora continuamente reglas de lenguaje aplicables a la decisión de casos con la delimitación de la conducta y de la reacción jurídico-penal, conforme a la ley penal. Allí se agota el poder de definición de la dogmática jurídico-penal en la dirección de la política criminal [157].

En tal sentido, la proyección se verifica en dos direcciones: por un lado, la dogmática se proyecta hacia la Política penal, pues la construcción dogmática exhibe las deficiencias del texto que interpreta y así se proyecta hacia la política penal facilitándole la decisión política, obligándola a que exprese sus decisiones con mayor perfección. Por otro lado, la Política penal se proyecta sobre la dogmática, pues ayuda a comprender el alcance teleológico de la norma e intenta adaptar las variables impuestas por la dinámica social.

5) **Criminología crítica y Política criminal: nuevos debates epistemológicos y contornos ideológicos**

A continuación se comentará, como último epígrafe de este capítulo inicial, y para completar con nuevos elementos el debate gnoseológico sobre el estatus de la Política criminal, el importante trabajo de Alessandro Baratta, *Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social* (1998). Baratta comienza por poner de manifiesto que la *Política criminal* es una expresión ya de por sí compleja y problemática, al haber poseído históricamente una

finalidad unívoca (el control de la criminalidad) pero un instrumental indeterminable (pues sólo es definible negativamente).

Como más adelante se verá, una de las controversias más importantes que se han verificado en este terreno, reside la oposición de la falsa alternativa entre *política de la seguridad* y *política social*. En efecto, destaca Baratta que semejante contraposición no es lógica sino ideológica[19] y...

> [...] no sirve para esclarecer sino para confundir relaciones conceptuales elementales que están en la base del sistema de las normas y de los principios propios de la Constitución de los Estados Sociales de Derecho. Esto en general es verdadero, e incluso produce efectos particularmente graves cuando aquella alternativa viene aplicada a la política criminal. El concepto de política criminal, en razón de estos efectos, además de ser complejo y problemático, se torna inclusive un concepto ideológico» [*op. cit.*: 28].

Por ello, agrega Baratta, al funcionar la ideología sustituyendo los conceptos por *clichés* su forma de operar resulta un instrumento principal de legitimación y reproducción de la realidad social. Es así como, por ejemplo, al sustantivo seguridad se agregan los adjetivos *nacional, pública* o *ciudadana* empleándose connotaciones colectivas y no personales de la seguridad;

> [...] es decir, no se trata propiamente de la seguridad de los derechos de los sujetos individuales, cualquiera sea su posición en el contexto social, sino de la seguridad de la nación, de la comunidad estatal, de la ciudad[20] [...]. El adjetivo, por así decirlo, es-

---

19. Empleando «ideología» en el sentido de una construcción discursiva de hechos sociales apta para producir una falsa conciencia en los actores y en el público (*op. cit.*: 29).

20. De cada una de las tres adjetivaciones del concepto «seguridad», Baratta recuerda que «de la doctrina de la *seguridad nacional* queda todavía el trágico recuerdo en América Latina, de los años setenta y ochenta, cuando la ideología autoritaria inspirada en el principio schmittiano del amigo-enemigo, sirvió para sostener no solamente un derecho penal del enemigo, cuyas señales todavía están presentes incluso en los Estados con regímenes formalmente democráticos sino, sobre todo, un sistema penal ilegal, paralelo al legal, y mucho más sanguinario y efectivo que este último: un verdadero y propio terrorismo de estado, como aquél que se desarrolló en las dictaduras militares del Cono Sur. Por su parte, la doctrina de la *seguridad pública*, marca fuertemente la historia del derecho penal en Europa y, al interior de ésta, representa el continuo compromiso entre la tradición liberal y la de carácter autoritario, entre el Estado de Derecho y el Estado de policía o de la prevención, entre la política del derecho penal y la política de orden público. Mas prometedora, también, entre otras razones porque es más reciente, es la concepción de la *seguridad ciudadana*, que atribuye a la política criminal, por primera vez, una dimensión local, participativa, multidisciplinaria, pluriagencial, y que representa quizá un resultado histórico del actual movimiento de la nueva prevención» (*op. cit.*: 29-30).

trangula al sustantivo. Desde el punto de vista jurídico, pero también desde el punto de vista psicológico, «seguros» pueden y deberían ser, sobre todo, los sujetos portadores de derechos fundamentales universales [*op. cit.*: 29-30].

Continúa Baratta destacando que el claro empleo ideológico que estos conceptos han recibido, ha provocado que se hable de seguridad pública, y hoy incluso, seguridad ciudadana, siempre y sólo en relación con lugares públicos y de visibilidad pública o en relación con un pequeño número de delitos que entran en la llamada criminalidad tradicional, que están en el centro del estereotipo de criminalidad existente en el sentido común y son dominantes en la alarma social y en el miedo a la criminalidad.

> En la opinión pública y en los medios de comunicación de masas, estos delitos son caracterizados por una regular repartición de papeles de la víctima y del agresor, respectivamente, en los grupos sociales garantizados y «respetables» y en aquellos marginales y «peligrosos» (extranjeros, jóvenes, tóxicodependientes, pobres, sin familia, sin trabajo, o sin una calificación profesional). Las situaciones de riesgo, a menudo gravísimas que sufren mujeres y niños en el sector doméstico, las limitaciones de los derechos económicos y sociales de los cuales son víctimas sujetos pertenecientes a los grupos marginales y «peligrosos» no inciden en el cálculo de la seguridad ciudadana; delitos económicos, ecológicos, de corrupción, desviaciones criminales al interior de órganos civiles y militares, así como connivencias delictuosas por parte de los detentores del poder político y económico con la mafia, hacen parte de la *cuestión moral* pero no tanto de la seguridad ciudadana [*op. cit.*: 31].

De ahí, entonces, la ambigüedad ideológica del concepto de Política criminal, lo cual aun se acentúa todavía más cuando se pone en relación con el de Política social. Como destaca Baratta, la orientación de la Política criminal hacia la Política de seguridad o hacia la Política social, es una falsa alternativa. Y ello es así, no sólo porque con la criminalización de la Política social la alternativa desaparece, sino también porque es un concepto estrecho y selectivo de seguridad que condiciona el de Política social, el cual, en un marco constitucional social debe corresponderse a una concepción integral de la protección y de la seguridad de los derechos.

Más adelante, Baratta comienza el repaso histórico del concepto de Política criminal, su significado lisztiano y la entrada en crisis en la Europa de los años de 1960 del «modelo integrado de Ciencias Penales» que Von Liszt programara a finales del siglo XIX (que será analizado en el próximo capítulo). Es a partir de esa crisis cuando las hasta ahora denominadas «ciencias pe-

nales» van a experimentar importantes transformaciones. A partir de ese momento,

> [...] la sociología criminal no es más, según la «nueva» perspectiva, una ciencia auxiliar de la dogmática penal y de la política criminal oficial; su punto de vista deja así de ser interno para convertirse en externo al sistema de la justicia criminal. Éste se convierte en el objeto de un saber que cada vez más se aleja de la criminología tradicional y se aproxima a una teoría y a una sociología del derecho penal, ambas en el vasto sentido de la palabra, refiriéndose no solamente a los procesos institucionales de criminalización, sino también a aquellos informales, como las reacciones de la opinión pública y «publicada», y extendiéndose, al menos potencialmente, a la dogmática del derecho penal, considerada en su rol de instancia constitutiva del sistema [*op. cit.*: 40].

Ello marca el momento constitutivo de un segundo modelo integrado de las ciencias penales: el que resulta del concurso de la dogmática, teoría y sociología del derecho penal, cuando la componente criminológica no corresponde más al paradigma etiológico, sino al paradigma de la reacción social. Este modelo es claramente diferente, como después se verá, del modelo integrado de Ciencias penales de Von Liszt pues el punto de vista de la nueva criminología ya no es más *interno* (y por ello, auxiliar al sistema), sino *externo* al mismo.

> Ello significa que las definiciones del comportamiento criminal producidas por las instancias del sistema (legislación, dogmática, jurisprudencia, policía y sentido común), no son asumidas como punto de partida, sino como problema y objeto de averiguación, y son estudiadas en el contexto más general de la teoría, de la historia y del análisis contemporáneo de la estructura social [*op. cit.*: 40].

De un modelo semejante, basado en las contribuciones principales de la Criminología crítica, resultará un *discurso científico* y una *praxis política* que hacen posibles el nacimiento de dos controles diversos y corresponsables: *un control interno* al sistema de justicia penal, de tipo formal y jurídico sobre la correspondencia entre la realidad del sistema y los principios de igualdad, libertad y legalidad (y otro del derecho penal liberal fruto de las promesas de la Modernidad); y *un control externo* basado sobre criterios de justicia material y políticos que se refieren a los efectos externos del sistema (tales como la selección y defensa de los bienes jurídicos y la relación entre beneficios y costos sociales de la intervención del sistema penal).

La ruptura con la tradicional forma de entender las Ciencias penales en general —y la Criminología y la Política criminal, en particular— es absoluta. Añade Baratta al respecto,

> [...] sostengo que no existe futuro para una disciplina que pretenda encerrar dentro de su propia gramática todas las dimensiones comportamentales de la *cuestión criminal*, es decir, todas las situaciones de violencia y de violaciones de los derechos, así como también de todos los problemas y conflictos sociales que se refieren a la misma [*op. cit.*: 44].

En consecuencia, el «modelo integrado» al que se alude, sólo puede estar orientado por un norte específico que tome a las personas como verdaderos «sujetos» y no como «objetos» (ni siquiera, de estudio); ese norte, no es otro que el de la satisfacción de sus necesidades básicas o, en otro lenguaje, de sus derechos más fundamentales. Y, en semejante tarea, el derecho penal tan sólo, y en el mejor de los casos, puede sólo jugar un papel «mínimo». El *Derecho penal mínimo*, como única consecuencia político-criminal de los Estados Sociales y Constitucionales de Derecho, pasará a ser entendido como la parte residual de la política penal que queda dentro del sistema de una *Política integral de protección de derechos*. El salto de una Política criminal (en el tradicional sentido de la palabra), a otra como la mencionada, constituye un desafío a perseguir en las modernas sociedades democráticas. Conviene escuchar textualmente las palabras de Baratta:

> La criminalización de la política social es una consecuencia de la centralidad que la cuestión criminal ha adquirido en la cultura de la política y en el imaginario colectivo. La investigación acerca del sentimiento de inseguridad y de alarma social por la criminalidad, ha revelado la capacidad del crimen de canalizar (más allá de los límites de la amenaza real que representa), el ansia y la insatisfacción debidas a la emergencia de otros problemas sociales, distorsionándose así la percepción de ellos. La emergencia criminal, incluso en las situaciones en que tiene correspondencia con la realidad, produce un oscurecimiento de otras emergencias no menos graves. Para favorecer la emancipación de la cultura de la política de la cultura de lo penal, puede servir un esfuerzo conjunto de la fantasía de los juristas y de la imaginación colectiva, dirigido a una relectura radical de todas las necesidades y de todas las emergencias a través del sistema de los derechos fundamentales y de la arquitectura normativa de la Constitución. No se trata solamente de diseñar el derecho penal de la Constitución, aunque esto es una tarea preliminar a realizar; se trata de redefinir la política a la luz del

diseño constitucional, como política de realización de los derechos [*op. cit.*: 72].

Baratta va finalizando su exposición reconociendo un cambio en sus propias posiciones al tratar de reconocer —de «integrar»— un principio de coordinación entre todas las ópticas disciplinarias y todas las agencias, penales y no penales, del Estado, de los entes locales y de la sociedad civil, que permitiese no sólo la autonomía, sino también la coexistencia y la colaboración, el aprender recíproco entre las diversas competencias, en la visión y en el tratamiento de los eventos. Adoptando entonces lo que él mismo denomina un «*tercer modelo de integración entre los discursos científicos*»[21] (cfr. *op. cit.*: 76), empleando el canon de la multidisciplinariedad y de la multiagencialidad, y teniendo presente el alto grado de diferenciación al cual puede llegar el instrumental del derecho penal, piensa que es posible llegar a proponer estrategias de protección de los derechos que integren y coordinen también intervenciones penales, cuando éstas sean inevitables, con otras intervenciones que provengan de los saberes y de las agencias más diversas.

Para terminar este capítulo, puede resultar oportuno hacerlo con la auténtica propuesta de índole político-criminal promovida por Baratta quien, con toda claridad, si es que se quiere hablar en estrictos términos político-criminales, señala que sólo el derecho penal *mínimo* es el derecho penal de la Constitución. Y ello porque semejante propuesta es la que representa el espacio residual que queda para la intervención punitiva dentro de la política integral de protección de los derechos cuando esa intervención se considere inevitable para responder reactivamente a las gravísimas violaciones de derechos fundamentales.

> En cuanto derecho penal de la Constitución, el derecho penal mínimo es una continua, vigilante e imaginativa obra de control del sistema penal [...]; una obra que se dirige a realizar los principios constitucionales en materia penal y los resultados de las más avanzadas investigaciones sobre el análisis crítico del sistema penal [...]. La fuerza y no la debilidad del derecho penal mínimo deriva de su voluntad de permanecer realmente *mínimo*, pagando de buen grado su posible eficacia real con la renuncia programática a programas de acción imposibles y a su eficacia sólo aparente o simbólica. El derecho penal mínimo puede serlo porque, sin ocupar el espacio de competencia de otras respues-

21. «Como el lisztiano e, igualmente, de aquel realizado hasta ahora por la intervención de la Criminología crítica» (Baratta *op. cit.*: 76).

tas preventivas y de otras respuestas reactivas (restitutivas, compensatorias o de otra naturaleza), reconoce la eficacia y respeta la competencia de éstas. El derecho penal mínimo actúa con sabiduría y con modestia en el contexto general de la política de protección de los derechos. Es fuerte porque sabe ser mínimo; sabe ser mínimo porque sabe que no está sólo en la acción de defensa de derechos [*op. cit.*: 76-77].

* * *

Conviene señalar que el recorrido cronológico, conceptual y terminológico que se ha hecho en este primer Capítulo acerca de los significados de las expresiones «política», «política criminal», «política penal», etc., ha tenido como finalidad, precisamente, mostrar tan sólo alguno de los usos, de los velos ideológicos y de los significados guardados tras esas expresiones. Naturalmente, ahora es tiempo de iniciar «la historia del presente» de semejantes términos. Sólo rastreándolos en sus raíces genealógicas, se podrá intentar comprender de un modo mucho más acabado la historia político-criminal y los principales sucesos —algunos, verdaderamente «criminales»— que la han poblado.

CAPÍTULO II

LA POLÍTICA CRIMINAL DE LAS ESCUELAS DEL PENSAMIENTO CRIMINOLÓGICO. INTENTOS INTEGRADORES Y «LUCHAS DE ESCUELAS»

1) La *Escuela clásica* y las primeras orientaciones comprensivas de la cuestión criminal

Presupuestos generales

Como indica Jiménez de Asúa (1990: 45 y ss.), el nombre de «Escuela clásica» fue adjudicado por Enrique Ferri con un sentido peyorativo señalando así, no lo que de consagrado o ilustre pudiera tener, sino haciendo referencia a lo «viejo y/o caduco». Admite el citado autor que, dentro de la llamada «Escuela clásica» existen muchas variedades (respecto, por ejemplo, de la teoría de la retribución y de la prevención) que, en su época, no eran reconducibles a una unidad.

> Pero cuando el positivismo concibió al hombre y al delito como objeto natural de la indagación, las muy diversas Escuelas que existían pudieron ser unificadas por contraste [*op. cit.*: 46].

Respecto a esta dirección político-criminal, brevemente, pueden señalarse determinadas características, las cuales abundan en sus concepciones sobre varios de los elementos manejados anteriormente en el debate epistemológico indicado, esto es, en relación con método de la pretendida disciplina y los posibles objetos de estudio de la misma.

En cuanto se refiere al *método*, la «Escuela clásica» defendió uno de tipo lógico-abstracto, que debe ser, señalaban, el propio de una disciplina vinculada al Derecho pues éste, por ser tal, debía trabajar con esa metodología, más bien de índole dogmática.

Por cuanto se refiere a los presupuestos sobre los que se construirán los principales objetos de estudio, en primer lugar, debe

mencionarse que se consagró un inicial *concepto de imputabilidad*, basado en el libre albedrío y la culpabilidad moral. Para Carrara, el Derecho penal debía fundarse en tales presupuestos (cfr. *Programa del corso di diritto criminale dettato nella Regis Università di* Pisa, 1859) que, como después se verá, se fundaron la doctrina del contrato social.

En un contexto semejante, se construye una primera *noción de delito*, el cual pasó a ser entendido como un «ente jurídico», y no como un «ente natural» pues se trata claramente de un concepto «jurídico» producido por la definición —típica— que la norma penal realizará sobre un acontecimiento de la vida humana. Ello fue posible pues, como es sabido, la separación entre Derecho y Moral es una separación «ilustrada». En efecto, como señala Ferrajoli,

> [...] ello expresa la autonomía de la moral respecto al derecho positivo o a cualquier otro tipo de prescripciones heterónomas y su consiguiente concepción individualista y relativista: los preceptos y los juicios morales, con arreglo a esta concepción, no se basan en el derecho ni en otros sistemas de normas positivas —religiosas, sociales o de cualquier otro modo objetivas—, sino sólo en la autonomía de la conciencia individual. Y reflejan el proceso de secularización, culminado al inicio de la Edad Moderna, tanto del derecho como de la moral, desvinculándose ambos en tanto que esferas distintas y separadas de cualquier nexo con supuestas ontologías de los valores [1995: 218].[1]

Por lo que se refiere a la *concepción en torno a la pena*, la misma fue siempre entendida como un mal y no como un medio de tutela jurídica, salvo las excepciones de autores como Romagnosi, Feuerbach o Bentham quienes no creyeron en el libre albedrío y asignaron a la pena un fin de defensa; por eso, señala Jiménez de Asúa, se les llamó «padres del positivismo» (*op. cit.*: 46). Veamos con más detenimiento estas direcciones.

La política penal de la Escuela clásica (por una pena «justa»)

Como indica Poulantzas, a propósito de analizar el modo a partir del cual se justificó el derecho a castigar en el Estado Absoluto, esta forma-Estado se caracterizó...

---

1. Recuerda, el citado autor, cómo replicaba Hobbes a Sir Edward Coke al señalarle que «*no es la sabiduría, sino la autoridad la que hace la ley*» (*op. cit.*: 221).

> [...] por el hecho de que el titular del poder estatal, por lo general un monarca, concentra en sus manos un poder incontrolable por las instituciones y cuyo ejercicio no es restringido por ninguna ley limitativa, ya sea esta ley de orden positivo o de natural-divino [1979: 204].

Por su parte, señala Baratta que la historia de las penas precede a la historia de los delitos «y sigue desarrollándose en buena parte independientemente de ésta» (*op. cit.*: 79), lo cual lleva a decir al autor italiano, provoca que los dos términos que dan contenido a la célebre formulación de Beccaria se debieron haber formulado en orden inverso. En efecto, la intervención del derecho, en la historia relativa al poder de castigar, representa una importante transformación cualitativa: aquella que concierne a la idea de legitimación del poder «y se corresponde con un fenómeno más general en el desarrollo del Estado liberal moderno: el nacimiento de una nueva forma de legitimación del poder, esto es, la legitimación a través de la legalidad» (Baratta *op. cit.*: 79).[2]

De ese modo, y en un sentido similar a lo que Costa describe a propósito de la construcción del «proyecto jurídico» iluminista (1974), el «poder de castigar» se afirmará, políticamente, sobre la ideología contractual y, jurídicamente, sobre el principio de legalidad del naciente Derecho penal liberal. Así, ese *poder de castigar*, paulatinamente se transforma en *derecho a castigar*. A partir de ese momento,[3] la historia del poder de castigar se convertirá también, en parte, en la historia del Derecho penal. Las primeras tentativas por dotar de legitimación plena a la intervención punitiva del Estado, se encuentran en las que han sido denominadas como «teorías absolutas» de la pena, o el intento por diseñar la «pena justa».

Desde luego, detrás de todas estas teorías se encuentra la ideología contractualista que servirá de base legitimadora a la potestad punitiva del nuevo Estado. A partir de la concepción rousseauniana de que la sociedad debe constituirse en una comunidad política en la cual todos actúen como iguales y donde la participa-

---

2. Este tipo de legitimación se fue conformando a medida que se consolidaba el Estado Absoluto, forma-Estado de «transición» del feudalismo al capitalismo (cfr. Poulantzas *op. cit.*: 197 y ss.).

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

ción de los sujetos sea directa, el problema a resolver por el contrato social sería encontrar una forma de asociación que defienda, respecto de toda la fuerza común, a la persona y a los bienes de los asociados y en virtud de la cual, cada uno, al unirse con todos, no obedece, sin embargo, sino a sí mismo y sigue siendo tan libre como antes. Estas expresiones, tomadas de Rousseau (cfr. Costa 1974 o Cerroni 1979), son ilustrativas acerca de cómo la ficción representada por el contrato social devendrá en la principal fuente de legitimación del nuevo orden político-jurídico.

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

Ello proviene de la antigua *vendetta*: precepto divino de la tradición hebraica, aminorada, no obstante, por la norma evangélica del perdón en la tradición cristiana y católica. Dicha concepción gira alrededor de tres ideas: la «venganza»; la «expiación»;[4] el «reequilibrio» (entre pena y delito).

Se formula, así, el principio retributivo más conocido: el del *talión*, es decir, el principio de la retribución de un mal con otro igual. Jakobs ve en esta formulación una primera limitación de la pena: «el principio "ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie", etc., limita la venganza a la medida de la pérdida del bien ocasionada por el hecho» (cfr. 1995). Ferrajoli indica cómo el «talión» supone la base de la primera doctrina relativa a la «calidad» de la pena:

---

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

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

> [...] el principio del talión, presente con connotaciones mágico-religiosas en todos los ordenamientos arcaicos, desde el Código de Hammurabi hasta la Biblia y las XII Tablas [...], teorizada por Aristóteles y Santo Tomás [...], perdura en la Edad Moderna hasta Kant y Hegel [...] y ha sido sostenida incluso por autores ilustrados y utilitaristas quienes, en la búsqueda de criterios objetivos e igualitarios de determinación de la calidad de la pena, sucumben igualmente a la ilusión de una cierta correspondencia natural o sustancial de la misma con la calidad del delito [*op. cit.*: 388].

Entradas en crisis tales ideas en el Iluminismo, posteriormente son relanzadas gracias a dos versiones laicas. Veamos. Ha de recordarse, ante todo, que las teorías absolutas de la pena siempre han intentado responder al interrogante de ¿por qué castigar? La respuesta normalmente ha sido la siguiente: porque se ha cometido un delito: *punitur quia peccatum est*.[5] Así, la pena ha de imponerse por razones de justicia o bien, por imperio del Derecho; ambos constituyen fines o valores absolutos.

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

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

---

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

de un animal o confundiéndolo con los objetos de los derechos reales (Kant *op. cit.*).

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

Por su parte, la teoría de la *retribución jurídica*, propuesta por el también filósofo alemán Hegel, ha presentado la fundamentación de la pena en el interior de un *proceso dialéctico*. En efecto, la *tesis* es que el delito supone la negación del Derecho y la *antitesis* supone que la pena es la negación del delito. Luego, la *síntesis* (negación de la negación) indica que la pena es la afirmación del Derecho.[6]

Cattaneo menciona también a Enrico Pessina como exponente de la retribución jurídica al mencionar que él defendía dos medios de lucha por el derecho: la prevención y la represión. «Porque la primera no siempre obtiene su finalidad, es necesaria la segunda» (Cattaneo *op. cit.*: 19). Indica este autor que Pessina define la pena como aquel «acto de la sociedad humana que en nombre del derecho violado expone al delincuente a un sufrimiento como un medio indispensable para la reafirmación del derecho» (*op. cit.*: 20), palabras en las que encuentra reminiscencias de Carrara.

Se han señalado determinadas notas comunes a estas teorías absolutas:

- se ha de retribuir al autor del delito con una pena equivalente al mal que ha ocasionado;

---

6. A pesar del pretendido carácter absoluto de estas teorías de fundamentación de la pena, al no apreciarse «función» alguna en ella, se ha señalado que, en realidad, ambas perspectivas le asignan la función de «realización de la justicia» (Mir Puig 1996 y, en el mismo sentido, v. Roxin 1976). Señala Jakobs que el sistema de referencia de Hegel para fundamentar la pena es el concepto de Derecho. En ese sentido, acepta Jakobs que la teoría absoluta hegeliana posee una configuración muy similar a la que el penalista alemán efectúa en la actualidad en torno a la prevención general positiva (tal y como se verá más adelante). En efecto, Jakobs afirma que, «en Hegel, la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva aquí representada» (*op. cit.*: 22-23). Al respecto, objeta Cattaneo que la denominada «retribución jurídica» tenga suficiente autonomía científica: «creo que, en definitiva, la llamada "retribución jurídica" o se reconduce a la retribución moral o es una doctrina diversa de aquélla y es inoportuno atribuirle la cualidad de "retribución". A mi juicio, la doctrina retributiva típica es siempre una doctrina de la retribución moral» (*op. cit.*: 14).

- en ningún caso la pena ha de perseguir finalidades útiles de prevención del delito;
- la pena siempre ha de ser ejecutada y, además, en su totalidad.

Críticas (posteriores)

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

Pero, además de ello, el citado autor alemán señala que una estricta concepción retributiva de la pena puede llevar al rechazable supuesto de que «la pena resulta exigible también cuando en el caso concreto no es en absoluto necesaria para garantizar la paz social y cuando, incluso, su imposición puede acarrear efectos socialmente dañosos» (*op. cit.*: 25). Y agrega, finalmente, que «la teoría de la retribución no proporciona a la ejecución penitenciaria criterio alguno que sea de utilidad para hacer posible al autor una vida futura en libertad alejado del delito» (*ibídem*).

Cattaneo (*op. cit.*), señala por su parte que la teoría de la retribución penal está íntimamente ligada a la idea de la *vendetta*, idea que ya puede hallarse en Seneca (cfr: 35), al tiempo que se rechaza la fundación del Derecho penal sobre la teología moral, noción que llevaba a concebir la pena como expiación moral y religiosa.

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

Por su parte, Ferrajoli, a propósito de analizar los trabajos de Kant y Hegel, indica que pese a su autoridad, ambas concepciones son insostenibles pues parten de la errónea creencia de la existencia de un nexo necesario entre culpa y punición. Ferrajoli señala, asimismo, que muchas veces se cae en la confusión de hablar de una misma forma sobre dos problemas completamente distintos: los de la «razón legal» y los de la «razón judicial» de

la pena. O, formulado de otra manera, uno puede preguntarse: «¿por qué punir?» (lo cual lleva a un problema de *legitimación externa* de la pena), o puede preguntarse: «¿cuándo punir?» (problema de la *legitimación interna*) (Ferrajoli *op. cit.*: 254 y ss.).

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

- en la «retribución ética», porque atribuye directamente a la pena un valor moral correlativo al desvalor ontológicamente asociado al delito;
- pero también está implícita en la doctrina de la pena como «retribución jurídica», la cual, asignando valor ético a la pena (y al orden jurídico que aquella debe reparar) traduce una legitimación moral de la pena aún más apriorística e incondicionada (v. Ferrajoli *op. cit.*: 254 y ss.).

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

Es claro que las doctrinas retribucionistas no pueden dar una respuesta a la pregunta de «¿por qué prohibir?», ni «¿por qué punir?». Pues, tanto para la doctrina de la «retribución moral» como para la «retribución jurídica», de hecho, la prohibición penal (a la par que la respuesta punitiva) tienen un fundamento en sí mismas: en el desvalor ético o metajurídico asignado al delito y en el valor general o metalegal de obedecer a las leyes.[7]

---

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

Pese a que comúnmente se ha destacado que las teorías absolutas no atribuyen a la pena función alguna, Octavio de Toledo y Ubieto precisa que...

> [...] a primera vista parece contradictorio formular esta cuestión respecto de unas teorías que niegan que las penas cumplan función alguna. Sin embargo, esta no es más que la opinión de sus propios partidarios: desde una perspectiva externa a la misma, lo que se resalta [...], precisamente, es su contrasentido: por más que sus patrocinadores se rehusen a atribuir explícitamente una función a la pena, resulta claro que en las teorías absolutas se le asigna la de realizar la Justicia [1981: 203].

Finalmente, Bustos Ramírez indica que las teorías absolutas pretendieron legitimar la pena sobre la base de una «justicia» que fundamentaba su aplicación en la «libertad e igualdad naturales» de todos los hombres. Señala el autor chileno que...

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

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

2) La *Scuola positiva* y sus pretensiones científicas

Presupuestos generales

César Lombroso (médico hebreo de origen español) quiso aplicar el método experimental al estudio de la demencia y trató de encontrar las notas diferenciales entre el delincuente y el loco. Sin embargo, no encontró tantas diferencias como similitudes pues ambos, señaló, presentaba la *moral insanity*. Recogió datos sobre los cráneos, mandíbulas, arcos cigomáticos y fosas oculares, medidas de altura, etc. Un día (en 1870) hizo la autopsia del bandido Vilella y encontró en su cráneo la famosa «foseta occipital media» muy rara de hallar en un hombre y sí en los peces. Como señala Jiménez de Asúa,

> [...] no volvió a hallar Lombroso la famosa foseta [...], pero entonces le bastó para ver, como en un chispazo súbito, la interpretación de todas aquellas anomalías somáticas halladas en los criminales. En realidad, el hombre delincuente reproducía al salvaje, en verdadero atavismo que a veces se remontaba, en escala zoológica, a los seres prehumanos [49].

En 1876 publica su famoso *Hombre Delincuente*, pequeño opúsculo al principio y que se transforma posteriormente en una obra de tres tomos y un atlas. Al tratar allí el crimen del soldado Misdea (quien en un rapto epiléptico mató a varias personas) Lombroso perfiló su etiología de la delincuencia con las explicaciones epilépticas por donde llega a una compleja constelación de causas del delito. En efecto, indica que «el delincuente nato es idéntico al loco moral, con base epiléptica, explicable por atavismo y con un tipo físico y psicológico especial». Lombroso acaba de crear la Antropología Criminal.

En 1878 se le acerca Enrique Ferri, «joven abogado que se paseaba por las orillas del Arno para hacerse orador como Demóstenes» (Jiménez de Asúa, *ibídem*). La Sociología empezaba a brillar y dio a la Escuela positiva la tendencia sociológica que Lombroso terminó por aceptar en el tercer volumen de la edición definitiva de *El hombre delincuente*.

Poco después, se le acercó también Rafael Garófalo «quien era juez y barón, o sea, pertenecía a la clase atacada por el Positivismo criminológico pues ejercía la justicia que Lombroso y Ferri cuestionaban (Jiménez de Asúa *op. cit.*). Garófalo fue quien abogó por un sistema penal verdaderamente duro y preconizó la concepción del *delito natural* que deducía de su análisis de los

sentimientos. «Mas, al final de su vida, se hizo fascista y reaccionario» (Jiménez de Asúa *op. cit.*).

Desde el punto de vista político penal, puede afirmarse que la Escuela positiva fue una auténtica conmoción; nunca el delito y el delincuente habían sido estudiados más que como entes jurídicos. El Positivismo tuvo la aspiración de ser un movimiento «internacional» como propio de las ciencias no sociales, sino naturales. Ahora bien, tampoco puede ser reconducido a una sola dirección. Como indica Jiménez de Asúa, dentro del Positivismo hubo claras tendencias:

a) una *antropológica* que evaluó de modo primordial el factor endógeno (anormalidad biológica);

b) otra *sociológica* que dio más importancia a factores o causas de la criminalidad exógenas (anormalidad social);

c) otra *biológico criminal* que, como ciencia de síntesis, provocó el nacimiento de la ciencia de la Criminología.

Ahora bien, pese a estas tendencias, los principios fundamentales del Positivismo son claramente opuestos a los de la «Escuela clásica» antes analizada. Si se examina de modo comparativo podrá comprobarse.

En cuanto al *método, habrá de ser experimental*: si el delincuente es un hombre y a él hay que atender, y el delito un producto de factores, para su estudio y para el hallazgo de remedios puede y debe emplearse ese método y no el lógico abstracto.

Por lo que se refiere a la *responsabilidad, habrá de ser «social»*: derivada del determinismo y temibilidad del delincuente. Ferri dedicó su Tesis Doctoral a la negación del libre albedrío y como determinista basó la responsabilidad en el hecho objetivo de vivir en sociedad. Garófalo intentó basar la responsabilidad en el estado peligroso del delincuente.

La concepción que se tendrá del *delito, es que el mismo representa un «fenómeno natural» y «social»* que es siempre producido por el hombre. Y, en cuanto a *la pena, ésta será ante todo un «medio de defensa social»*. Sobre ello se volverá en el epígrafe siguiente.

Para terminar el presente, indicar sólo que el Positivismo tuvo claras bases filosóficas y biológicas. Como ha descripto Jiménez de Asúa (*op. cit.*), filosóficamente, la Escuela positiva apareció como una reacción contra el excesivo individualismo y, con Ferri, llegó a encontrar en la doctrina socialista su fundamento político-social. En el plano metafísico halló su base en la doctrina de Comte y hasta el nombre de «positivismo» arrancó de la «Filosofía Positiva» que aquel puso en boga. Biológicamente, la Escuela

positiva italiana halló sustentación en las teorías evolucionistas de Darwin:

> [...] las explicaciones que Lombroso dio del hombre delincuente, creyendo que la herencia retrotraía a los primitivos seres humanos, responden a los puntos de vista imperantes entonces y que luego serían revisados [Jiménez de Asúa *op. cit.*].

La política penal de la Escuela positiva (hacia una pena «útil»)

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

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

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

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

Pese a estas notas comunes de las teorías relativas, las mismas se elaboraron desde puntos de vista diversos, atendiendo

quién ha de ser el destinatario señalado por la pena: unas centrarían su atención en el sujeto infractor (las llamadas teorías de la prevención especial); otras se desarrollarían mirando a la sociedad en su conjunto (denominadas teorías de la prevención general). Todas ellas serán estudiadas a continuación.

Las teorías de la Prevención Especial de la Pena

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

Tras la inicial formulación utilitarista, la prevención especial fue extendiéndose a partir del último tercio del siglo XIX como consecuencia del auge de las ideas positivistas. Como señala Ferrajoli, es a partir de ese momento cuando sobre la «personalidad criminal» se construirá un saber «científico». La pretensión por clasificar y medir el comportamiento humano, por separar los «corregibles» de los «incorregibles», los «sanos» de los «enfermos», etc., será común a las tres orientaciones preventivo-especiales que se han conocido, algunas incluso desde antiguo: *a*) «las moralistas de la enmienda»; *b*) «las naturalistas de la defensa social»; y *c*) «las teleológicas de la diferenciación de la pena» (cfr. *op. cit.*: 265).

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

Las doctrinas señaladas en la segunda dirección, parten de la idea que el delincuente es un ser antropológicamente inferior, desviado (degenerado) y que, el problema de la pena, equivale por tanto al de las defensas más adecuadas de la sociedad frente

al peligro que representa. Se asigna a la pena y, fundamentalmente, a la medida de seguridad, el doble fin de curar al condenado (al presuponerle sujeto enfermo) y/o de segregarlo y neutralizarlo (al verlo como individuo peligroso) (Ferrajoli, *ibídem*). Señala Ferrajoli que, en el presente siglo, aunque con premisas diversas, estas teorías fueron acogidas en la Unión Soviética por obra de Lenin, Evgenii Pasukanis y Petr I. Stucka.

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

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

El famoso Programa de Política criminal de la Universidad de Marburgo, en el cual Von Liszt desarrolla «la idea del fin en el Derecho penal» (cfr. 1882), estableció tres posibles efectos de la prevención especial:

- la intimidación del infractor no necesitado de corrección;
- la inocuización del autor no susceptible de corrección;
- la corrección del delincuente susceptible de corrección y necesitado de ella.

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

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

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

La Prevención Especial Negativa

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

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

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

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

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

En efecto, presuponer que el transgresor es un sujeto enfermo y/o peligroso, puede traer como consecuencia la creencia acerca de la necesidad no sólo de curarlo y/o tratarlo, sino de segregarlo definitivamente, neutralizarlo o eliminarlo. Ya se ha visto que aquellas orientaciones decimonónicas entendieron que el infractor de la norma penal podía ser considerado como un ser antropológicamente inferior y, además, existieron tendencias que argumentaron «científicamente» la herencia de determinadas tendencias criminales. En esta línea, las penas habrían de consistir en medidas técnicamente apropiadas para las diversas exigencias terapéuticas u ortopédicas de la defensa social: medidas higiénico-preventivas, terapéutico-represivas, médico-quirúrgico-eliminativas.

> Estas teorías son la versión penal y criminológica del determinismo positivista, es decir, de una concepción opuesta pero igualmente metafísica del hombre, considerado como entidad animal carente de libertad y completamente sujeta a las leyes de la necesidad natural» [Ferrajoli *op. cit.*: 266-267].

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

La neutralización, la mera contención o la eliminación física del transgresor (o también, en este último caso, de algún órgano

del mismo), constituyen las «funciones» atribuidas a estas penas y/o medidas por las doctrinas comentadas. Como destaca Ferrajoli, estas teorías...

> [...] son el resultado de una desafortunada mezcla de las ideas de Lombroso acerca del «delincuente nato» o «natural» y la desigualdad natural de los hombres, y de las de Spencer acerca de la sociedad como «organismo social» y las de Darwin sobre la selección y la lucha por la existencia, que, aplicadas a semejante «organismo», le legitimarían para defenderse de las agresiones externas e internas mediante prácticas de saneamiento y de profilaxis social [*op. cit.*: 267].

Al respecto, señalaba Cuello Calón en 1940 que, en esa época...

> [...] se practicaba «con finalidad puramente eugenésica, de higiene social», en numerosos países (especialmente en diversos estados de los Estados Unidos), la esterilización de ciertos delincuentes y de «anormales (idiotas, imbéciles, etc.)» con el propósito de evitar una descendencia «tarada y dotada de inclinaciones antisociales y delictuosas» [*op. cit.*: 642].

Agrega, como novedad de aquellos años, que «recientes leyes», han comenzado a prever medidas de castración a transgresores sexuales como medio de «prevenir» este género de delitos. Finalmente, recuerda que el Congreso Penitenciario Internacional de Berlín (celebrado en 1935) adoptó un voto favorable a la introducción de la esterilización y de la castración como medidas preventivas (pese a oponerse un importante número de argumentos de índole religioso, filosófico y científico). El esplendor de estas prácticas se verificaría en esos mismos años en la alemania nazi, como se verá más adelante.

La Prevención Especial Positiva

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

Paul, como ya se ha mencionado anteriormente, señala a Von Liszt como el iniciador de las «nuevas» teorías de la pena a finales del pasado siglo. A partir de sus programas de reformas, la pena

no debería consistir en una reacción retributiva «ciega» frente al delito, «sino en una acción racional de objetivos conscientes de lucha anticriminal» (*op. cit.*: 63). En consecuencia, la pena habría de ser entendida a partir de unos objetivos preventivos.

> La teoría de la pena en su concepto preventivo fue una consecuencia directa del paradigma ilustrado de las ciencias sociales que comenzó a imponerse al final del siglo pasado en todos los ámbitos científicos [*ibídem*].

En efecto, la idea antiliberal del delito como patología, y de la pena como tratamiento, se convertirán en los pilares de las teorías preventivo-especial positivas. Así, la pena irá asumiedo una *ejecución terapéutica diferenciada,* que ha de apuntar a la transformación conductual del transgresor (Pavarini, 1986, o 1994*a*, o 1994*b*), para lo cual, la psicología primero, y la pedagogía después, se convertirán en ciencias auxiliares de la misma.

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

> De ahí que su arranque sea la afirmación del determinismo biológico o social del hombre y, por tanto, la negación del libre albedrío. Consiguientemente, se opone a toda consideración retribucionista de la pena, que se sustituye por medidas que consignan la no comisión de futuros delitos por el ya delincuente, bien corrigiéndolo, bien inocuizándolo [1981: 210-211].

Precisa más aún, Octavio de Toledo y Ubieto, que la premisa de las mismas es la peligrosidad, no la culpabilidad basada en la libertad de voluntad en que se asienta la pena retributiva.

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

La corresponsabilidad de la sociedad en el delito y la importancia de la *ejecución penal basada en la idea de tratamiento,* entre otras cuestiones, fue difundiendo la adopción de diversas instituciones (conocidas unas y novedosas otras) que comenzaron a posibilitar dejar de ejecutar total o parcialmente la pena en determinados casos, cuando las condiciones del infractor así lo permitiesen. Es el caso de, por ejemplo, la condena condicional,

la libertad condicional, los beneficios penitenciarios, o la suspensión de la ejecución de la pena (Mir Puig *op. cit.*: 44).

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

Numerosas son las objeciones que se han señalado a propósito de la prevención especial. Así, por ejemplo, se ha dicho que si el único fin de la pena fuese el de impedir la reincidencia del sujeto, el recurso a la pena no debería vincularse con la tendencia del autor a la reincidencia. Ello, que puede ser impredecible, choca además con el obstáculo de dejar delitos impunes muchas veces (Mir Puig 1990: 62). De otra parte, si la prevención especial fuese el único fundamento de la pena, en determinadas ocasiones se permitiría la aplicación de penas muy graves por hechos menores, como sería el caso de multirreincidencia en delitos contra la propiedad.

En otro orden de críticas, se ha objetado el ahora sí verificable fracaso de la principal finalidad de la prevención especial, cual es la de evitar la reincidencia: son muchos los que vuelven a delinquir tras haber cumplido una condena, lo cual puede demostrar desde el fracaso del tratamiento penitenciario orientado a la resocialización, hasta la falacia representada por intentar enseñar a alguien a vivir en libertad privándole de la misma al propio tiempo (Bergalli 1980 o 1992).

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

Asimismo la resocialización es cuestionada por quienes subrayan la inadmisibilidad —en un Estado de Derecho— de la pretensión de modificar la conducta de los infractores imponiéndoseles contra su voluntad determinados tratamientos que suelen basarse

en una lógica de carácter premial/punitiva (García-Borés Espí 1993*a*). Al respecto, Bergalli formula la siguiente observación:

> [...] en virtud de qué principio se legitima un cuadro de intervenciones destinado a obtener una mera adhesión de conducta por la vía de un sistema de «premios» a la fidelidad de la autoridad o de quien la representa. Esos premios, que se otorgan sobre una base legal [...], responden sin embargo a unas técnicas psicológicas de puros reflejos provocados que, obviamente, poseen un efecto limitado en el tiempo y se orientan a obtener un resultado inmediato, condicionado a una meta prefijada [1992: 18-19].

Añade este autor, que la crítica que en general ha sido señalada al conductismo —«o *comportamentismo o behaviourismo*»— en aquellas versiones que provienen de la reflexología de Pawlow continuando en los enfoques de Watson, Skinner o Jones, se agudiza aún más cuando se analizan las consecuencias de las terapias comportamentistas aplicadas en ámbitos cerrados.

En ese sentido, Ferrajoli señala que...

> [...] la pena que asume la forma de tratamiento y que apunta a la transformación de la personalidad del condenado —no importa si es con el auxilio del sacerdote o del psiquiatra— mediante su *reeducación hacia los valores dominantes*, se resuelve, en la medida en que el tratamiento no es compartido por el condenado, en una aflicción añadida a su reclusión y, más exactamente, en una lesión a su libertad moral o interior que se suma a la lesión a su libertad física o exterior que es propia de la pena privativa de libertad [*op. cit.*: 270-271].

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

La «vulneración del principio del hecho», en la cual incurriría la teoría preventivo especial, ha sido denunciada por Jakobs (cfr. *op. cit.*: 31 y ss.). Este autor parte de admitir que, al menos nomi-

nalmente, en la prevención general puede limitarse la responsabilidad a la medida en la cual el autor haya perjudicado la validez de la norma (prevención general positiva), o a la experiencia fáctica de que se obedezca la norma (prevención general negativa).

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

Esta discordancia de la vinculación del Derecho penal a un hecho considerado como socialmente dañoso fue percibida por Von Liszt. Destaca Jakobs cómo, en virtud de su solución, el Derecho penal debe representar el límite infranqueable de la Política criminal, lo que significa que la imposición de una pena debe decidirse recurriendo al Derecho Penal, donde rige el principio de hecho, «pero para la clase y medida de la pena debe recurrirse a la "Política criminal"» (*ibídem*).

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

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

Las teorías de la Prevención General de la Pena

Baratta (*op. cit.*) destaca que estas teorías, que tienen por destinatario de la pena al conjunto social, pueden presentar (como se verá a continuación), dos contenidos diversos: uno, que puede denominarse como «disuasivo» (prevención general negativa),

el cual se dirige a crear contra-motivaciones en los transgresores potenciales y, otro, que podría ser calificado como «expresivo» (prevención general positiva), el cual estaría orientado a declarar y reafirmar valores y reglas sociales, contribuyendo así a la integración del grupo social en torno a aquéllos.

Indica Bustos Ramírez que estas teorías, como todas las «preventivas», pretenden legitimarse desde la «utilidad», cumpliendo consecuencias externas beneficiosas para la sociedad.

> Para ello fundamentan la aplicación de la pena en la racionalidad puramente psicológica del hombre o en su racionalidad económica —lo cual tiene a su vez como condición la racionalidad del Estado [*op. cit.*: 22].

Agrega este autor que, al partirse de una irracionalidad «generalizada», cualquier persona podría quedar aprehendida por una legislación de emergencia. «Lo útil es la seguridad del Estado. La prevención general se convierte también en un planteamiento ideologizante (encubridor de la realidad) y de carácter simbólico (ajeno a la utilidad para los hombres): sólo manifestación del poder del Estado,a través del control formalizado que es el derecho penal» (*ibídem*).

Como ya fue esbozado, estas teorías de fundamentación de la pena se orientan hacia el conjunto social, a la sociedad, en las dos claves anunciadas: la denominada *prevención general negativa (o* intimidatoria) y la llamada *prevención general positiva* (o integradora). Pasemos al análisis de la primera de estas expresiones; la segunda se verá más adelante a propósito de otras líneas político-criminales más modernas.

La Prevención General Negativa

Señala Ferrajoli que esta teoría es la única que tiene el mérito de no confundir programáticamente el derecho con la moral o la naturaleza,

> [...] o por lo menos de ser en sus propósitos ideológicamente neutral. Ello depende del hecho de que no fijan su vista en los delincuentes, ni como individuos ni como categorías tipológicas, sino en la generalidad de los asociados, no atribuyendo sin embargo valor de un modo apriorístico —como hacen las doctrinas de la prevención positiva— a la obediencia política de estos a las leyes [*op. cit.*: 276].

Añade el autor italiano, que su utilitarismo se conecta directamente con la tradición ilustrada que teorizó, con gran firmeza,

la separación entre el derecho y la moral. Ferrajoli distingue dos subgrupos: *a*) las doctrinas de la intimidación ejercida sobre la generalidad de los asociados por medio del «ejemplo» ofrecido por la imposición de la pena llevada a cabo con la «condena»; *b*) las de la intimidación dirigida también a la generalidad, pero por medio de la «amenaza» de la pena contenida en la «ley» (276).

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

Al respecto destaca Jakobs lo siguiente:

> [...] también se encuentra en la prevención general la idea de que la misión de la pena es hacer desistir (intimidar) a autores potenciales. En esta variante de la prevención general no se trata del significado expresivo de la pena como contradicción de la infracción de la norma, sino del carácter intrínseco del sufrimiento propio de la pena como consecuencia del comportamiento infractor [*op. cit.*: 26].

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

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

Jakobs, cuando examina la teoría de la «coacción psicológica» de Feuerbach, destaca que éste partía de que todas las contravenciones de la ley parten de la «sensualidad», del «apetito» del hombre que se ve impulsado a la comisión por el placer en (o procedente de) la acción. Y, al no poderse impedir a los sujetos a través de la coerción física la ejecución de los hechos,

> [...] no le queda al Estado otro medio que intervenir por medio de la sensualidad misma en la sensualidad [...] y neutralizar el estí-

> mulo sensorial mediante otro estímulo sensorial [...]. Se neutralizan los impulsos hacia la acción cuando todo ciudadano sabe con certeza que a la infracción seguirá un mal mayor [...]. Esta conciencia se le transmite al ciudadano al amenazar una ley con el «mal mayor», la pena [Feuerbach, citado por Jakobs *op. cit.*: 26].

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

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

Sin embargo, Jakobs admite que el modelo de Feuerbach...

> [...] ofrece ciertamente una armonía de los principios penales más importantes: se veda el tratar al autor como un «objeto de los derechos reales» (fundamentación absoluta de la pena), se impiden las infracciones («coacción psicológica» de la conminación penal) y se vincula estrechamente la pena a la ley (conminación precisa y descripción también precisa del comportamiento con anterioridad al hecho) [*op. cit.*: 27].

De todos modos, pese a estos reconocimientos, concluye manifestando que el modelo tiene defectos que lo hacen inservible, al no basarse los hechos en un cálculo racional de sus consecuencias, y un cálculo racional no se atiene a la secuencia «jurídicamente» necesaria de hecho y pena, sino que tiene en cuenta la probabilidad «efectiva» de resultar castigado o de sustraerse a la pena, lo cual podría dar lugar a una diferencia importante (*ibídem*).

Señala asimismo Jakobs que, desde la base, la teoría de la prevención general negativa parte de un equívoco: «mide el beneficio potencial del delincuente y compensa esta ventaja mediante un mal, pero no atiende al daño que el hecho produce en el orden social. Si se quiere que para otros autores deje de ser

atractivo el hecho, el mal debe ser más importante que el beneficio del hecho; pero éste es independiente del daño social que el hecho produce» (*op. cit.*: 28).

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

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

Las postrimerías del Positivismo

Señala Jiménez de Asúa que mucho tuvo que ver el giro político de Ferri en la evolución del Positivismo y su declive.

> El giro *ferriano* había de ser en política aún más sorprendente: después de haber sido socialista y de haber dirigido el *Avanti*, el famoso orador y sociólogo inclinó su rodilla septuagenaria ante el fascismo, deseoso de llegar a los bancos del Senado [53].

Así, puede afirmarse que, tras haber abominado del Derecho y de haber creído que las normas jurídicas sólo serían un capítulo de la Sociología, los propios positivistas adoptaron un importante sesgo jurídico.[8]

Indica Jiménez de Asúa (*op. cit.*: 56 y ss.) que, desde el punto de vista Político-criminal, el Positivismo contribuyó —para bien y para mal— a:

- Paralizar el Derecho penal «porque al mezclar una ciencia causal-explicativa, cual es la Criminología, con una ciencia cultural y normativa, que es el Derecho, produjo un resultado híbrido que tenía que ser por esto infecundo».
- «Aunque parezca paradoja, retrasó al mismo tiempo el progreso de la Criminología por esa confusión e hibridez».

---

8. El discípulo preferido de Ferri, Felipe Grispini, escribió su *Curso de Derecho Penal* que es una obra de rígida dogmática. El ejemplo más importante del sesgo jurídico del Positivismo se encuentra en el Proyecto de Código Penal preparado para Italia en 1921 por una Comisión presidida por el propio Ferri y que tendría, después, importante influencia en Latinoamérica.

• «Así se hace tímido y borroso, y finalmente traidor, cuando Ferri lo afilia al fascismo, afirmando que éste había hecho por el Positivismo, en pocos años, más que el régimen liberal en varias décadas».

• «Al suplantar la Dogmática con la crítica y la reforma, degradan la calidad de la Ley y la ponen al mismo nivel que las opiniones de los autores» (Jiménez de Asúa *ibídem*).

Pese a ello, el aludido autor le reconoce que...

• «Como toda ley tiene una base fáctica, al descubrir nuevos hechos se ha ampliado el contenido del derecho con nuevas experiencias. El Positivismo atacó el formalismo excesivo de las normas del derecho llenándolas de realidad. Cierto que ha sido la Política criminal y no la Escuela positiva quien ha adaptado esos hechos a la posibilidad jurídica; pero su observación ha correspondido a la Criminología».

• «El principal mérito de Lombroso, más que de los positivistas *sensu stricto*, fue crear una ciencia inédita hasta entonces. Una ciencia causal-explicativa del fenómeno de la criminalidad, que hasta que él la captó sólo era capaz de crear conceptos de derecho en los que el delito era un ente jurídico y el delincuente sujeto del acto, como en Derecho civil lo es del contrato o del testamento» (*ibídem*).

Finaliza Jiménez de Asúa con una importante reflexión, sobre todo útil para pensar en lo que vino después: «Esta ciencia nueva, el día en que no hagamos valoraciones —desvaloraciones, más bien— sobre la conducta criminal, *reemplazará al derecho punitivo*. Repetimos lo que tantas veces hemos dicho, con indignación de algunos *juristas*: la Criminología se tragará al Derecho penal» (*ibídem*).

3) La «antítesis» de las propuestas político-criminales decimonónicas: la postura de la corriente anarquista

En primer lugar, tal y como sucede con otras formas de expresión del pensamiento, debe aclararse que las expresiones «movimiento, pensamiento y tradición» anarquista/libertaria son, por sí mismas, confusas, poco precisas o demasiado abarcadoras. Como se verá a continuación, se trata en realidad de una serie de pensadores, activistas y autores que expresan de modos (a veces incluso muy) diferentes algunas ideas que sí son comunes. Como

ha podido señalar Jiménez de Asúa, «la más absoluta negación del *ius puniendi* está representada por los anarquistas puros».

Quienes piensan que la vida debe organizarse con ausencia de toda autoridad o gobierno, sin más vínculos normativos que la concienciad de la propia personalidad y la solidaridad natural y espontánea, en un sistema económico colectivista o comunista libertario, no pueden reconocer al Estado —que niegan— derecho alguno para castigar (1964: 16). Mas, pese a ese elemento común, algunos han querido encontrar —en tiempos más remotos (como los siglos XV y XVI)— expresiones anarquistas y negadoras del *ius puniendi*, por ejemplo en Moro y Campanella, aunque ha quedado demostrado, con lecturas más atentas, que tanto en la *Utopía* como en la *Ciudad del Sol*, no sólo pervivían los castigos, sino que incluso se conocieron allí algunos severísimos.[9] Por ello, se trata en realidad de una serie de expresiones que, para cuanto aquí se estudia, tienen en común su (más o menos radical) rechazo al *ius puniendi* estatal.

Entre los anarquistas «puros», Jiménez de Asúa (*op. cit.*: 20) menciona a Bruno Wille quien estima superfluo todo castigo porque el hombre nace bueno y sin las coacciones de la sociedad vigente no llegaría a delinquir, e incluso si el delito se produce no debe intervenirse con sanciones tasadas, sino permitir la natural reacción que produzca el atentado (ley de Lynch). También se cita el caso de Emilio Girardin quien pone en duda el derecho social a imponer castigos aunque admitiría alguno que fuese útil, tarea absurda, concluye, porque la reincidencia demuestra la inutilidad de todos.

En España, el anarquismo tuvo un particular desarrollo. Brevemente puede señalarse que en 1869 se fundó en Madrid el «Club de Antón Martín», primer núcleo de la *Internacional* (rota ésta tres años más tarde por las divergencias entre Bakunin y Marx que darían lugar a la creación de la *Segunda Internacional*, socialista). En 1870, apareció el primer periódico anarquista de España: *La Solidaridad* y, al año siguiente, el primero de signo anarco-

9. En efecto, tal y como Jiménez de Asúa ha narrado, en la «Utopía» de Moro se establecieron penas infamantes para el honor de los codiciosos, severas amonestaciones para los padres que no cuidaron debidamente de la virginidad de sus hijas, la más dura esclavitud a los profanadores del matrimonio y, si estos llegasen a reincidir, incluso se prevé la pena de muerte. En el caso de la «Ciudad del Sol» de Campanella, la pervivencia de las penas se constata con la especial previsión del destierro, azotes, deshonor, privación de la mesa común, privación de asistir al templo, abstención del comercio carnal, expresiones auténticamente talionales y muerte en determinados casos. Eso sí, no existía la cárcel; sólo preveían una torre para la reclusión de enemigos y rebeldes (cfr. *op. cit.*: 17).

colectivista: *El Condenado*. Jiménez de Asúa, para el caso español, atribuye gran parte del origen de las ideas penales de Pedro Dorado Montero a la influencia del pensamiento libertario y, «aunque luego tome otros rumbos, no deja de percibirse (en Dorado) el repudio original contra el castigo» (*op. cit.*: 20).

Dentro de los anarquistas de signo «cristiano», Jiménez de Asúa menciona el caso célebre del conde León Tolstoy frente al derecho punitivo. Su doctrina, afirma el español, predica la «no resistencia al mal con la violencia basándose en los Evangelios». Dentro de esta misma tendencia, menciona más adelante el caso de Alejandro Goldenweiser para quien «el crimen contiene en sí la pena y la pena en un crimen: dejad al delincuente con las consecuencias de sus actos»: el malestar interior, el rastro que deja tras de sí el mal, los remordimientos, la impulsión al suicidio, unido ello a la censura social de los demás y el menosprecio del prójimo (*op. cit.*: 22).

Finalmente, Jiménez de Asúa hace espacial mención a los anarquistas que él denomina como «conciliadores». El caso del conde Pedro Alejandro Kropotkin es aquí tal vez el más célebre. Sus protestas contra las cárceles, recordando que antes de Pinel también se miraba a los locos como endemoniados, le llevaron a afirmar que «no hay medicina alguna que pueda competir con la libertad, el trabajo independiente y el tratamiento fraternal». Partiendo de similares postulados éticos, Jiménez de Asúa cita el ejemplo de Sólovief para el cual la privación de libertad en las cárceles es una forma inferior al tiempo presente (¡de hace un siglo!) aceptando, solamente, alguna «tutela pública compuesta de hombres competentes para corregir a los culpables [...]. Fundado en este principio, el sistema penitenciario más equitativo y humano que el presente, será también más eficaz (*op. cit.*: 25).

Y es por ahí por donde, el propio Jiménez de Asúa, va a sentar su posición personal cuando afirma que «coincide con este criterio el maestro español Dorado Montero, que da a estas concepciones una nueva orientación con su *Derecho protector de los criminales*. Es, como Sólovief, un *negador* del Derecho punitivo expiatorio, pero postula el tratamiento estatal sobre los delincuentes. Por eso —seguidores nosotros de este ideario— consideramos que la posición de Dorado más que de *negaciones* es de *síntesis*, la más afortunada de las síntesis» (*op. cit.*: 25). En el siguiente epígrafe se volverá sobre ello, cuando se analicen las recomendaciones político-criminales del llamado «correccionalismo» español.

Más allá de estas consideraciones, merece ser destacada la ausencia de estudios y de consideraciones del pensamiento anarquista en las disciplinas sociales que se ocuparon de la «cuestión crimi-

nal», incluso dentro del pensamiento crítico de dicha cuestión. Lo que sí ha sido un poco más explicado, tal y como ya se mostró anteriormente, es el intento del más rancio Positivismo criminológico por combatir y, sobre todo, por criminalizar al anarquismo. Ya con ocasión del I Congreso Nacional (italiano) de Antropología Criminal, Lombroso argumentaba en 1884, en sus estudios sobre el «delito político» que, entre sus variadas manifestaciones, se hallaba la *personalidad* de los anarquistas, exponentes de un cierto *materialismo somático* (cfr. Bulferetti 1975: 310 y ss.). En efecto, afirmaba Lombroso que, entre los más tristes males de la sociedad, se encontraban la criminalidad, la prostitución, el alcoholismo y la anarquía, exponentes de patologías que evidenciaban la disposición antisocial orgánica de ciertos individuos.

Cuando Lombroso publica *Los anarquistas* en 1894, perfila sus concepciones sobre tales individuos. Creyendo que son los exponentes de la «caballería ligera del socialismo», entiende que la sociedad y el gobierno les vean como «diabólicos adversarios, ingenuos e idealistas [...] representantes de temperamentos epilépticos y criminales políticos por pasión». Como ha señalado Bulferetti, para Lombroso, los anarquistas eran la expresión de un intento de volver a formas sociales de barbarie primitiva, de un regreso al hombre prehistórico, a una edad que todavía no conocía la autoridad del *pater familias* (*op. cit.*: 332-333). Por ello, les consideraba como exponentes de una conjunción de criminalidad y locura y, en consecuencia, representantes claros de un «tipo criminal completo». Agrega Bulferetti que ello era, a su vez, complementado con las opiniones de ciertos Magistrados quienes, como Spingardi, le habían dicho a Lombroso: «no he visto nunca un anarquista que no presente rasgos faciales asimétricos y otras características del tipo criminal» (*op. cit.*: 335).

Por todo ello, Lombroso terminaba proponiendo, desde el punto de vista político-criminal, una serie diversa de penas, medidas y tratamientos para los anarquistas, dependiendo todo ello de sus características criminales. Desde reclusión en establecimientos manicomiales, a secuestros en islas del Océano para los más peligrosos, llegando a aceptar la pena de muerte para los irreductibles (*op. cit.*: 337).

Cabe también recordar, en este sentido, las palabras que en relación con los anarquistas mencionaba Garófalo en la defensa de una concepción *preventivo especial negativa* de las penas: «la reacción estatal (la pena) consiste en la exclusión del miembro cuya adaptación a las condiciones del medio ambiente se manifiesta incompleta o imposible [...]»; esta separación debería consistir «en la exclusión absoluta del criminal de toda clase de relaciones so-

ciales» para concluir, finalmente, afirmando que «el único medio absoluto y completo de eliminación es la muerte» (1912: 265).

En efecto, agregaba Garófalo que esta pena (capital) constituiría el medio más adecuado para efectuar la selección artificial que la sociedad debe realizar eliminando de su seno a los individuos antisociales e inadaptables a la vida social, siendo el único medio para verificar la eliminación de esos «temibles delincuentes» pues, la cárcel, «aun la perpetua», siempre ofrece el riesgo de posibles evasiones y la posibilidad «de que una revolución abra las puertas de las cárceles» (cfr. *op. cit.*: 343 y ss.).

Para concluir este apartado, conviene pensar en algún aspecto final para ulteriores reflexiones. Aludo a la posible conexión entre esta «tradición» libertaria como posible antecedente de algunas de las corrientes más radicales de la llamada «Criminología crítica» que, muchas décadas después, perfilaría lo que se conoce como «movimientos abolicionistas» que, precisamente, vinieron a negar la legitimidad del Estado para intervenir coactivamente en las esferas más íntimas de los ciudadanos. Esta hipótesis también podría dar lugar a ciertas investigaciones que busquen las conexiones de ciertos filones analíticos. Si estas vinculaciones existiesen, más llamativo sería aún el silencio que ciertas posiciones hegemónicas impusieron al conocimiento y al desarrollo de esta corriente histórica.

4) El *Correccionalismo* y la *Terza Scuola*: una alternativa «crítica» al Positivismo ortodoxo

En sus *Principios de Derecho Penal* (1990), Jiménez de Asúa destaca entre los «ilustres precursores» de la tendencia que ahora se examinará a Platón que, en *Protágoras*, *Gorgias* y *Las Leyes*, ya hablaba de la «enfermedad del alma» y de la «pena como medicina». También, en el mismo sentido precursor que traza una larga línea histórica en esta dirección, el mencionado autor destaca las obras (y las vidas) de San Juan Crisóstomo y Clemente XI, quienes pretendieron corregir a los reos y al mismo John Howard que deseó reformar los presidios para que los hombres no se corrompieran en ellos (cfr. *op. cit.*: 59).[10]

---

10. Añade que, más modernamente, cabría citar como precursores de la teoría correccional, en Alemania, a Grolmann, Henk, Abegg y Spangenberg. «Y sobre todo, aparecen ceñidos al pensamiento correccional estos autores: Stelzer, que en 1811 habló de la "corrección jurídica" y Gross, que en 1829 se ocupó de la "corrección intelectual"» (*ibídem*).

De alguna manera, entonces, el camino estaba preparado para que transitaran las ideas de Carlos David Augusto Roeder quien escribió, en 1839 (en latín), su folleto sobre la «pena correccional» donde defendió la tesis de la «corrección moral». Como es bien sabido, éste era discípulo de Krause y empleó la filosofía de su maestro para sus desarrollos jurídico-penales. Como ya se verá más adelante, algún tiempo más tarde, semejantes ideas fueron retomadas por Franz von Liszt para hablar, eso sí, de la «corrección civil» , y no moral, de los susceptibles de enmienda.

La llamada tendencia «correccionalista» tuvo un importante desarrollo en España. Giner de los Ríos tradujo a Roeder y creó la doctrina de la «tutela penal». Más adelante, como se verá enseguida, ello desembocaría en el famoso «derecho protector de los criminales» de Pedro Dorado Montero. Estas expresiones son las que podrían denominarse como direcciones del «positivismo crítico», las cuales reaccionaron contra los extremismos del Positivismo ortodoxo, que había llegado a subordinar totalmente lo jurídico a la esfera de lo biológico y de lo social.

Expresado así, entonces, dentro de este «positivismo crítico» pueden verse, al menos, tres tendencias:

a) En España: con el denominado «derecho protector de los criminales» de Pedro Dorado Montero;

b) en Italia: con la llamada *Terza Scuola* que, con Carnevale y Alimena, alcanzarían a situarse entre la Escuela clásica y la positiva.

c) en Alemania: con la dirección «político-criminal» que le imprimiría Franz von Liszt (la cual se abordará, separadamente, en el epígrafe 4 del presente capítulo).

A continuación, serán examinadas cada una de estas direcciones.

La dirección «correccionalista» en España

Para entender las bases filosóficas de las que se nutrió el correccionalismo, es preciso partir de lo que fue el movimiento filosófico *krausista* que, conviene anticiparlo con Fernández Rodríguez,

> [...] es de calificación difícil, no solamente por el sincretismo que lo informa y por la frecuencia con que Krause esgrime criterios de direcciones filosóficas de ardua conjugación, sino tam-

bién por la personal y oscura terminología que utiliza el fundador en su elaboración [1976: 15].[11]

Agrega la autora citada, que el profesor de Berlín y Gotinga, concibió el Derecho como un conjunto de condiciones sociales necesarias para que el ser humano pueda alcanzar su destino, condiciones que dependen de la voluntad humana y que debían cumplirse a fin de que el hombre pudiese alcanzar su finalidad ética (*ibídem*). En tal sentido, su obra se limita al establecimiento de los postulados fundamentales de un sistema sin acometer su desenvolvimiento. En el ámbito de la Filosofía del Derecho, sus desarrollos se encuentran en Ahrens y, en el específico campo del Derecho penal y de la ciencia penitenciaria, en Roeder.

Este último autor, profesor de la Universidad de Heidelberg, tuvo muy poca difusión en Alemania pero sí en España, de la mano, precisamente, de la filosofía krausista. Sostiene Cuello Calón (1940) que Roeder concibió a la pena como el medio racional y necesario para reformar la injusta voluntad del delincuente, pero la reforma no debía limitarse a alcanzar la simple legalidad externa de las acciones humanas sino la íntima y compleja justicia de su voluntad (*op. cit.*: 40).

Surgía, fruto de las anteriores ideas, la llamada «teoría de la mejora», por la cual,

> Debe la pena revestir el aspecto de un tratamiento puramente correccional o tutelar y no debe pronunciarse de un modo fijo e invariable, si no que durará más o menos tiempo según tarde más o menos en reformarse la mala voluntad que se desea mejorar [Cuello Calón *op. cit.*: 40].

A propósito de examinar los principales rasgos de las tesis correccionalistas, Fernández Rodríguez señala las siguientes notas:

El derecho, al caracterizarse como el todo de las condiciones de la vida racional que en sociedad dimanan de la libre voluntad, se origina en la necesidad, no en el Poder.

> Los que ostentan el poder, esto es, aquellos que poseen los medios necesarios para remediar las necesidades de los pobres y de los

11. Señala la autora citada, a apropósito de la obra de Krause, que la misma no sólo abarcó temas filosóficos sino también cuestiones de las ciencias especiales y que sus construcciones, se integraron en un intento, «no siempre afortunado, de síntesis del subjetivismo de Kant y Fitche con el absolutismo de Schelling y Hegel. Krause había sido, en la Universidad de Jena, discípulo de Fitche y Schelling y en su obra se percibe con nitidez la influencia de Kant, del que se consideraba continuador» (*op. cit.*: 15-16).

débiles, están obligados a realizar tan humanitaria y justa labor. En consecuencia, corresponde al Estado proporcionar ayuda a los delincuentes, que de todos los integrantes del cuerpo social son los que más necesitados de auxilio se encuentran precisamente por su incapacidad para una vida jurídica libre [*op. cit.*: 26].

El *delito* es considerado como una determinación defectuosa de la voluntad, contraria al derecho.

> El delito, objetivamente contemplado, carece de sustancia propia; no es más que un «síntoma» incidiario de la mala voluntad del agente, de una conformación psíquico-moral patológica que exige un «tratamiento» idóneo. La causa, pues, de la incapacidad social del delincuente está en su voluntad enferma [*ibídem*].

El *delincuente*, en esta visión, es entonces un miembro de la sociedad que se ha hecho «acreedor» de la tutela del Estado en virtud de su propia incapacidad para la vida jurídica libre.

> Tutela que, lógicamente, se arbitra no sólo en interés del sujeto sino también en el del propio Estado [*op. cit.*: 27].

Los *fines de la pena*, en consecuencia, deben consistir en la corrección o enmienda moral del infractor intentando una auténtica transformación interna del mismo.

> Mediante este «tratamiento» el Estado procura el regreso del delincuente al orden jurídico en que se inserta la vida comunitaria. La radicalidad de esta postura se construye sobre la afirmación de que a la mencionada corrección deben ser subordinadas cualesquiera otra finalidad, ya que sólo por medio de la misma, pueden retornar estas «voluntades enfermas» a los cauces morales y jurídicos [*op. cit.*: 27].

Esta *dimensión tutelar* que se preconiza para la pena, se revelará en la recomendación político-criminal del establecimiento de penas privativas de libertad y, sólo como excepción, y para infracciones menores, se aceptarán las penas de tipo pecuniario.

> Se preconiza un sistema celular penitenciario sobre dos básicas argumentaciones: se evita así el contagio del sujeto que pudiera derivarse del estrecho contacto con otros delincuentes y se favorece, por otro lado, el recogimiento del delincuente, lo que incidirá propiciamente en su educación y reforma moral. En perfecta congruencia con las afirmaciones sentadas se proscriben en forma radical las penas de muerte y las perpetuas, por su eviden-

te incapacidad para alcanzar el único y exclusivo fin de la pena, más arriba expresado [*ibídem*].

Por último, se recomienda una política criminal basada en la creación de un *tratamiento penal absolutamente individualizado*, como no podía ser de otra forma debido a la filosofía de corrección que subyace a esta corriente.

> Por ello, se postula un sistema de condenas absolutamente indeterminadas o solamente determinables a posteriori. Se sostiene que la sentencia debe revestir un carácter tan provisional como un tratamiento médico, ya que la pena se constituye en verdadera medicina social y moral a la que el delincuente tiene un personal derecho. Solamente la corrección del delincuente justifica la terminación de la pena. Se atribuye, además, una trascendental importancia a la libertad condicional, en cuanto única garantía firme y fehaciente de la curación moral del reo y de su recuperación para la vida en sociedad; el periodo de prueba que ello supone probará la eficacia de la tutela moral y jurídica que sobre el sujeto ha actuado [*op. cit.*: 28].

Como es bien sabido, sobre estas bases generales del llamado «correccionalismo», fue construida —en España— la dirección que con Pedro Dorado Montero, edificó el famoso *Derecho protector de los criminales*. En respeto a la verdad, debe señalarse que, ya antes, y a partir de la difusión de las tesis krausistas, por obra de la traducción que de éste hiciera Giner de los Ríos, este último autor —creador del *Laboratorio de Criminología*, en su Cátedra— había equiparado, en España, la pena con la tutela jurídica refiriéndose expresamente a una *tutela de tipo penal*.[12]

Para Jiménez de Asúa, la obra de Dorado Montero constituye la más lograda «síntesis». Es decir, entre la «tesis» (representada por las doctrinas de fundamentación del *ius puniendi* estatal absolutas y relativas, ya analizadas) y la «antítesis» (postura asumida fundamentalmente por los «anarquistas», quienes negaron autoridad al Estado para castigar), Dorado Montero, para el citado autor,

---

12. «Se integra, en consecuencia, en la más pura formulación roederiana sin participar del eclecticismo que ostenta la línea tradicional española en su inserción con el correccionalismo. De ahí que, sin ningún género de dudas, nos encontremos ante la auténtica figura española encuadrable en la línea correccionalista en sentido estricto. Por otra parte, se ha destacado su aportación, anticipada en muchos años a las teorías hoy vigentes, en tema de "pedagogía correccional"; elaboración en la que se percibe su interés por los problemas criminológicos y con la que se completó la estructura correccionalista montada por Roeder» (Fernández Rodríguez *op. cit.*: 58).

> [...] es el gran maestro que en vez de apresurarse a evitar que el derecho punitivo se derrumbe y se busquen nuevas fórmulas para mantenerle en pie, lo deja desplomarse y, en el viejo solar, limpio de los escombros del prejuicio, edifica el Derecho *protector de los criminales*, que es negatorio del multisecular *ius puniendi* en cuanto éste es, en su sentido estricto, el derecho de imponer castigos; pero que no puede incluirse en la antítesis anarquista porque proclama el derecho del Estado a intervenir en el tratamiento de los violadores de la norma. Esta doctrina del Derecho protector de los criminales es, a nuestro juicio, la verdadera Escuela española de moderna factura [*Tratado de Derecho Penal*, Tomo II: 28].[13]

Cuello Calón, por su parte, consideraba a Dorado Montero como firme seguidor de la corriente española «correccionalista» al haber concebido el sistema de su «Derecho protector de los criminales» como una pura «pedagogía correccional» y, por ello, desprovisto por completo de cualquier sentido represivo y doloroso, animado tan sólo de una finalidad tutelar y protectora (*op. cit.*: 158).

Finalmente, Fernández Rodríguez cuando examina al salmantino, le atribuye un carácter eminentemente ecléctico (cfr. *op. cit.*: 59). En efecto, indica la citada autora, ese eclecticismo no nace de la combinación de los postulados clásicos y correccionalistas, sino de la fusión de estos últimos con los positivistas, en un intento serio de actualización del pensamiento *roederiano*.

> Esta puesta al día es lo que constituye su doctrina que no es otra cosa que la sustitución del Derecho penal retributivo e intimidante por un Derecho protector de los criminales. Mediante éste, la justicia penal abandonaría su función retributiva para cumplir una función de patronato, orientada a la modificación de la voluntad criminal, con base en el estudio psicológico de las causas de la criminalidad en el caso concreto. Se convertirá, en consecuencia, en una *pedagogía correccional* orientada por la psicología [*op. cit.*: 59].

---

13. Agrega el tratadista español que «la filosofía preparaba la síntesis desde que puso mano en la indagación del derecho de penar. Ya hemos visto cómo se logra por Dorado en una doctrina genial. Los ideales del gran maestro salmantino hallan hoy refuerzo psicológico en las concepciones del Psicoanálisis y de la Psicología profunda. Los más avanzados psicoanalistas, partiendo de que el sentimiento de culpabilidad estimula la comisión de delitos, para lograr la pena, con lo que ésta, lejos de intimidar al hombre, le sirve de incentivo, y los partidarios de la psicología individual, que después de interpretar el delito como muestra de "desaliento", piensan que el castigo "desalentará" más al delincuente, coinciden en el repudio de todo el sistema represivo vigente y postulan tratamientos educativos y resocializadores» (*op. cit.*: 29).

La misma autora, por ello, califica la propuesta político-criminal de Dorado Montero de «utópica» (cfr. *ibídem*), pese a lo cual no le niega un enorme significado y anticipación de los tiempos y, por ello, un indiscutible lugar en el panorama propio del llamado «correccionalismo».

La llamada «Terza scuola» italiana

En el Tomo I de su *Tratado de Derecho Penal*, Jiménez de Asúa denomina como *terza scuola* la dirección iniciada en Italia por Manuel Carnevale quien inicia una posición «crítica» de índole intermedia entre el clasicismo y el positivismo. En un intento por calmar las «luchas de Escuelas» (entre las dos posiciones mencionadas),

> [...] el autor italiano califica su propia aportación como «unitaria» pues intenta resumir los caracteres del clasicismo —excesiva clasura de la ciencia jurídica punitiva, concepto formal del delito, haber creído fundamentar la responsabilidad en el libre albedrío, y haber limitado la represión dentro de una idea exagerada de los derechos del individuo frente al Estado—, y señala que los positivistas «en pocos años organizaron una Escuela que se coloca en el extremo opuesto de la precedente», bastando para clasificarla «tomar a la inversa los caracteres antedichos» [cfr. Jiménez de Asúa *op. cit.*: 87].

Señala el mismo autor que, para Carnevale, aunque más abierto a los conocimientos antroposociológicos, debe mantenerse la «personalidad del derecho penal», ha de hablarse de «causalidad» y no de fatalidad del delito, de lo que concluirá el italiano que es inadmisible la categoría del «delincuente nato», debiendo aceptarse —desde el punto de vista político-criminal— «la reforma social como primer deber del Estado en la lucha contra la delincuencia» (*op. cit.*: 88).[14]

Otro representante mencionado por el mismo autor de esta dirección político-criminal intermedia y positivista «crítico» en Italia es Bernardino Alimena, a quien califica como «naturalista crítico». El camino ahora recorrido parte, una vez más, de la Filosofía del Derecho. En este caso, una vez despojada ésta de toda metafísica, habría encontrado «insuficiente» al positivismo, el cual debe ser sometido a «crítica». Conviene aquí, para entender mejor

14. Destaca Jiménez de Asúa que, «con el tiempo, Carnevale se hace místico y en 1935 nos habla de una "misión heroica del Derecho" oponiendo -en su trabajo escrito en el año 1937— a la mera concepción formal, una "substancia esencial" que logre el triunfo del "espíritu del bien" contra el "espíritu del mal", que es el delicuente» (*ibídem*).

esta postura, reproducir la cita que transcribe Jiménez de Asúa del autor italiano examinado:

> En el Derecho Penal, más que en los demás derechos, tiene importancia la persona humana. Mientras las demás ramas del Derecho tienen sobre todo por objeto el equilibrio y la tutela de las cosas, de las relaciones y de los hechos, ante los cuales desaparece la persona, en el Derecho penal, en cambio, el objeto principal es la valoración de la persona que queda más allá de la cosa, de la relación, del hecho. En el Derecho penal es substancial la investigación filosófica y a nosotros nos corresponde la tarea de integrar la exigencia jurídica con la exigencia psicológica y sociológica [cfr. *op. cit.*: 88].

Por ello, califica la postura de Alimena como claramente «intermedia» al apartarse tanto del idealismo abstracto como de la metafísica materialista. De este modo, se rechaza por un lado la Escuela clásica, el libre albedrío y los análisis abstractos del delito; pero, por otro lado, de la Escuela positiva se combate la teoría de la anormalidad morbosa del delito, la del tipo delincuente y la fusión del Derecho con la Sociología criminal.

Finaliza Jiménez de Asúa destacando que en el ámbito de la responsabilidad es donde más claro aparece el pensamiento «intermedio» de Alimena pues no cree éste en el libre albedrío de los clásicos que entiende contradictorio con el concepto de responsabilidad, pero tampoco acepta construir la responsabilidad sobre el molde hecho de la imputabilidad física.

> En suma, la *terza scuola* acepta el principio de defensa social, pero no entendida ésta en el sentido naturalista, ni meramente utilitario y basa en ella el Derecho penal, que tiene como medida la justicia y como límite el mínimo de sufrimiento individual dentro del máximo de defensa de la sociedad. La visión del delito como fenómeno individual y social, así como la negación del libre albedrío aproxima a sus defensores a la Escuela positivista; en cambio, la distinción entre imputables e inimputables les emparenta con la Escuela clásica [cfr. *op. cit.*: 88-89].

5) La *Escuela de Marburgo*: Franz von Liszt y el intento por construir la Ciencia Universal del Derecho Penal

Caracteres generales

Como gran y directo conocedor de la obra de Von Liszt, y a propósito de comenzar a tratar el famoso programa político-criminal de Marburgo, que ahora será aquí analizado, Jiménez de

Asúa empieza por recordar su propia y nueva concepción de la Política criminal señalando que...

> [...] acaso fuera excesivo titular una de las acepciones de Política criminal con el desmesurado vocablo de «ciencia», como lo hicimos hace años. *Una ciencia existe cuando tiene objeto y método propios*, y la política, incluso la apellidada criminal, acaso no tenga un método característico ni un objeto definido. Más aún: la política y la ciencia son dos expresiones que se contradicen.[15] Dejemos tan sólo la famosa frase Política criminal como hipótesis de trabajo o, en todo caso, como un arte de legislar, en vista de los datos de la Filosofía y de las ciencias causal-explicativas [1990: 61].[16]

Y por allí, Jiménez de Asúa da su propia definición de Política criminal como «el conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen, valiéndose no sólo de los medios penales sino también de los de carácter asegurativo» (*op. cit.*: 62).

Para tratar sobre la aportación político-criminal de Von Liszt, que aquí se hará examinando con cierto detalle su obra *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*, conviene antes sentar algunos caracteres generales de esta Escuela, la cual, como se verá más adelante, supuso el primer intento serio de desarrollar una «ciencia de conjunto del Derecho penal (con el Derecho penal en sentido estricto, la Criminología y otras disciplinas). Pero sobre ese intento integrador se volverá después. Ahora conviene, primero, conocer esos caracteres generales siguiendo el modelo epistemológico de analizar el método y los objetos de estudio de una pretendida disciplina.

En cuanto al *método* es importante destacar que si la Escuela clásica propugnó uno de tipo lógico-abstracto (propio del Derecho), y la Positiva uno experimental; la dirección político-criminal proclamó la necesidad de emplear un método jurídico, para indagar el contenido del Derecho positivo; y el método experimental, como único útil para el trabajo criminológico.

En lo que se refiere a la *concepción del ser humano*, puede señalarse que la Política criminal de Von Liszt proclama la necesidad de considerar un nexo subjetivo en la responsabilidad, si bien independizándolo de la libertad moral. «Los político-crimi-

---

15. Sobre las incompatibilidades, a veces, supuestas, entre actividad política y actividad científica, convendría recordar lo que antes fue tratado a propósito de la obra de Max Weber *El Político y el Científico* (*op. cit.*).

16. Pese a lo cual Jiménez de Asúa señala que se debe a Mezger que diera el nombre de *Política criminal* a su famoso libro de *Criminología* (con cuyo último epígrafe ha aparecido la traducción española).

nalistas reconocen la imputabilidad de los delincuentes normales y, en cambio, proclaman el estado peligroso como base de la medida que ha de tomarse sobre los delincuentes que se desvían de la norma» (Jiménez de Asúa *op. cit.*: 63).

La *concepción del delito* que aquí prevalece es la propia de un concepto jurídico; pero como fenómeno natural, también se afirma que surge en la vida por impulso de factores endógenos y exógenos.[17]

Por cuanto hace al *concepto de penas y medidas*, esta dirección, si bien no abjura de la pena, sí proclama que debe tener un «fin», pero además la misma sólo puede aplicarse a los delincuentes imputables, en tanto que los peligrosos serán corregidos o inocuizados por medidas de seguridad. Luego ello será examinado con más detenimiento.

De estos caracteres generales ha señalado Jiménez de Asúa,

> [...] como vemos, el más caracterizado *dualismo* tipifica la Política criminal: métodos jurídicos de un lado, y experimentales de otro; concepción del delito como entidad jurídica y como fenómeno natural; imputabilidad y estado peligroso, y como consecuencia, penas y medidas de seguridad [*op. cit.*: 63].

Y, entonces, el juicio de valor que le merece a Jiménez de Asúa, también tiene dos caras:

> Reconozcamos que desde el punto de vista filosófico la Política criminal presenta abigarrado contenido, muy poco digno del rango de ciencia. En cambio, ese pragmatismo ha sido causa de que pudieran injertarse en las leyes las más nuevas medidas. Hoy podemos decir que desde el Código noruego de 1902 hasta los más modernos documentos, como el Código brasileño de 1940 y el Proyecto de Peco para la República Argentina, todas las legislaciones penales tienen carácter político-criminal [*ibídem*].

Análisis del Programa político-criminal de Marburgo: La idea del fin en el Derecho penal

La obra comienza poniendo de relieve la discusión sobre el problema del fundamento y de las funciones de la pena, es decir, del *por qué* y del *para qué* castigar: ¿retribución, prevención, protección de bienes jurídicos?... Para su desarrollo, se divide en varias partes que serán ahora analizadas.

---

17. «Y la Unión Internacional de Derecho Penal, auténtico portavoz del político-criminalista, subraya el factor económico en la producción del crimen» (Jiménez de Asúa *ibídem*).

La *primera parte* —«El punto de partida»— comienza por recordar y poner de relieve que...

> [...] todo el desarrollo en el sistema penal, en el buen sentido como en el malo, reside en la lucha de las teorías absolutas frente a las teorías relativas y de cada una de ellas con las demás [1882: 44].[18]

Von Liszt comienza poniendo de relieve la preeminencia que siempre tuvieron las teorías absolutas sobre las relativas, fruto de la importancia intelectual del idealismo alemán de Kant y Hegel. En tal sentido, recuerda las palabras vehementes de Binding pronunciadas en 1878, texto que se reproduce íntegramente por lo ilustrativo de las expresiones que revelan los momentos más álgidos de la «lucha de Escuelas»:

> En los últimos tiempos tuvo lugar, de forma simultánea al desmoronamiento de la concepción iusnaturalista del Estado una nueva victoria de las teorías absolutas sobre las teorías relativas ¡Y con razón! En efecto, sin perjuicio de la consideración que merecen el ingenio y la actitud generosa de muchos de los partidarios de las diversas teorías, no puede ocultarse su inconsistencia científica. En su opinión, el delito no es fundamento, sino sólo presupuesto necesario de la pena. ¿Pero por qué razón? ¿Por qué en ese caso sólo se sanciona el delito una vez que se ha cometido? ¿Por qué el delito es el único síntoma que revela los peligros que amenazan a la sociedad? ¿Cómo llega entonces la teoría relativa a sancionar a aquel que ha cometido el hecho, cuando éste no es en sí el fundamento de la pena, sino que sólo revela el auténtico fundamento, que es la falta de seguridad de la sociedad? [...] ¿Y cómo puede justificar la teoría relativa que el delincuente —que es todavía una persona— pueda ser denigrado como objeto de un experimento para comprobar si el hecho de que a él se le imponga una pena puede obstruir en el futuro esa fuente de males para otras personas iguales a él? Sobre todo si se tiene en cuenta que, en muchos casos, este experimento fracasa, pues entonces se malogra el fin de la pena, cuyo único fundamento jurídico es la adecuación a ese fin. Finalmente, la teoría relativa ha de ser consecuente con sus principios. El Derecho penal no debería ser detentado por el Estado, sino por los grupos sociales amenazados, sin consideración a las fronteras estatales. Sin embargo, la realidad muestra lo contrario. Una teoría del Derecho

18. Se emplea aquí para el examen de *La idea del fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*, la publicación que, precedida del Estudio Preliminar de Zugaldía Espinar, fue publicada por la Editorial Comares en la serie Los Argonautas.

> penal que no sepa decir en suma por qué impone penas; por qué sólo las impone a los delitos después de haber sido cometidos; por qué castiga al delincuente [...]; por qué, en fin, consiente que el Estado castigue al delincuente, *una teoría semejante no puede aspirar a tener un lugar en nuestra ciencia* [*op. cit.*: 45-46].

Pese a esas críticas, Von Liszt recuerda que las teorías relativas han vuelto a emerger de la mano de Ihering, quien «ha designado *el fin* como impulso engendrado por el Derecho y el Estado» (*ibídem*). Asimismo, recuerda más adelante, la fuerza que estas ideas estaban por entonces recobrando en Italia (con la *Scuola Positiva*) aunque Von Liszt advierte que no comparte todos sus postulados. Y por allí, es donde von Liszt va a sentar su posición personal:

> Sintetizaré de nuevo mi opinión. La pena es, en su origen —es decir, en todas sus formas primitivas que podemos conocer en los comienzos de la historia de la civilización— *una respuesta ciega, instintiva, impulsiva y no determinada por la representación de un fin a alcanzar,* contra las perturbaciones de las condiciones de vida de los individuos. No obstante, la pena ha ido modificando paulatinamente su carácter. Su objetivación —es decir, el traspaso de la reacción, que se encontraba en un primer momento en manos de círculos afectados, a órganos de enjuiciamiento sereno e imparcial— hace posible la reflexión sobre sus efectos. La experiencia da luz para comprender la adecuación al fin de la pena. La pena, a través de la idea del fin, adquiere extensión y profundidad, y así se desarrollan tanto los presupuestos de la pena (el delito) como el contenido y alcance de la misma (el sistema penal). Con la influencia de la idea del fin, la fuerza de la pena se convierte en Derecho penal. *La misión a cumplir en el futuro es conducir el desarrollo iniciado en el mismo sentido y transformar consecuentemente la reacción ciega en protección de bienes jurídicos orientada al fin* [*op. cit.*: 49].[19]

Sentada esta importante postura, el Programa de Marburgo pasa a analizar el tránsito de la pena instintiva hasta su posterior objetivación en la segunda parte del mismo, titulada *La pena como acción instintiva*.

En primer lugar, Von Liszt advierte que la pena no es, precisamente, como los partidarios de las teorías relativas admiten de forma unánime, un invento del ingenio humano y un resultado de un cálculo aritmético del Estado.

> La pena no tiene su origen en la idea del fin, sino que se ha engendrado independientemente de ella y la ha precedido en la his-

19. Las cursivas son nuestras.

> toria de la civilización [...]. Si fuese una creación de la inteligencia humana ¿cómo podríamos explicar los fenómenos del mundo animal análogos a la pena primitiva, que sólo se diferencian de ella desde un punto de vista cuantitativo. La pena primitiva es una acción instintiva [*op. cit.*: 51].

Esa «acción instintiva», que es el alma de la pena, se representa para Von Liszt en dos sentidos distintos: uno de tipo *negativo*, por la ausencia de finalidad, por el daño que pueda producir, por lo meramente vengativo o irracional que posea, etc. Pero también se manifiesta en un sentido *positivo*, «porque es el resultado de la tendencia de autoafirmación individual, de preservación del individuo (y, por tanto, tal vez en último término de conservación de la especie) que reacciona contra las perturbaciones de sus condiciones de vida que proceden del exterior, con acciones de repulsa contra el origen de aquella perturbación [...]. Como el animal, el hombre primitivo reaccionaba frente a las perturbaciones externas (*ibídem*).

La pena primitiva, destaca, contuvo también dos expresiones que se infieren de lo anterior: *a*) la pena como instinto de autoconservación, de forma inmediata; y, *b*) la pena como instinto de conservación de la especie, de forma mediata. Y, justamente, en la segunda de las direcciones apuntadas,

> [...] la pena tuvo que comportar un *carácter social* desde un principio y aparecer por ello como una *reacción social* contra perturbaciones sociales [*op. cit.*: 52].[20]

Comienza, a partir de aquí, el estudio sobre la transformación y evolución de la pena que, al menos, conocerá tres estadios: *a*) la primera forma de pena primitiva, que consistió en la *venganza de sangre* (enraizada en las formas primitivas como venganza de familia o de estirpe y que contempló en seno, incluso, la reparación económica del lesionado y su familia); *b*) una segunda forma, representada por la *expulsión de la comunidad de paz, la pérdida de la paz* (por la cual se expulsaba a los individuos que quedaban a merced de los lobos para morir y de paso se les confiscaba el patrimonio); *c*) la tercera forma, en la que ya surgiría *la pena estatal* (fruto de la transformación de las sociedades familiares y las comunidades de paz en uniones de carácter estatal). Esta última forma, podía ser ejercida por el caudillo, o por el jefe del ejército en la guerra, o por el sacerdote como guía de la asamblea del pue-

20. Las cursivas son nuestras.

blo... Aquí sí aparece claramente, señala el autor alemán, el carácter social de la pena que, en consecuencia, requerirá por primera vez de «órganos sociales».

Destaca el citado autor que lo verdaderamente importante de estas formas punitivas primitivas es que están absolutamente desprovistas de cualquier juicio de carácter ético:

> La acción instintiva se caracteriza —a diferencia de la acción voluntaria— porque tiene lugar sin acomodación a una ley conocida, a una norma que sea admitida como tal. En otras palabras: la ética es un producto de la historia del género humano. En cambio, la pena está ahí antes de que ese producto de la historia se hubiera formado. Por tanto, de ello se infiere también aquí la independencia de la primitiva pena de la ética. *El concepto de culpabilidad es fruto de un desarrollo largo y paulatino* [*op. cit.*: 60-61].

Inmediatamente, la tercera parte del Programa político-criminal examinado, pasa al examen de la *Objetivación de la Pena* donde, indica Von Liszt, el gran cambio consistirá en que la acción *instintiva* se transforme en acción *voluntaria*; «es decir, en el hecho de que se descubra la adecuación al fin de la actuación instintiva y la representación del fin se constituya en motivo de la acción (*op. cit.*: 63).

A partir de esta idea, el citado autor completa su análisis al afirmar que *la idea del fin es la que diferencia la acción voluntaria de la acción instintiva*. Y, más aún, *el fin de la pena será el orientado a la «protección de los bienes jurídicos»* y es precisamente por ello que devino imprescindible su utilización (cfr. Von Liszt *op. cit.*: 63-65). La *objetivación necesaria* de ese empleo punitivo es justamente lo que requirió...

> [...] el traspaso de la función de la pena de los círculos inmediatamente interesados a órganos de examen imparciales y desinteresados. Una cierta objetivación se encuentra ya en la pena primitiva, pero en principio el paso decisivo se dio con el traspaso total de la pena al Estado, el cual actúa con objetividad desapasionada [*op. cit.*: 65].[21]

---

21. Sobre ese proceso de *racionalización* punitiva, desde otro ángulo, puede acudirse a las obras de Weber, Foucault o Garland. En efecto, entre otros, estos son los autores que han descripto más acabadamente el proceso de racionalización y burocratización. En especial Weber al describir el nacimiento del proceso penal, la plasmación en normas jurídicas de los valores y bienes a proteger, la aparición del principio de legalidad (y la consiguiente primera autolimitación del poder del Estado), la creación de profesiones y de redes y organizaciones para «administrar la justicia»; etc.

Semejante proceso de objetivación es, justamente, según Von Liszt, el que acabará por provocar el surgimiento del «poder penal del Estado, del *ius puniendi*». A partir de estas reflexiones, el autor examinado da paso a la Cuarta Parte del Programa: *El Principio de determinación de medida de la pena.*

Von Liszt empieza aquí por recordar que las teorías absolutas, a lo sumo, pudieron fundamentar la imposición de la pena *cuando se ha cometido un delito* pero, advierte de modo interrogativo: *¿cuánta pena?* Destaca así que la medida, la cantidad y la calidad de la reacción punitiva, nunca pudo ser determinada por esas teorías absolutas. La naturaleza estrictamente *política* que subyace a semejantes valoraciones aflora de inmediato: ¿cómo determinar entonces la gravedad de los delitos e imponer, por ejemplo, pena de muerte, reclusión perpetua o de diez años?, se pregunta. Sin duda, responde, ello es una tarea estrictamente *política*. Como también lo es, agrega enseguida, la competencia estatal para determinar qué valora más, qué bienes jurídicos protegerá más. Concluye: «nada de ello revela una tarea jurídico-dogmática sino político-criminal» (*op. cit.*: 66-67).

El autor examinado presenta aquí algunas de las soluciones que se han ensayado para responder a los interrogantes señalados. Recuerda la propuesta de Feuerbach, quien abogaba por medir la pena a través de datos *objetivos* (gravedad del delito, del derecho lesionado) y *subjetivos* (peligrosidad del autor, grado de su culpabilidad, dirección de su voluntad). Inmediatamente Von Liszt presenta sus objeciones a un planteamiento semejante pues: 1) ello, en la *praxis*, «es sumamente difícil de alcanzar y desorienta al juez»; 2) ambos criterios son contradictorios entre sí; 3) «¿qué juzgamos entonces: el hecho o al autor? (*op. cit.*: 69).

> Sin duda, una mayoría abrumadora de juristas se manifiesta con toda contundencia a favor de la primera de las alternativas que se han formulado. No obstante, estamos convencidos de que, si se analiza la cuestión más de cerca, el juicio ético sobre la forma permanente en la que se expresa la voluntad es lo que decide la totalidad de una serie de cuestiones para la mayor parte de los partidarios de la Justicia proporcional [...]. Quien, como jurista, toma en consideración la disposición existente en el momento del hecho como adquirida, y por ello la disminución de la libertad de voluntad, ha de aceptar circunstancias atenuantes de la pena para el delincuente habitual. Tan pronto como nos hemos adentrado en el campo del juicio de valor moral, se nos ha desvanecido el terreno firme bajo nuestros pies [...]. En cualquier caso, una cosa me parece segura. La idea de la Justicia proporcional tampoco es idónea para fundamentar la determinación de la medida de la pena [*op. cit.*: 70-71].

Será desde estas reflexiones, desde donde Von Liszt acabe por sentar su idea central recuperando «la idea del fin»: el único fin de la pena debe ser la protección de bienes jurídicos. «Nuestra concepción de la pena como protección de bienes jurídicos reclama inexcusablemente que en los casos particulares se imponga aquella pena (según su contenido y extensión) que sea necesaria y, por tanto, que a través de la pena resulte protegido el mundo de los bienes jurídicos [...]. La pena correcta, es la pena necesaria (*ibídem*).

Sin embargo, pese a ese pulido razonamiento, inmediatamente advierte la revelación de la gran contradicción paradógica del mismo: la pena es una espada de doble filo pues *busca proteger bienes jurídicos al mismo tiempo que, para ello, debe lesionar bienes jurídicos*. «Allí reside el misterio de la pena». Semejante dilema sólo puede ser resuelto para Von Liszt a través de un método:

> Únicamente existe un método por el que puede encontrarse respuesta a estas preguntas con aboluta certeza: el método de las ciencias sociales, el estudio sistemático de las masas. La *estadística criminal*, en el más amplio sentido de la palabra, puede conducirnos a la meta. Si nuestro propósito es constatar con precisión científica la eficacia de la pena en la protección de bienes jurídicos y en la prevención de delitos, debemos analizar el delito como fenómeno social y la pena como función social. Tan sólo en este terreno puede dirimirse definitivamente la discusión [*op. cit.*: 72].

Pese a la recomendación mencionada, el autor examinado debe reconocer que «todavía no poseemos en la actualidad una estadística criminal con estas características», o sea, plena de exigencias científicas (*ibídem*).

Von Liszt pasa, a continuación, a la quinta parte de su Programa, titulado *La pena como protección de bienes jurídicos*, donde su propuesta político-criminal se va completando con recomendaciones específicas. Empieza por recordar que la pena siempre indica «coacción» y, además, en una doble dirección: *a*) como contra-motivación para que el potencial autor no delinca; *b*) como fuerza («representa el secuestro del autor»).

De ahí infiere que *corrección, intimidación e inocuización* representan los efectos inmediatos de la pena y, al mismo tiempo, constituyen las posibles formas de protección de bienes jurídicos. Además, agrega que cada una de esas tres formas/funciones de la pena, corresponden a tres categorías de infractores penales:

Los incorregibles: «la célula cancerosa del delincuente habitual». Se trata de casos de enfermedad social que, indica, reciben el nombre de *proletariado*. En efecto,

> La lucha contra la delincuencia habitual exige igualmente un conocimiento minucioso del que hoy todavía carecemos. Se trata sólo de uno de los eslabones —aunque muy peligroso y significativo— de la cadena de casos de enfermedad social que se puede designar sintéticamente con la denominación general de *proletariado*: mendigos y vagabundos; alcohólicos y personas de ambos sexos que ejercen la prostitución; timadores y personas del submundo en el más amplio sentido de la palabra; degenerados espirituales y corporales [*op. cit.*: 84].

Sentadas estas conceptualizaciones, vendrán enseguida las recomendaciones político-criminales. El autor alemán precisa que, a partir de estadísticas penitenciarias, se demuestra que «el tratamiento actual para los reincidentes es erróneo e insostenible [...]. Y *no tiene sentido que luego se les deje en libertad. Entonces, si* nosotros no queremos decapitar ni ahorcar, y no podemos deportar, únicamente nos queda la cadena perpetua (o, en su caso, la pena por tiempo indeterminado)» (*ibídem*). Para este tipo de supuestos, Von Liszt recomienda para estos casos, trabajo forzado y el *establecimiento de una «esclavitud penal»* (para utilizar su fuerza de trabajo), únicos medios para lograr la inocuización. Pero, no siendo ello suficiente para estos supuestos, recomienda, asimismo, que ello debería combinarse a su vez con castigos corporales como «pena disciplinaria». También debería contemplarse la imposición de la pena —accesoria— de pérdida obligatoria y permanente de los derechos civiles. Desde el punto de vista de la articulación de los sistemas penitenciarios, el autor alemán recomienda que estos se acompañen de aislamiento celular, incomunicación, arresto en oscuridad y ayuno. Sin embargo, tras advertir que puede haber a veces «error del Juez», deben preverse los Consejos de Vigilancia quienes, cada cinco años, podrían formular ante el Juez una «propuesta de excarcelación».

Los necesitados de corrección: Von Liszt incluye aquí a los «propensos por una predisposición hereditaria o adquirida». En estos supuestos, advierte el autor que debe tenerse un especial cuidado con la recomendación de la privación de libertad pues, aunque no dudará en proponerla, «las cárceles, como las fondas, los burdeles y las tabernas les pueden perder» (*op. cit.*: 86).

Por ello, su Programa recomienda que estos «principiantes» deban recibir una muy severa educación prolongada. Las penas privativas de libertad deben tener aquí una duración mínima que no baje del año. Recomienda para este supuesto, una suerte de régimen progresivo que se va atenuando con el tiempo. Los castigos corporales y penas disciplinarias estarían aquí excluidas. Añade también que, cada año el Consejo de Vigilancia podría

recomendar la excarcelación y el liberado podría quedar en libertad vigilada policialmente. Finalmente, recomienda también la creación Centros semi-oficiales para el alojamiento y ayuda a los reclusos excarcelados.

Los ocasionales: para quienes afirma que «la pena debe aquí exclusivamente restablecer la autoridad de la ley que se ha infringido. En estos casos, la pena debe ser intimidación, advertencia hasta cierto punto contundente: escarmiento (*op. cit.*: 89).

> Sería recomendable en gran medida una pena privativa de libertad única, con un mínimo no excesivamente pequeño (nunca por debajo de seis semanas) y un máximo no excesivamente alto (diez años son más que suficientes) [*op. cit.*: 90].

Para acabar esta parte, Von Liszt añade que la pena de muerte le parece innecesaria en cuanto que los incorregibles ya pueden ser inocuizados por los medios ya vistos. Su propuesta político-criminal queda sintetizada: «inocuización de los incorregibles y corrección de los necesitados de corrección. Todo lo demás, está de sobra».

Finalmente, la sexta parte del Programa de Marburgo —la *Conclusión*—, comienza con la advertencia de que «el estudio del delito como un fenómeno ético-social y de la pena como una función social, ha de ser el justo punto de atención de nuestra Ciencia». En el camino «integrador» que va a proponer, advierte del hecho de que existen especialidades de ciencias auxiliares a las penales: antropología criminal, psicología criminal, estadística criminal...

> Una lucha fructífera contra la delincuencia sólo puede plantearse con la contribución de las disciplinas citadas con la ciencia del Derecho Penal. En esta lucha, a nuestra ciencia le corresponde la dirección [*ibídem*].

Completando la pretensión e intento de *integración* para la construcción de la *ciencia total*, menciona también la imprescindible contribución de los estudiosos y operadores (profesores, jueces, abogados y funcionarios de policía). Y termina:

> En mi opinión es indiscutible que la doctrina científica, la legislación y la jurisprudencia dedicadas al Derecho Penal en ningún modo son suficientes para la tarea de extraordinarias dimensiones que les corresponde en la vida social. Tan sólo el reconocimiento de este hecho marca ya el camino de una reforma por dentro. ¡Ojalá la inevitable reforma de nuestro Código penal no

afecte improvisadamente a la regulación jurídicamente profusa e imprescindible sobre la ejecución de las penas! [*ibídem*].

Hasta aquí, el análisis del Progama de Marburgo de Franz von Liszt que, entre otras cuestiones, traduce la «lucha de Escuelas» que, en el campo de las teorías de la pena —y, en definitiva, en el de la justificación de la misma— se verificaba hacia finales del siglo XIX con especial virulencia en ciertos casos, como se ha podido ver, en Europa. Veamos, a continuación, qué sucedía por esas mismas fechas en los Estados Unidos de Norteamérica.

6) Los debates político-criminales en los Estados Unidos de Norteamérica a fin del siglo XIX y el surgimiento de una justicia de/para los jóvenes

Analizar la situación que, por la misma época, se estaba verificando en los Estados Unidos de Norteamérica obedece a tres razones. La primera, por exigencias de rigor histórico cronológico, antes de avanzar a periodos posteriores. En segundo lugar, porque, como más adelante se tendrá ocasión de comprobar, la política criminal norteamericana ejercerá una poderosa influencia planetaria que no se comprenderá si no se analizan sus inicios decimonónicos y evoluciones posteriores. Finalmente, debe destacarse la ausencia de estudios que analicen los debates políticos norteamericanos; normalmente, y en el mejor de los casos, aquéllos se han centrado en perspectivas exclusivamente europeas.

A continuación se abordará, primero, el paso de unos modelos político-penitenciarios «clásicos» a otros basados en el mito de la rehabilitación y el surgimiento de la *new penology*. Posteriormente, se examinará el surgimiento de la justicia de/para los jóvenes. Ellas constituyen las principales herencias de las aportaciones político-criminales de los Estados Unidos de Norteamérica cuando terminaba el siglo XIX, aunque su vigencia, como se verá, se prolongó durante muchas décadas posteriores.

De los sistemas filadélfico y auburniano al Congreso de Cincinnati de 1870

Ya desde la época de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en 1776, fue notoria la importancia que cierta experiencia religiosa produjo en el ámbito punitivo. En efecto, está muy documentada la influencia que desde los EE.UU. re-

cién independizados, habrían ejercido las comunidades cuáqueras en la construcción de los primeros sistemas penitenciarios. En ese sentido, es indudable que la influencia de aquéllas —quienes insistían desde Pensilvania en la abolición de las leyes inglesas cuyas sanciones suponían sufrimiento corporal a los infractores penales— fue notoria en la primera legislación del país recién independizado. Por otra parte, el Preámbulo del «Bill» de 1779 —redactado por Blackstone y Howard— instaba a que tales personas fuesen sometidas a una detención aislada, a un trabajo regular y a la influencia de la instrucción religiosa. Ello fue provocando una paulatina reducción de las medidas que tenían por objeto el cuerpo de los condenados.

En 1790 se abolieron los trabajos forzados, las mutilaciones y los azotes. Asimismo, se aprobó —por un periodo de prueba de cinco años— una forma de privación de libertad en una sección de la Walnut Street Jail en la ciudad de Filadelfia (que afectó solamente a treinta reclusos). Pero, en realidad, fue en 1829 cuando se inauguró, también en Filadelfia, la Eastern Penitentiary, primer establecimiento destinado a ejecutar el llamado «sistema filadélfico». Sandoval Huertas mencionaba cuatro elementos característicos de este sistema: «aislamiento o segregación celular permanente, prohibición de trabajar, educación religiosa y silencio absoluto» (1982: 86). Por otra parte, en 1818, en la ciudad de Auburn, en el Estado de Nueva York, se inauguró otro establecimiento penitenciario en el cual se aplicó el régimen de Filadelfia. Sin embargo, cuando Elam Lynds fue nombrado director del mismo, instituyó una variante de aquel sistema: aislamiento celular nocturno, trabajo en común, disciplina severísima y silencio absoluto (Sandoval Huertas 1982: 91).

Más allá de las características de aquellos primeros sistemas penitenciarios, que produjeron abominables efectos sobre los moradores de las cárceles norteamericanas, pese a las intenciones de los «pios cuáqueros», interesa destacar aquí que la característica común a ambos sistemas, era que consagraban fórmulas de cumplimiento íntegro de las condenas, sin posibilidad de adelantamiento del tiempo final de ejecución.

Conviene recordar aquí que, en Europa, un poco antes de promediar la mitad del siglo XIX, se iba configurando un sistema penitenciario «progresivo» que permitió evaluar constantemente la disciplina y laboriosidad de los reclusos, permitiéndoles una mejora (o lo contrario) de sus condiciones de vida carcelarias si acataban las normas. Posteriormente, ese sistema sentó las bases para que naciera el instituto de la libertad condicional que permitió, a los presos, despertar la esperanza o expectativa de

recuperar antes su libertad y, a las autoridades penitenciarias, construir sistemas de premios y castigos que asegurasen el buen gobierno disciplinario del instituto penal.

A esos antecedentes, y volviendo al ámbito norteamericano, debe destacarse el Informe presentado por los penólogos Enoch Wines y Theodore Dwight en 1867. Este *Report on the Prisons and Reformatories of the United States and Canada* puso de relieve las insuficiencias del sistema penal y penitenciario de aquel país, el cual no alcanzaba la corrección de los infractores (Rotman 1995). Tres años más tarde, en 1870, se celebró en Cincinnati el primer *National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline*, organizado por la *New York Prison Association*, en el que participó el propio Sir Walter Croffton quien, desde Irlanda, propiciaba la adopción de un sistema «progresivo» o *mark system*. Las conclusiones de dicho Congreso sentaron las bases de la *new penology*, auténtica nueva propuesta político-criminal penitenciaria. La educación religiosa e industrial, las preocupaciones sanitarias en las prisiones, la necesidad de crear establecimientos separados para hombres, mujeres y jóvenes y la recomendación para la adopción de modelos de sentencias y penas indeterminadas, marcaban los hitos fundamentales de la nueva filosofía y política penal. El castigo ya no sería entendido en su antigua concepción «clásica»; los nuevos postulados exigían pensar e intentar la corrección de los infractores y la prevención de nuevos delitos.

La «New Penology», la experiencia del Reformatorio de Elmira y el triunfo de la indeterminación punitiva

Con las bases que se han señalado escuetamente, se abría paso una nueva concepción penal, fuertemente defendida en los Congresos Penitenciarios Internacionales que, tanto en los EE.UU. como en Europa, se erigían en el nuevo escenario de la difusión del positivismo criminológico durante toda la segunda mitad del siglo XIX. El nacimiento del reformatorio para jóvenes, el empleo del «sistema de marcas», la aparición de la *parole* (o libertad condicional) y la búsqueda de la enmienda de los infractores, eran los nuevos pilares del sistema penal.

Elemento decisivo de las nuevas propuestas político-criminales fue la sentencia indeterminada. Ella permitiría, de acuerdo con sus defensores, que los infractores penales «corregibles» se esforzaran en su enmienda y acabaran antes su privación de libertad. Por el contrario, ella servía para que los incorregibles no pudiesen «reanudar su carrera» (Zysman 2001 y 2002). En el

año de 1876, en el Estado de Nueva York, se inauguró el primer establecimiento que puso a prueba las nuevas ideas: el Reformatorio de Elmira que, incluso, dio nombre al *Elmira System* como nueva línea político-criminal. Muchos penólogos de entonces se apresuraron a visitarlo y a publicar informes y comentarios —elogiosos— sobre el nuevo establecimiento y sistema.

Por su parte, el citado Congreso de Cincinnati de 1870 había recomendado, como se dijo, la adopción de la *indeterminate sentences* (sentencias o penas indeterminadas). Con este concepto se aludió a la recomendación político-criminal consiste en que los Jueces no pronunciaran en sus sentencias un tiempo fijo o determinado de privación de libertad (pues no podían saber cuándo el reo estaría «corregido»). En su lugar, se propuso que la determinación de la pena quedara para momentos posteriores, en fase ejecutivo penal. De este modo fue que, en 1877, Nueva York dictó la primera Ley de Sentencia Indeterminada que fue especialmente ensayada en el Reformatorio de Elmira. Jiménez de Asúa explica y transcribe el texto de la nueva filosofía:

> Toda sentencia que en lo sucesivo se pronuncie enviando al reformatorio a una persona por felonía u otro crimen, habrá de ser una sentencia que condene en general al encarcelamiento en el Reformatorio que en Elmira tiene el Estado de New York; por lo tanto, los Tribunales que pronuncien tal sentencia no fijarán límite alguno a la duración de la misma. Los *managers* del Reformatorio quedan autorizados por esta ley para señalar el momento en que ha de concluir la prisión de las personas sobre quienes recaigan sentencias en la forma dicha; pero esa prisión no excederá nunca del *maximun* de duración señalado por la ley para el delito por el cual haya sido condenado el sujeto de que se trate. Cuando la dirección del Reformatorio estime que un detenido es capaz de vivir en libertad sin violar las leyes, y que, según toda probabilidad, su liberación es compatible con la seguridad pública, entonces se le libera bajo condición y, más tarde, definitivamente [1989: 254-255].

A partir de la norma comentada, muy pronto se legisló en otros Estados de Norteamérica de manera similar; la sentencia indeterminada, se generalizó rápidamente. En 1910, el octavo Congreso Penitenciario Internacional se celebró en Washington: aquí triunfaría definitivamente la propuesta indeterminista (Zysman 2002: 18).[22]

22. Señala este autor que debe tenerse presente que «luego de Cincinnati, la propuesta indeterminista había sido debatida nuevamente en el Congreso Penitenciario Internacional de Londres de 1872. A su vez, en el Congreso Penitenciario de

A este Congreso asistió, por España, Pedro Dorado Montero y entre sus conclusiones figuran las siguientes:

> PRIMERA: el Congreso aprueba la sentencia de duración indeterminada como principio científico; SEGUNDA: la sentencia de duración indeterminada deberá ser aplicada a las personas moral o mentalmente defectuosas; TERCERA: deberá aplicarse, además, como parte importante del sistema educativo, a los criminales, sobre todo a los jóvenes delincuentes, que tienen necesidad de tratmiento educativo, y cuyos crímenes son debidos, sobre todo, a circunstancias individuales; CUARTA: la introducción de este sistema dependerá de las condiciones siguientes: I. Que las ideas corrientes acerca de la culpabilidad y de la pena no estén en contradicción con el concepto de la sentencia de duración indeterminada. II. Que un tratamiento de individualización del delincuente esté asegurado. III. Que el Consejo para la libertad condicional (*Board of Parole or Conditional Release*) esté compuesto de manera que excluya toda influencia de fuera en forma de una Comisión a la cual sean llamados, por lo menos, un representante de la magistratura, otro de la administración penitenciaria y otro de la ciencia médica. La fijación de un *maximun* de penas (*maximun penalty*) no se recomienda sino en los casos en que esto sea necesario a causa de la novedad del sistema y de la falta de experiencia [citado por Zysman 2002: 19-20].

Como destaca el citado autor, este sistema de pena indeterminada terminó por dominar todo el panorama legislativo de los EE.UU. a partir de la década de los años de 1930 (*ibídem*). Por el mismo, se establecían leyes que fijaban a veces sólo un tope máximo por delito y, otras veces, un mínimo y un máximo, normalmente muy alto (diez o veinte años, o prisión de por vida). En el margen tan amplio, el juez condenaba no a una cantidad precisa, sino a un «rango» de pena a cumplir (por ejemplo, condenaba de uno a seis años).

Estocolmo de 1878, Whalberg había propuesto "penas especiales" (e incluso detención de por vida) para habituales, fundado en una mayor culpabilidad (y no aun peligrosidad) del sujeto. Pese a ello, no había pronunciamiento especial a favor de la pena indeterminada. Sí iban ganando peso en cambio las tesis de la Escuela positiva y, luego, de la Unión Internacional de Derecho Penal. Ahora bien, en 1900 se había celebrado en Bruselas el sexto Congreso Penitenciario Internacional, considerado de la "sentencia indeterminada" —por su gran debate— donde fue rechazada, pero se aceptaba la libertad condicional y el aumento progresivo de pena para los reincidentes. Sí se admitían ya con reticencias, la indeterminación para las medidas de educación, protección, y sólo la indeterminación de duración para sujetos irresponsables por enfermedad mental. Indirectamente, también comenzaban a diferenciarse las penas de medidas de seguridad hasta conformar el sistema de "doble vía" que hoy conocemos» (2002: 19).

> En la ejecución de la pena, el condenado debía someterse a un tratamiento con las siguientes características: sistema progresivo de marcas y liberación condicional. Si su conducta en prisión era considerada satisfactoria, subía a una categoría más elevada acercándose a la liberación por libertad condicional, la que dependía de la decisión de la autoridad de la dirección (*Board of Managers*) representada por un grupo de «notables» que resolvía en vista del informe del director del establecimiento. Si, una vez liberado, su comportamiento era bueno, obtenía la libertad completa. Si no lo era, retornaba al establecimiento donde podía ser retenido hasta el cumplimiento del máximo de la duración de la pena [*op. cit.*: 20-21].

Como más adelante se verá, este sistema duró en los Estados Unidos de Norteamérica, exactamente un siglo. Su duración revela la fortaleza que el mismo adquirió. Pero, antes, es necesario todavía analizar la otra gran herencia del movimiento que se está examinando: la aparición de un sistema penal de/para los jóvenes.

El nacimiento de una justicia penal de/para los jóvenes

Antes de nada, debe aclararse que para acercarse a un estudio relativo a la problemática que plantea la denominada «cuestión minoril», parece oportuno señalar que semejante «cuestión» no puede identificarse homogéneamente en todo lugar y en cualquier periodo histórico. En efecto, ha de señalarse, en primer lugar, que lo que hoy identificamos como niño, adolescente o joven, traduce la construcción de una categoría social que no existió siempre (Baratta 1998).

El mundo antiguo, la Edad Media e, incluso, los albores de la Modernidad (a finales del siglo XVIII), no conocieron la categoría social de la minoridad. El niño afrontaba muy tempranamente responsabilidades adultas y su incorporación al mundo adulto (ya sea en el ámbito recreativo, familiar, o en el de la producción agrícola) se verificaba muy pronto. En un contexto semejante, cabe afirmar que la duración de la infancia era notoriamente breve, a lo sumo podía extenderse desde los primeros años de vida —sumamente frágiles— hasta su rápida y temprana incorporación al mundo laboral. Sólo a partir de ese momento el niño/joven comenzaba a importar un poco más, es decir, en la medida o en función de su «aporte», de su fuerza de trabajo que pasaba a contribuir al sostenimiento económico de una unidad familiar, generalmente. Una situación de tal tipo puede decirse que, aproximadamente, se mantendrá hasta entrado el siglo XIX, época en la

cual comenzó a verificarse una separación del mundo de la infancia del mundo adulto (Ferrajoli 1998, Baratta 1998, Beloff 1998, García Méndez 1998).

Tal vez por estas características apuntadas puede afirmarse que una situación como la descripta se reproducía en el ámbito del control jurídico penal. En efecto, los sistemas de justicia atribuían una responsabilidad por igual y, aunque marcaran ciertas diferencias, puede afirmarse que las instituciones penitenciarias recibían adultos y niños, con las tan difundidas imágenes de abusos que se producían en su interior fruto de semejante tipo de convivencia.

Este tipo de control jurídico penal fue construyéndose con una característica especial y que, como dato para la reflexión, puede decirse que constituye un elemento estructural de la justicia minoril que persiste, claro que con diferencias, hasta la actualidad: la ambigua naturaleza de una intervención nacida entre pretensiones tutelares y realidades punitivas.

Junto a cuanto se ha mencionado, es necesario entender que determinados acontecimientos de índole política, económica y cultural, propiciarían —en el periodo histórico de desarticulación del Antiguo Régimen y paulatino asentamiento de la Modernidad— el cambio que se está señalando. En efecto, los importantes flujos migratorios constituyeron en no pocos casos, auténticas explosiones demográficas con las crisis que fruto de ello comenzaron a sufrir las urbes. Entre estos nuevos factores caben destacarse, por ejemplo, las importantísimas cantidades de trabajadores jóvenes que fueron incorporándose a la naciente fábrica en los albores de la sociedad industrial. Ello provocó toda una nueva consideración en torno a la vagancia y la ociosidad, las cuales dejaron de tener el estatuto sagrado propio de épocas medievales, para pasar a ser consideradas auténticas «lacras sociales» que fue necesario controlar y combatir. Comenzó, entonces, la lucha contra la ociosidad y la paulatina penetración de la población en la lógica manufacturera; las fiestas patronales, por ejemplo (únicos descansos para la clase trabajadora) comenzaron a ser drásticamente reducidas en pro de la productividad. Estos nuevos elementos anunciaron que se asistía al surgimiento de un nuevo concepto que fue erigido en el dogma de los nuevos tiempos: «el culto al trabajo». Finalmente, el nacimiento de toda una serie de instituciones totales coadyuvaron a cuanto se está indicando: en efecto, no puede olvidarse que en esa época se asistió también al surgimiento de los asilos, los hospicios de pobreza (españoles), las fábricas, el *bridwell* (británico), las *casas di lavoro* (italianas), los *spin-huis* y *rasp-huis* (holandeses), los hospitales generales (franceses), los orfanatos, los manicomios, los lazaretos, los befotrofios, las penitenciarías, los reformatorios...

Como tanta literatura ha indicado, todo esos acontecimientos propiciarían el surgimiento del Gran Encierro: la sociedad industrial nacía por entonces combinando el invento de las libertades con la invención de las disciplinas (v. Foucault 1976; Melossi-Pavarini 1980; Rusche-Kirchheimer 1981; entre otros).

En este contexto de profunda transformación social, política y cultural, es donde puede localizarse el surgimiento de la categoría social del menor y, consecuentemente, el inicio de particulares formas de control «asistencial-punitivo». Veamos entonces algunos de los primeros elementos de las legislaciones decimonónicas en materia penal juvenil.

Dentro del movimiento propio de «la codificación» que abarcó gran parte del siglo XIX, puede señalarse que muchas de las primeras iniciativas legislativas consideraron siempre a los menores de siete años de edad como seres absolutamente inimputables para los fines propios del derecho penal.[23] Normalmente, salvo excepciones, se consideró que para los mayores de siete años y menores de diecisiete, debía procederse a una investigación acerca de si el menor había obrado, o no, «con discernimiento».

Ese sistema provocó interpretaciones muy diversas por su vaguedad y por la evidente dificultad de averiguar cuándo conocía o no, el infractor, el aspecto o contenido antijurídico de su acción. La consideración del «discernimiento» tuvo mucha importancia en las concepciones retributivas (absolutas) de las penas, y puede decirse que su empleo fue decayendo a medida que las concepciones relativas (utilitaristas) de las mismas iban ganando terreno.

Es importante mencionar, a propósito de la consideración del «discernimiento», que mientras el mismo fue utilizado, una de las consecuencias que ello produjo, entre otras, fue que a los mayores de siete años a quienes se probara que habían actuado con discernimiento, se les impondría la misma pena de cárcel que para los adultos.

Posteriormente, tales edades fueron modificándose y, en general, elevándose hasta alcanzar en Europa, ya a finales del siglo XIX y en los albores del siglo XX, la mínima edad de 16 años, y la consecuente desaparición del juicio sobre la capacidad de discernimiento analizada. Ello fue, aproximadamente, contemporáneo a la idea de «sacar a los menores del derecho penal» para colocarles en nuevas instituciones donde pudieran aplicársele tratamientos y protecciones diversas. Nacía, así, el famoso «movimiento de salvación del niño», tan bien descripto por Platt (1982) Todo ello desembocará, justo a fin del siglo XIX, concreta-

23. Cfr., por ejemplo, el primer Código Penal en España de 1822.

mente en 1899 —y tras la experiencia del Reformatorio de Elmira—, en la creación del primer Tribunal para Niños (la famosa *Juvenile Court*), en la ciudad norteamericana de Chicago.

Pero es muy importante, más allá de las prescripciones normativas y de la aparición de estos primeros Tribunales minoriles, hacer referencia a las iniciativas en donde, con anterioridad a la fecha indicada, se sentarían las bases ideológicas del surgimiento de una justicia penal de/para los menores, separada de la justicia penal de/para los adultos. Aludo con ello a la paulatina celebración, en la segunda mitad del pasado siglo, de los ya mencionados Congresos Penitenciarios Internacionales (tanto los de EE.UU. como los de Europa) en el seno de cuyos debates se sentaron los pilares político-criminales, de esta nueva forma de control formal para los jóvenes. Tales congresos, que se celebraron primero en Europa y luego en los Estados Unidos de Norteamérica, tradujeron en sus ponencias, debates y cuestiones analizadas, los primeros principios y fundamentos de la justicia penal minoril.

Como bien describió hace un siglo Cadalso (1922), en el seno de aquellos debates doctrinales emergieron con fuerza los postulados del positivismo y correccionalismo decimonónicos que sentaron las bases de la pretensión científica de abordar el problema de la desviación y de la criminalidad. Allí fueron abordadas cuestiones decisivas tales como los tipos de arquitectura penitenciaria; el régimen y las primeras formas de tratamiento penitenciario de la criminalidad; los problemas derivados del alcoholismo, la pornografía, y prostitución; los debates sobre la justificación de penas y de medidas de seguridad; el tratamiento de los enfermos mentales y la organización de los manicomios; o los problemas derivados de la juventud y la creación de los primeros reformatorios.

En cuanto concierne a esta última cuestión, cabe señalar por ejemplo que se teorizó en torno a las condiciones que permitieron la separación de los menores de adultos en las instituciones de segregación, abogándose por la prohibición de la reclusión en establecimientos carcelarios de los menores de dieciocho años.

Muchas de estas cuestiones fueron diseñadas por quienes integraron la categoría de la primera «iniciativa social» que, en este sentido, fue representada por aquellos sectores de la nobleza que se dedicaron —filantrópicamente— a la asistencia, por ejemplo, de las mujeres «de vida licenciosa», los presos pobres o los menores abandonados y/o infractores. La constitución de las primeras Asociaciones de Dama y Caballeros, que florecieron en toda Europa en este periodo, es un claro reflejo de cuanto se está diciendo (v. Cadalso 1922, Salillas 1918).

Esta «iniciativa social» fue la que sentó las bases de un primer modelo pedagógico en el tratamiento de los menores. En efecto, en los debates de los Congresos Penitenciarios Internacionales abogaron, por ejemplo, para que a los menores internados en Reformatorios se les proporcionara una «enseñanza moral, religiosa e industrial», que existiera una disciplina severa (aunque no excesivamente dura), que se crearan (en el exterior de los muros) las primeras Sociedades de Patronato para que velasen por la educación, el control y asistencia de las familias y que, semejante forma de intervención, no cesase una vez que el menor hubiera abandonado la institución cerrada, en una clara suerte de «asistencia educativa post-correccional».

Asimismo, es llamativo descubrir cómo, en el interior de los debates protagonizados en los Congresos Penitenciarios Internacionales, se insistía ya entonces en la necesidad de introducir y diseñar ciertas alternativas al encierro custodial de menores, abogándose por la adopción de ciertas medidas tales como la colocación de jóvenes en familias, el mantenimiento de jóvenes en situación de libertad vigilada, la creación de las primeras Escuelas Industriales y Profesionales, la necesidad de crear Juntas de Barrios para el estudio de los problemas juveniles, o la defensa de la creación de los primeros Delegados de Protección a la Infancia.

Como puede advertirse, tales iniciativas constituyen tal vez los primeros antecedentes de muchas de las instituciones/medidas penal-juveniles que aún subsisten en la actualidad (De Leo 1985).

Se llegó, incluso, a la articulación de verdaderos programas de tratamiento para el combate contra ciertas «causas» que eran señaladas como responsables de la desviación y la criminalidad. Por ejemplo, los Programas de lucha contra el alcoholismo juvenil que contenía tres niveles de actuación distinguidos: *a*) el *general*, consistente en alejar a los niños y jóvenes de establecimientos de suministro de bebidas alcohólicas; *b*) el *especial*, que preveía la enseñanza obligatoria antialcohólica; *c*) el *represivo*, que preveía expresas prohibiciones de expender bebidas alcohólicas a menores de dieciséis años, con fuertes sanciones en caso de contravenciones. Como puede verse, toda una verdadera «estrategia de higiene social» en el abordaje de los disturbios juveniles.

También en el marco de las sesiones de estos Congresos Penitenciarios Internacionales se abogó por la creación rápida de las primeras «Colonias Educadoras de Jóvenes abandonados y pervertidos».

Desde el punto de vista procesal y judicial, se conocieron en tales debates las primeras iniciativas tendentes a prohibir determinadas publicidades en la celebración de los juicios y audiencias a menores, recomendándose la realización de los mismos «a puerta cerrada».

Por lo que se refiere a cuestiones específicas de legislación minoril, se defendió allí la necesidad de comenzar a promulgar auténticos Códigos de la Infancia que sirviesen para la armonización de las legislaciones dispersas y que, asimismo, se regulasen con sumo detalle todas las cuestiones relativas al ejercicio de la patria potestad (De Leo 1985, Rivera Beiras 2002).

Finalmente, es importante señalar que estas iniciativas fueron también acompañadas por todas las direcciones que provenían de los primeros intentos por la articulación de «derechos sociales» para las mujeres embarazadas, en clara traducción de las luchas del movimiento obrero que también alcanzaron estas esferas comentadas (por ejemplo: la consagración de los derechos a las mujeres para que no trabajasen en el ultimo mes del embarazo o la lucha por el establecimiento de los primeros seguros obligatorios para obreras) (Platt 1982, Baratta 1998).

No parece haber demasiada dificultad para afirmar, entonces, la profunda importancia que tuvo para la construcción de una primera forma de justicia penal minoril, las iniciativas y debates de estos Congresos Penitenciarios Internacionales que cerraron el siglo XIX con todo el auténtico andamiaje ideológico que proporcionó el positivismo criminológico.[24] El Positivismo sentó las bases «científicas» de una nueva forma de intervención penal sobre los jóvenes. Educación y re-educación inauguraron el catálogo de ideologías «re» que presuponía una previa patología en el sujeto desviado o infractor la cual debía ser tratada a

---

24. En efecto, los *presupuestos positivistas* cambiaron, como puede sintetizarse rápidamente sentaron los fundamentos nuevos de la intervención. Así:

- el objeto de estudio se desplazó del delito al hombre delincuente (nacía una Criminología que buscaba desentrañar las causas individuales del comportamiento desviado y/o criminal dando lugar al llamado «paradigma etiológico de la criminalidad»);
- se pasó a la negación consecuente del libre albedrío y a su sustitución por un más o menos rígido determinismo mecanicista;
- las causas individuales de la criminalidad, sobre todo a partir de la *Scuola positiva* italiana, quedarían identificadas en base a factores o disturbios biológicos, psicológicos o sociales;
- la responsabilidad individual fue sustituida por el concepto de «peligrosidad» como nuevo fundamento de la reacción penal;
- semejante reacción, entonces, debió tener un carácter terapéutico: las penas debieron ser sustituidas por medidas de seguridad, como «medicina del alma»;
- a partir de allí, será clásico ya el binomio «culpabilidad/pena»; «peligrosidad/medida de seguridad»;
- su duración se recomendará como indeterminada (en la célebre formulación de Jiménez de Asúa, cfr. 1955);
- esta nueva ideología encontró en el campo minoril (y en otros) un fértil campo de experimentación.

través de una medida de seguridad. Se construyó de ese modo un modelo correccionalista preocupado por clasificar, separar y corregir «tendencias», «estados peligrosos», etc.

Como ejemplo de lo dicho, cabe recordar que Pedro Dorado Montero señaló en 1915 en su famoso *Derecho Protector de los Criminales*, que «los delincuentes, como los locos, los pródigos, los vagabundos y los *menores*, son especiales, a veces, anormales». La *edad*, entonces, será una especial variable a considerar para la medición de las patologías, las desviaciones, etc. (como la prodigalidad, la enfermedad mental, u otras).

A modo de conclusiones, entonces, las nuevas líneas político-criminales que, tanto en los Estados Unidos de Norteamérica como en la Europa de finales del siglo XIX y principios del XX, edificaron un sistema de justicia penal minoril, lo hicieron sobre bases muy definidas y persistieron durante muchas décadas posteriores. En efecto, a partir de este momento, los menores fueron también clasificados como anormales y consecuentemente, potencialmente peligrosos, necesitados de atención y de control. Para ello, se les comenzaron a aplicar medidas terapéuticas y por tiempo indefinido Las primeras Leyes de Tribunales Tutelares de Menores, en las primeras décadas del siglo XX, adoptaron rígidamente los presupuestos señalados. A modo de ejemplo, puede decirse que tales legislaciones señalaron:

- una presunción, *iuris et de iure* (sin admisión de prueba en contrario) de inimputabilidad a menores, normalmente, de 16 años,
- los niños y jóvenes fueron considerados como «enfermos a curar», más que como «culpables a corregir»,
- los Jueces que integraron estos primeros Tribunales Tutelares, debían ser una suerte de Psicólogos o terapeutas, antes que auténticos juristas,
- el presupuesto de la actuación penal no fue sólo el delito cometido sino la «conducta irregular y peligrosa»,
- esas conductas a examinar por los nuevos Tribunales Tutelares no consistieron sólo en los delitos cometidos sino, por ejemplo, en fugas del hogar, alcoholismo, conductas inmorales, vagabundeo, callejeo...
- se llegó a abogar por la criminalización de conductas no tipificadas como delito,
- en consecuencia, los Tribunales Tutelares fueron ser competentes sobre niños y jóvenes «viciosos», «fueran o no delincuentes,[25]

25. Como señaló en Barcelona Ramón Albó, en 1920, «el hecho de que el niño haya delinquido, en la mayoría de los casos, no es más que un accidente».

• la reacción jurídica ya no consistió en una pena —es decir, en un mal— sino en una medida educativa y tutelar —es decir, en un bien—, a fin de que con ella se alcanzara la corrección moral del menor,

• ahora bien, nada de ello obstaba a la notoria dureza de las medidas (Cuello Calón llegó a justificar el carácter educativo de los «azotes», siempre y cuando, eso si, se aplicaran con finalidad paternal, como «derecho de corrección»),

• la duración de la medida pasó a ser indefinida, con el único limite de que no sobrepase la mayoría de edad civil.

Más allá de esas cuestiones señaladas —a propósito de mencionar algunos rasgos característicos de las nuevas legislaciones de Tribunales Tutelares de Menores—, las concepciones indicadas comportarían consecuencias específicas en el orden jurisdiccional y procesal. Veamos algunas de ellas.

En primer lugar, y por cuanto atañe a aspectos jurisdiccionales, ya se insinuó que no se requería en los Jueces una especial formación jurídica, ni que fuesen jueces de carrera; en todo caso, era preferible que se tratara de personas de probada moralidad y vida familiar intachable. En segundo lugar, y en lo relativo al procedimiento seguido en tales Tribunales Tutelares de Menores, ha de señalarse la total inexistencia de un verdadero «proceso» propio de la legislación ordinaria: no se requirió ni el principio de publicidad ni tampoco el principio de práctica de las pruebas. En tercer lugar, y por cuanto se refiere a las garantías procesales, puede señalarse la total ausencia de las mismas, al consagrarse auténticos procesos inquisitivos con claro desprecio de orientaciones acusatorias: tampoco se entendió necesaria ni la intervención del Ministerio Publico, ni del abogado defensor, ni la vigencia del principio de contradicción (Cuello Calón señalaba que «el Juez es el padre, el protector, el amigo y el maestro del niño, ¿para qué entonces tener un abogado?», *ibídem*).

Y ya para terminar, como se ha ido viendo a lo largo de estas páginas, el pretendido carácter paternalista y asistencialista de estos modelos protectores y tutelares en el marco de acción penal sobre los niños y jóvenes, tradujo en realidad la auténtica aporía que se había anunciado antes como problema estructural del derecho penal minoril: *su ambigua naturaleza entre pretensiones tutelar/paternalistas y realidades punitivas.* En efecto, el sistema examinado permitió la criminalizacion y persecución de conductas no tipificadas penalmente como delitos (en flagrante violación del principio de legalidad y del principio de tipicidad). Además, consagró unos procesos *tutelares* que, en realidad, su-

pusieron el desmantelamiento de unas garantías procesales que habían sido una conquista de la Modernidad. Asimismo, en tales procesos no se respetaron los siguientes derechos: el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales, el derecho a ser informado de la acusación y cargos contra el menor, el derecho a un proceso público, el derecho a utilizar los medios de prueba para su defensa, el derecho a no confesarse culpable, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a la presunción de inocencia, etc. También, y como no podía ser de otro modo, la ejecución de drásticas medidas de seguridad privativas de libertad, se realizó sin ningún tipo de control jurisdiccional (evidenciando la violación de la garantía ejecutiva derivada del principio de legalidad en la tradición que proviene del Derecho penal liberal). Y, finalmente, como se ha visto, todo ello propició la tolerancia e incluso la recomendación para la aplicación de *paternales* castigos corporales. En síntesis, el «modelo tutelar o de la protección» comportó la más absoluta desprotección de los menores frente al *ius puniendi* del Estado.

La pregunta final que emerge de todo lo analizado, desde una perspectiva actual y tras haber recorrido un siglo desde el momento que se ha examinado, es *¿hasta qué punto arrastramos todavía hoy, tanto en la legislación como en las prácticas, los resabios de un modelo positivista de intervención?*

Ello se deja tan sólo como reflexión para ser retomada más adelante, cuando se trate la política criminal adoptada en España en materia de minoridad y juventud. Todavía es preciso analizar otras evoluciones —e involuciones— políticas y político penales.

CAPÍTULO III

EL AUTORITARISMO POLÍTICO-CRIMINAL

Mientras el referido movimiento reformista continuaba con su *evolución* en los Estados Unidos de Norteamérica bajo un signo político liberal, Europa, en las primeras décadas del siglo XX, conoció una *involución* política y, por ende, también político-criminal. El autoritarismo, comenzaba a despuntar. Como ha señalado Jiménez de Asúa,

> [...] las Escuelas Penales pertenecen al pretérito. El antiguo esplendor polémico ha plegado sus alas. Hoy, ni aun en Italia se debate ya en nombre del positivismo o de la dirección clásica. Muertos sus jefes, han desaparecido los contrastes. Ya Franz von Liszt, en su gran Tratado, nos habla de la dulcificación de las oposiciones [...]. La lucha de Escuelas ha terminado [...]. Pero, en el mismo instante en que sus enconos se acallaban, otro problema más ingente e insoluble se dibuja en el horizonte: el conflicto político penal. [1990: 68].

Esto lo anunciaba el citado autor en Buenos Aires, en 1923, con ocasión de estudiar tres instituciones penales que...

> [...] más directamente podían hacer peligrar los derechos del hombre que la Revolución Francesa proclamó: el estado peligroso, el libre albedrío y la sentencia indeterminada.

Añadía que «ahora, ya no se trata de un problema de técnica, sino de concepción vital: se trata de saber si predominará el derecho penal liberal o si será reemplazado por el derecho autoritario» (*ibídem*).

Los totalitarismos europeos, empezaban a irrumpir. Así, antes de pasar al examen de esta nueva dirección político-criminal,

Jiménez de Asúa recuerda los tres pilares básicos del derecho penal liberal para luego ver qué sucedió —con esos pilares— en los ejemplos autoritarios. Esos pilares, en sus propias palabras, son «el principio de libertad, el de igualdad y el de fraternidad».[1]

Agrega el mencionado autor que el primer ataque contra los principios liberales vino de la mano del campo científico, del positivismo naturalista que contribuyó a quebrantar y demoler las garantías de la Escuela clásica. Posteriormente, los avatares serían de signo claramente político:

> En tres países se ha instalado un derecho penal autoritario: Rusia, Alemania e Italia, aunque con distinto fin y con diferente signo. El vigente autoritarismo de Rusia ejerce una dictadura del proletariado para acabar con las clases sociales que mantienen la desigualdad y la opresión. En Alemania se practicó un régimen dictatorial en beneficio de la comunidad de raza y de sangre que necesitaba una «conducción» (*Führung*) y que encarnó en un «conductor» (*Führer*). En Italia la dictadura fue de un Estado con pretendido carácter nacional.
>
> Expresamente hemos omitido mencionar otro país bajo régimen de dictadura: España. Y no sólo lo he silenciado por mi calidad de español, sino porque en mi patria la dictadura existente no tuvo en su origen nada de española. Fue producto importado de Italia y de Alemania. Y hoy no es cosa moderna, sino un Estado cesáreo-papista [*op. cit.*: 70].

A continuación se tratarán los ejemplos de los tres Estados mencionados por Jiménez de Asúa, además del caso español. Cabe advertir que, desde luego, los ejemplos que se abordarán serán

---

1. Al respecto, destaca que «en el Código Penal francés de 1791, quedaron plenamente plasmados los principios revolucionarios de libertad, igualdad y fraternidad. El *principio de libertad* está encarnado en el famoso apotegma *nullum crimen, nulla poena sine legge*, que los alemanes quieren vinvular a Feuerbach y que en realidad se origina en la filosofía de Rousseau. El de *igualdad* se plasma en la figura del delito —"tipo", dirán más tarde los penalistas modernos—; es decir, en la definición objetiva de cada una de las especies delictivas, y con tanto rigor se exigió, que el Código de 1791 no admitía diferencias subjetivas en cada delito concreto, lo que era absurdo, ya que la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente a los seres desiguales. Por eso se introducen luego circunstancias atenuantes en la legislación francesa. Mas el tipo o figura de delito se mantiene en el derecho penal liberal, como garantía de la libertad, puesto que es consecuencia de la máxima *nullum crimen sine legge*, y como esencia de la igualdad penal, ya que ante el delito *in species* no hay privilegios personales. Por último, el *principio de fraternidad* se traduce en derecho penal en la dulcificación y benignidad de las penas. La Revolución francesa asegura definitivamente el movimiento, de antes citado, en pro de la abolición del tormento y de los suplicios atroces. Todas las legislaciones contemporáneas, con excepción de los Estados autoritarios, han consagrado los principios liberales del derecho penal y fue el clasicismo el que más enérgicamente los protegió» (*op. cit.*: 69).

mostrados panorámicamente y sin la pretensión de un estudio profundo sobre cada uno de ellos. El caso de España será analizado con mayor detalle para poder entender las evoluciones que más adelante se consignarán. En la tendencia de esta obra, cuanto se pretende con ello es mostrar las tendencias, las evoluciones —y en este caso las involuciones— que el desarrollo político-criminal iba a experimentar en Europa occidental en el periodo comprendido entre las dos guerras mundiales.

1) La política criminal y el autoritarismo soviético

Señala Jiménez de Asúa que, al instalarse el bolchevismo en Rusia, y tras la abolición de las leyes del *zarismo*, las comisiones encargadas de impedir la contrarrevolución y el sabotaje comenzaron a juzgar conforme a la *conciencia revolucionaria* (*op. cit.*: 70). Pueden citarse determinadas medidas, propuestas y conjuntos de principios que van marcando el inicio de una particular dirección político-criminal: los «Principios» de Derecho penal, de 1919 que son «breves y elementales» (*ibídem*); el Código Penal de 1922; los «Principios» de 1924; y el Código de 1926.

Ello constituye el primer conjunto de la legislación penal soviética heredera de la Revolución bolchevique. Jiménez de Asúa, al respecto, señala algunos caracteres *anti-liberales* específicos de la nueva orientación político-criminal.

> Su institución más típica es la analogía, o sea, la facultad otorgada al Juez para incriminar acciones que no están definidas ni penadas en la ley, siempre que se halle definida y penada una figura delictiva similar (análoga) [*op. cit.*: 70].

Asimismo, el mencionado autor destaca el desprecio por el *legalismo* que había podido garantizar la libertad individual. La nueva dirección político-criminal quebranta, a su juicio, el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a través del empleo de la analogía. Añade que, también, se ataca la *tipicidad*, en que encarnó la igualdad, «puesto que el Código penal ruso declara que no basta para ser incriminable que un delito esté definido en la ley, puesto que ha de existir *peligrosidad del autor* (*op. cit.*: 71). Finalmente, indica que el nuevo régimen despreció también el *principio de fraternidad* al aplicar en gran escala la pena de muerte,

> [...] si bien hay que hacer notar que fue más como defensa revolucionaria que como medida jurídica, y que las sanciones propia-

mente penales del Código ruso tienden a ser más humanas y menos largas que las de los Códigos de occidente. En los últimos años también la URSS modifica sus leyes punitivas en un sentido de mayor severidad» [*ibídem*].

No deberían olvidarse, dentro de estas medidas, los internamientos en campos de trabajos, las experiencias de los *gulags* y similares.

Más allá de ello, parece importante destacar, también, ciertas experiencias en torno a la «doctrina» político penal del nuevo régimen surgido de la revolución soviética. Como indica Sánchez Vázquez (1976), durante los primeros años posteriores al triunfo revolucionario se intentó construir una nueva «teoría del derecho» (cfr: i). En tal sentido,

> [...] el primer intento serio en esta vía es el de P.L. Stuchka, primer Comisario del Pueblo de Justicia, quien en 1921, publica *La función revolucionaria del derecho y del Estado*. En esta obra parte de la definición del derecho, elaborada conjuntamente por él y el Colegio del Comisariado del Pueblo de Justicia de 1919, que dice así: *El derecho es un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales que corresponde a los intereses de la clase dominante y está protegido por la fuerza organizada de esta clase* [...]. Desde su enfoque clasista, admite la necesidad de un derecho socialista, que corresponda al estado proletario, establecido por la Revolución de Octubre. Stuchka ve en este derecho nuevo una exigencia misma de la revolución: *En realidad, un derecho nuevo nace siempre por medio de una revolución y es uno de los medios de organización de toda revolución: un instrumento de reorganización de las relaciones sociales en interés de la clase victoriosa.* A los ojos de Stuchka, la Revolución de Octubre no puede escapar a esta ley. Sólo en la sociedad comunista del futuro —y no durante el periodo de transición de la dictadura del proletariado— el derecho junto con el Estado dejará de existir [*op. cit.*: i-ii].

En el año de 1924, aparece la publicación de *La teoría general del derecho y del marxismo*, de Pashukanis y, en 1930, *El Estado soviético y la revolución en el derecho*, donde revisa autocríticamente algunas de las idea de la primera obra citada. En 1936, fue nombrado vicecomisario de Justicia dentro de las tareas emprendidas para la preparación de la Constitución que se aprueba en ese año.

> 1936 es también el año en que la estrella de Pashukanis comienza a declinar vertiginosamente. Se hace una autocrítica severa, particularmente en lo que se refiere a sus ideas acerca de la extinción del derecho y del estado. Sin embargo, pese a esa autocrítica radical,

> en enero de ese mismo año es tachado de *enemigo del pueblo*, lo que le conduce inexorablemente a sufrir la represión stalinista. Sus ideas, junto con las de Stuchka, son condenadas por Vishinsky, quien los acusa de «espías» y «saboteadores». Finalmente, a raíz del XX Congreso del PCUS, en el que Jruschov denuncia y condena los métodos represivos de Stalin, Pashukanis es rehabilitado al proclamarse su inocencia del cargo de «enemigo del pueblo», aunque se sigue afirmando el carácter erróneo de sus ideas (*op. cit.*: iv).

Como ha señalado Sánchez Vázquez, las tesis de Pashukanis que serán objeto de las más duras críticas en la década de 1930, pueden sintetizarse del modo siguiente: todo derecho, hasta su completo agotamiento, es derecho burgués; por tanto, en el periodo de transición no admite un nuevo contenido proletario o socialista; en este periodo tiene lugar ya el proceso de su extinción gradual y mientras ésta llega a su fin, cabe utilizarlo en beneficio de su interés de clase (*op. cit.*: xi). Veámoslo con más detenimiento.

La llamada perspectiva *marxiana* aquí sintetizada ha tenido, en efecto, expresiones distintas. Son tradicionalmente citados en esta línea interpretativa, los trabajos de Pashukanis (fundamentalmente *Law and Marxism. A general theory*, 1978) relativos a las formas y categorías del derecho burgués y a la poderosa carga ideológica que el derecho —y los sistemas punitivos— impone como medio de legitimación de las desiguales relaciones entre clases sociales (cfr. *op. cit.*: 138). Para el jurista ruso, el Derecho cumple la función de otorgar una pátina de legalidad a un tipo específico de relaciones económicas —«burguesas y capitalistas»— legitimándolas plenamente. En síntesis,

> [...] el derecho materializa y universaliza categorías características de un modo de producción sustentado en la diferencia de clases.

O sea, un cierto dogma marxista —la economía moldeó al derecho— parecería aceptar su propia cara opuesta:

> [...] las formas legales proporcionan una importante estructura normativa que sanciona las relaciones capitalistas y refuerza las normas económicas apropiadas.

Es por aquí por donde el Derecho presenta su mayor potencial ideológico: esto es, cuando una poderosa ideología —jurídica— ayuda a legitimar una desigualdad expresándose a través de categorías que se presentan como universales.

Pashukanis destacará asimismo que las formas mercantiles del derecho, también hacen su aparición en el derecho penal.

Usando como escenario teatral el proceso penal ante los Tribunales, el jurista ruso desvelará la falacia de considerar a los sujetos que allí interactúan como «iguales, libres, propietarios...». Y, sobre semejante mitificación, ideológica, de la realidad, se sustentarán las doctrinas penales.

Los presupuestos mercantil-burgueses del derecho se ven también en el terreno penal cuando se argumenta en torno a la igualdad o equivalencia, o pago de la deuda, o retribución, etc., de la pena respecto del delito. Ello hace que renazca aquella figura que convierte al delito en un «contrato que se cierra involuntariamente». Obviamente, destaca el ruso, ello no tiene asidero en una realidad que se edifica sobre la desigualdad, la pobreza, la diferente distribución tanto de renta como de oportunidades, etc.

En síntesis en una visión semejante, el *derecho deviene instrumento de dominación de clase y a veces, de terrorismo de clase.* Además, desde luego, cumple la función de proteger la propiedad de las clases dominantes y las estructuras morales y sociales que les sustentan. En tal sentido, el derecho debe dirigirse también contra quienes atenten contra ese *statu quo*, los elementos que perdieron su posición en la sociedad, que han quedado en los límites de la misma, que son ajenos, extraños al proyecto jurídico hegemónico. Asimismo, indica Pashukanis, el derecho se «apartará» cuando los intereses de clase exijan actuar de otro modo.

Respecto de la cárcel, Pashukanis indicará que se tratará de un invento típicamente burgués. En efecto, la idea de retribución se vincula profundamente con el concepto de hombre en abstracto y con el trabajo humano abstracto, medible en términos de tiempo:

> [...] las relaciones económicas capitalistas dieron origen a la noción del hombre como poseedor de la mano de obra y de la libertad, ambos calibrados en términos de tiempo y, de esta manera, el capitalismo a su vez originó el encarcelamiento moderno que se fundamenta precisamente en esta mentalidad.

También respecto de las ceremonias carcelarias, Pashukanis adelanta algo que luego característico en Foucault: la pena va mucho allá de la libertad, engloba procedimientos disciplinarios, correctivos, juicios y juicios hasta el infinito...

Garland objeta a Pashukanis cierta rigidez en su análisis, al no haber observado el ruso que las formas jurídicas se han ido cambiando, suavizando, etc., y en consecuencia escapando a una rigidez económica tan marcada: la aparición de las penas indeterminadas, los conceptos de irresponsabilidad penal, ciertas categorías de la psicología criminal, etc., muestran estos cambios. Le cues-

tiona además una reducción muy simplista de la función de clase que tiene la penalidad

Por su parte, Jiménez de Asúa señalaba que las tesis de Pashukanis eran compartidas por gran parte de los juristas soviéticos en la década de los años de 1920 pero que conocerán un duro destino en la década siguiente, en función de los cambios que se operan allí.

> En efecto, a medida que transcurre esa década, junto a los éxitos alcanzados en la esfera de la industrialización, se produce un proceso de centralización y burocratización en el Partido y los diferentes órganos socialistas dando lugar a las formas antidemocráticas de dirección que se conocen con el eufemismo de «culto a la personalidad». En el marco de este proceso, la teoría y la práctica jurídicas sufren un cambio sustancial. En el terreno teórico, el cambio se manifiesta en las críticas cada vez más severas a las tesis de Pashukanis. En el terreno práctico, se acentúa cada vez más el aspecto represivo en el ordenamiento jurídico, con la particularidad de que ese aspecto incide particularmente sobre la vieja guardia bolchevique y sinceros revolucionarios como Pashukanis [...]. El primer ataque a fondo lo lanza, el 20 de enero de 1937, P. Yudin quien, frente a la doctrina de Pashukanis, sostiene que el derecho soviético es un verdadero derecho [...]. Desaparecido Pashukanis, sus ideas no descansan en paz y se convierten en blanco predilecto de los ataques en la primera Conferencia de juristas soviéticos (julio de 1938), a las que dedica la mayor parte de su Informe Vishinsky, quien por una larga década va a ser el máximo exponente soviético en teoría del derecho y del estado a la vez que el máximo responsable de la práctica jurídica como Procurador General de la URSS [*op. cit.*: xix-xx].

2) **La política criminal del fascismo italiano**

Señala Jiménez de Asúa (cfr. *Tratado,* tomo II *op. cit.*: 170 y ss.) no se llegó a la total destrucción de los principios del Derecho penal liberal como en Alemania y en la Unión Soviética.

> Esta diferencia resulta de las diferencias fundamentales de uno y otro Derecho. La nación es la base del orden legal en Italia, mientras que en Alemania es el pueblo (*op. cit.*: 171).[2]

2. En palabras de Fassone, «si el *fascismo* supuso la absolutización del estado, la pena tuvo que adquirir un estatus de necesidad ética» (1980: 62).

En consecuencia, agrega el citado autor, no se borró del Código la máxima del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. «Sin embargo —añade—, el Derecho Penal fascista fue antiliberal» (*ibídem*). Así lo demuestra la existencia de la delincuencia política y de los delitos estatales. Pero, además, lo que fue la Ley de Defensa del Estado y las que la complementaron.

En efecto, el citado profesor destaca que los italianos de los tiempos de Mussolini hicieron del Derecho penal un claro instrumento del fascismo y, a medida que los años transcurrieron, «en vez de aflojar el tono despótico, acentuaron el carácter autoritario». Cuando Benito Mussolini liga su patria al Reich, y construye con Hitler el famoso «Eje», muchas disposiciones del nacionalsocialismo, las leyes racistas alemanas y el antisemitismo, imprimen un fuerte carácter en la nueva legislación italiana, copiándose muchas normas en la península itálica (al igual que, por cierto, sucedió en la Francia de Petain).

En tal sentido, recuerda, por ejemplo, la restauración de la pena de muerte en 1926, defendida por penalistas italianos como Hugo Conti, Silvio Longhi, Vicente Manzini e incluso Ferri. Respecto de este último, recuerda cómo la tendencia fascista en el orden legal fue elogiada por él, afirmando que las leyes penales de la época *mussoliniana* eran realización de la Escuela positiva y que él mismo no había logrado en la Cámara italiana, lo alcanzaría después el fascismo.

> Sus loas a Mussolini —considerándole «guía y fuerza» que debiera ser conservada por mucho tiempo para bien de Italia— se hicieron tan frecuentes como descaradas. Después, los penalistas italianos fueron fascistizándose [*op. cit.*: 172].

Jiménez de Asúa recuerda, incluso, citas de penalistas italianos del momento que se encargaron de señalar las incidentales diferencias con el Derecho nacionalsocialista, tales como Florian quien destacaba que «la nebulosa teoría de la analogía, proveniente del Norte, se disipa con el calor del sol latino». Aunque también el mencionado autor recuerda a quienes se distanciaron de ello cuestionando el rumbo que tomaba la Italia de entonces. En tal sentido, menciona a Luis Lucchini y Gerardo Daniel, este último huido de Alemania.

La «nazificación» de la legislación italiana es comentada por Jiménez de Asúa en sus referencias a las «rabiosas concepciones del voluntarismo del delito *en conjunto*» y a la crueldad de las penas. En el mismo sentido, cuestiona la impugnación que se hizo del método racional, los ataques que recibió el formalismo jurídico

y la modificación del criterio de la relación entre el juez y la ley al criticarse la máxima *nullum crimen sine lege* (cfr. *op. cit.*: 172-173).

Dentro de estas descripciones generales del Derecho penal fascista, el citado autor menciona que no se llegó a romper abiertamente con el concepto de bien jurídico aunque sus alcances fueran reducidos al asignarle un mero carácter «metodológico», es decir, considerarle como un punto de partida para la formulación de los conceptos jurídicos. Respecto a la concepción de la pena, el mencionado autor señalaba que...

> Desde otro campo, también Lombardi estima que la pena no es, como creyó Kant, un imperativo categórico de la razón, sino un imperativo categórico del estado: el fin de la pena es reafirmar la voluntad de éste. El Derecho penal no es sino una fuerza eminentemente política para la defensa del orden [*op. cit.*: 173].

En los orígenes de esta dirección político-criminal, Jiménez de Asúa recuerda las lecciones de Arturo Rocco en el segundo decenio del siglo XX, quien consagró el método técnico jurídico, llegando a considerar el Derecho penal como una ciencia exclusivamente positiva, de la que se parta todo vestigio del pensar filosófico y cualquier planteamiento sociológico criminal.

> Pero así se cae en otro defecto, que censurarían las generaciones que suceden a los técnicos juristas: la excesiva importancia de la forma y de la construcción lógico-formal de los conceptos divorciados a menudo de la realidad, especialmente en cuanto al delito respecta, que al ser analizado en sus elementos, pierde su sentido de acto total y orgánico [*ibídem*].

Desde el punto de vista punitivo, e incluso penitenciario, Elvio Fassone ha examinado con sumo detalle las consecuencias del advenimiento del *fascismo* en Italia y la «involución» que el mismo supuso (cfr. 1980: 53 y ss.). Así, este autor relata cómo se verifica el cambio de la Administración penitenciaria italiana a partir de un Decreto de 31 de diciembre de 1922. La llamada «Scuola umanistica» propicia un retorno a concepciones éticas del Derecho penal cayendo en la confusión entre Derecho y Moral. Pero ello no era sino la traducción penalística de la concepción del «Estado *fascista*» como una unidad «ética-religiosa-social» (tal y como Rocco lo definió en 1928).

> A partir del principio e que «es delito toda acción que viola nuestros sentimientos morales» a la Scuola no le repugna la incriminación del suicidio, de la legítima defensa y del estado de necesi-

dad, desde el momento en que también en estas situaciones se expresa el egoísmo y la venganza en nuestra fisonomía violenta y rudimentaria [*op. cit.*: 54].[3]

Agrega el autor italiano que es notorio que el *fascismo* se presentó históricamente como una de las primeras experiencias de régimen de masas y cómo, por ello, un régimen autocrático y antidemocrático se esfuerza, en contraste con sus caracteres, por obtener el mayor apoyo posible de las masas o, al menos, su adhesión a la política del régimen. En ese marco político general es donde cobra fuerza la idea penalística de que la sanción penal explica (y, en consecuencia, legitima) su función dirigiéndose no sólo contra el infractor a título individual, sino a toda la colectividad, la cual también viene envuelta en el acto delictivo ya sea por razones de «hermanamiento» con quien sufre, ya sea en virtud de la constatada reafirmación de los valores transgredidos.

Ello no impide (más bien, será al contrario) que en temas de imputabilidad se considere la existencia de sujetos inimputables y, en consecuencia, no reeducables o incorregibles. Para esta categoría, la política criminal *fascista* también empleará (como se ha visto de la nacionalsocialista) las soluciones para los llamados «delincuentes habituales», es decir, para quienes padecen «taras personales». Tales soluciones debían encaminarse hacia direcciones exclusivamente «neutralizadoras», lo que determinaría procesos de estigmatización *a priori* [Fassone *op. cit.*: 57].

La «ideología de la defensa social» prestará todo su amplio servicio a las orientaciones político-criminales *fascistas*. Como indica Fassone, ese concepto servirá de soporte y como objetivo legislativo. Se aceptará entonces que el Derecho penal sea no otra cosa que un *derecho de conservación y de defensa del propio Estado, nacido con el estado mismo, similar pero sustancialmente distinto del derecho de defensa del individuo y dirigido al aseguramiento y garantía de las condiciones fundamentales e indispensables de la vida en común* (cfr. *op. cit.*: 60).

Dentro de ese contexto general, Fassone sintetiza en concretos ejemplos los rasgos sobresalientes de la legislación fascista, propios de una concepción «ética» de los preceptos penales:

reintroducción de la pena de muerte;
eliminación de las atenuantes genéricas;
elevación general de los mínimos de las penas;

3. Traducción del autor.

proliferación de casos de concurso de delitos;
posibilidad de aplicación retroactiva de la persecución penal.

El citado autor concluye señalando que, si la norma penal sanciona una violación del orden ético, ello queda escrito para siempre en la mente del hombre y, en consecuencia, los principios de legalidad y de irretroactividad no tienen ya razón de ser (*op. cit.*: 67).

Para acabar este epígrafe, es interesante recordar las siguientes palabras de Jiménez de Asúa en relación a la época posterior al *fascismo* (que, en algún sentido, recuerdan también lo sucedido en Alemania una vez derrocado el *nazismo*):

> Al ser vencida Italia y derrocado el fascismo, parecía que en Derecho penal cambiarían también las direcciones totalitarias. Pero no es así enteramente. Los profesores removidos de sus cátedras por su filiación fascista, vuelven a ellas, y los esfuerzos para mantener el Código penal de 1930 se multiplican, al parecer con éxito hasta ahora [*op. cit.*: 174].

3) La política criminal del franquismo español

1) *La Guerra Civil*

Ante todo es necesario señalar la dificultad que supone tratar de analizar qué ocurrió en el sistema penal y en las cárceles españolas durante los años por los que transcurrió el conflicto bélico. Si se efectúa un repaso de las principales obras de la doctrina *penitenciarista* española, podrá constatarse que esta época no aparece casi nunca analizada. Los textos de los principales representantes del penitenciarismo actual pasan, en su mayoría, del análisis de las últimas normas penitenciarias de la II República a las primeras de la dictadura. En ese sentido, la continuidad legislativa es tal que, pese a las reformas introducidas por el régimen autoritario, da la sensación de que «no hubo una guerra civil» con la duración y con el carácter sangriento que tuvo la española entre 1936 y 1939.[4]

---

4. Y a ello alude Bergalli cuando señala que «El estudio de esta institución (se refiere a la cárcel) si bien relativamente profundo en la disciplina jurídico-penitenciaria, no ha salido, sin embargo, del intento de brindar un conocimiento acerca de los ordenamientos reglamentarios y de las propias leyes penales que han justificado su presencia; como, asimismo, tampoco la crónica sobre la vida en las prisiones ha procurado su relación con el ámbito estructural exterior a la institución [...].

Se ha utilizado aquí un material bibliográfico que, combinado con la escasa literatura que se encuentra dedicada a este tema (que analiza las normas del derecho penitenciario militar) con los estudios efectuados por los historiadores que han analizado los acontecimientos bélicos, puede ayudar a intentar reconstruir el panorama penal y penitenciario español de los años de la Guerra Civil. Seguidamente, pues, se tratará este convulsionado período histórico analizando conjuntamente los acontecimientos políticos y bélicos con las principales medidas adoptadas en el ámbito penitenciario, de modo tal que éstas aparezcan encuadradas en el contexto político-militar entonces predominante.

2) *La militarización del sistema penal y penitenciario*

Pocos días después de la sublevación, aparecen los primeros organismos provisionales que coordinarán las acciones del bando «nacionalista»: el 24 de julio se constituye en Capitanía General la Junta de Defensa Nacional en Burgos (a quien le corresponde «la organización del nuevo Estado español»). En Salamanca se instalaron la Secretaría General, la de Prensa y Propaganda y la de Relaciones Exteriores (además de estar allí el Cuartel General de Franco) y, en Valladolid, la Jefatura de Orden Público. El general Mola da claras instrucciones de cómo ha de proceder la Junta para el cometido que de ella se esperaba:

> [...] se tendrá en cuenta que la acción ha de ser en extremo violenta para reducir lo antes posible al enemigo, que es fuerte y bien organizado. Desde luego serán encarcelados todos los directivos de los partidos políticos, sociedades o sindicatos no afectos al Movimiento, aplicándose castigos ejemplares a dichos individuos para estrangular los movimientos de rebeldía o huelgas [citado por Rilova Pérez 1989: 39].

Para ello ha de recurrirse a un instrumento básico: la militarización de la justicia civil. Un decreto de la Junta de Defensa Nacional establece los juicios sumarísimos de acuerdo con las disposiciones del Título 18 del Código de Justicia Militar, y del artículo

---

Empero, de toda esa pléyade de buenos trabajos —algunos considerados como clásicos por la disciplina penitenciaria— no es posible extraer conclusiones que consientan relacionar el uso de la cárcel con un determinado proyecto político-social, aplicado en la sociedad española del periodo, ni tampoco llegar a saber si el discurso de los penitenciaristas de la época se compadecía con la práctica real de la ejecución de penas privativas de libertad» (1988: XI y XII).

17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con ciertas modificaciones: no es necesario que el reo sea sorprendido *in fraganti*; tampoco es preciso que la pena a imponer sea la de muerte o perpetua; podrán desempeñar los cargos de jueces, secretarios y defensores, todos los Jefes y Oficiales del Ejército (Rilova Pérez *op. cit.*: 39).

Durante el mes de agosto de 1936, se organiza la represión: el Gobierno Civil (a cuyo frente se encuentra el general Dávila) y los tribunales militares, inician las detenciones, traslados, excarcelaciones y ejecuciones. Junto a esta represión institucional, los fusilamientos incontrolados y espontáneos (sin expedientes previos) «surgen en los primeros momentos del alzamiento militar a cargo casi siempre de fuerzas de la Falange y milicias» (Rilova Pérez *op. cit.*: 41). Normalmente, las ejecuciones tienen lugar en las inmediaciones de las cárceles.[5]

En octubre de aquel año, Franco es proclamado «Generalísimo» y Jefe del Estado[6] aunque la naturaleza jurídica y política del Estado nacional-católico no se configuraría hasta más tarde, cuando aparece ya un partido único.

El 2 de noviembre toma posesión el nuevo Inspector Delegado de Prisiones de la Zona «Nacional», Joaquín Moral y Pérez de Aboe. El propio general Dávila da posesión del alto cargo al nuevo Inspector. Como señala Rilova Pérez,

> [...] la toma de posesión del nuevo Inspector Delegado conlleva la reorganización de un Cuerpo, civil en esencia pero mediatizado por los condicionamientos inherentes a la situación bélica del momento, dirigido por jefes militares y al que se le impone una apertura a nuevos contingentes de funcionarios procedentes de las bajas escalas militares y de tropa [*op. cit.*: 44].

La reestructuración que realizará el nuevo Inspector comienza por una primera toma de contacto encaminada a conocer la situación de los establecimientos penitenciarios,[7] un retorno al

---

5. Para un análisis en profundidad relativo al número de fusilados durante la Guerra Civil española (y en la post-guerra) puede consultarse la obra, ya citada, de Rilova Pérez (el cual cifra en más de 700 los ejecutados solamente en Burgos, y consigna unos cuadros con los nombres y apellidos, edad, residencia, profesión, ingreso en prisión y fecha de la muerte, de las personas ejecutadas en Burgos durante los primeros cinco meses de la Guerra Civil, pp. 46-50). Asimismo, pueden consultarse los trabajos de Bueno Arús (el cual menciona unos 200.000 fusilamientos, 1978: 125), o las obras de Salas Larrazabal (1977), y de Molina (1958).

6. Para un conocimiento más acabado del «encumbramiento de Franco», véase la obra de Carr, ya citada, pp. 643 y ss.

7. Rilova Pérez cita las primeras disposiciones encaminadas a conocer el estado real de las prisiones:

Reglamento de los Servicios de Prisiones de la monarquía (el de 1930) y a la integración del Cuerpo de Seguridad Interior de Prisiones en el de Guardianes de Prisiones.

A todo esto, la mayor parte de los directores de las cárceles habían sido sustituidos (y detenidos) por Capitanes del Ejército[8] pasando así a depender, *de facto*, muchas prisiones a la jurisdicción militar.

Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que los funcionarios penitenciarios destituidos provenían en su mayoría del Cuerpo de Seguridad Interior de Prisiones que había sido creado por la República y eran, en consecuencia, claramente sospechosos para los mandos del Ejército franquista. También se confía al Ejército y a las milicias,[9] la vigilancia exterior de los establecimientos penitenciarios.

Por lo que respecta al número de reclusos de estas primeras etapas de la Guerra Civil española, hay que señalar en primer

---

«1) Interesa saber, en primer lugar, qué número de funcionarios componen la plantilla del Cuerpo de Prisiones con expresión de nombres, cargos, categorías y situación administrativa.

2) Si no se hallan prestando sus funciones, la causa que lo ocasiona, y en cuanto a los que estén afectos a alguna responsabilidad gubernativa o judicial, la que éste sea, la autoridad que la haya impuesto y la causa que la motivase, así como si por consecuencia de tal determinación no prestaren servicio.

3) Hojas de servicios de los funcionarios del expresado Cuerpo que se hallen prestando servicio, firmadas por los interesados en forma de declaración jurada y visadas por el director del Centro.

4) Estado numérico de la población recluida, entiéndase, a ese efecto, las provinciales y de partido, clasificándose con la debida separación por grupos numéricos los que extinguen pena, de los preventivos y los gubernativos.

5) Estado demostrativo de los gastos de material de toda clase causados en los establecimientos, expresando los libramientos recibidos, cuentas rendidas, etc.

Y 6) Relación sumaria de utensilio y mobiliario y estado de la situación del vestuario, equipo y calzado existente en los establecimiento y anexos, con la clasificación reglamentaria del estado de su uso» (*Diario de Burgos*, 3 de noviembre de 1936, citado por Rilova Pérez).

8. Muchos de estos Capitanes duraban muy poco tiempo como directores de las cárceles, por problemas internos de éstas o por ser requerida su presencia para nuevos destinos propios de la guerra. Un ejemplo de ello lo señala Rilova Pérez a propósito de la cárcel de Burgos. La Junta de Disciplina del día 20 de julio de 1936 toma conocimiento de la detención y sustitución del hasta entonces director de la prisión (Peñalver) por el Capitán de Infantería Miranda Benito pero, al cabo de escasos dos meses, es sustituído por otro Capitán (García Juárez), quien modificará el régimen de comunicaciones entre los reclusos y sus familiares (*op. cit.*: 43).

9. Como señala Rilova Pérez, a propósito de estas milicias, que incluyen «elementos de organizaciones derechistas, radicales, falangistas y albiñanistas que por su edad no podían acudir al frente [...] una parte de estos individuos pasó a rellenar el puesto dejado por los funcionarios del Cuerpo de Prisiones que habían cesado temporal o definitivamente por llamamiento a filas o por depuración de responsabilidades políticas» (*op. cit.*: 40).

lugar el notable aumento de los ingresos de detenidos en las cárceles. Rilova Pérez, en el caso de la prisión burgalesa, señala que,

> [...] durante los días que transcurrieron desde el Alzamiento hasta fin de mes, se registra un volumen de ingresos ciertamente espectacular que alcanza la cifra de 633 individuos. Prácticamente todos están sometidos a la jurisdicción militar [*ibídem*: 40].

La famosa obra de Ruiz Vilaplana, *Doy fe* (1977),[10] es un claro testimonio de los índices de encarcelamientos de esta época: cifra en unas 3.000 personas la población total del penal burgalés con una tendencia alcista que alcanza 3.500 reclusos ya en 1941.

Las condiciones en que vivía esta población reclusa eran pésimas, producto del hacinamiento provocado por tan elevados índices de encarcelamiento. Rilova Pérez cuenta que, dado que la cárcel de Burgos había sido edificada para dar cabida a unos 800 o 900 reclusos,

> [...] al más que triplicarse la población hubieron de construirse en el patio de talleres auténticos barracones, y habilitarse a tal efecto los bajos de los dormitorios, en torno al patio central. Con una terminología muy de la época y que ha perdurado hasta el presente, se ha venido denominando a dichos dormitorios «brigadas» [*ibídem*: 40].

Por su parte, Roldán Barbero señala que la población total encarcelada en España durante la guerra oscila entre...

> [...] los 213.000 de la Estadística Oficial y los 280.000 sugerida por algún teórico del penitenciarismo de posguerra (se refiere a Tamames); en cualquier caso, un volumen desorbitante en proporción a la capacidad máxima de unas 20.000 unidades de los establecimientos penales [*ibídem*: 187].

Estas cifras coinciden con las señaladas por Aylagas (1951: 85) y, asimismo, por Bueno Arús (1978: 125).

En el marco de este «nuevo» derecho penitenciario militar,[11] y como consecuencia de la enorme masificación carcelaria que

---

10. Ruiz Vilaplana era Secretario judicial en 1936 y es tenido por un gran conocedor de este tema y citado repetidamente por Rilova Pérez, Carr y Hugh Thomas (*Historia de la Guerra Civil española 1936-1939*, 1976).

11. Sobre el derecho penitenciario de carácter militar, puede consultarse el trabajo de investigación histórica efectuado por García Valdés, *Derecho Penitenciario Militar* (1989: 81-209). Allí, el citado autor señala que hay que referirse a una «legislación de guerra» para analizar la situación penitenciaria propia de la Guerra Civil española (90).

se ha señalado, se dictaron algunas normas que, intentaron controlar la insostenible situación penitenciaria.

El 28 de mayo de 1937[12] se dictó un Decreto concediendo el derecho al trabajo a los prisioneros de guerra y presos comunes (conectado con la libertad condicional),

> [...] bien en calidad de peones, sin perjuicio de que por conveniencias del servicio puedan ser utilizados en otra clase de empleos o labores, en atención a su edad, eficacia profesional o buen comportamiento, bien en ocupación distinta, en cuyo caso sería aumentado su jornal en la cantidad que se señalase [García Valdés *op. cit.*: 171].

Estos reclusos tenían la consideración de personal militarizado, y debían vestirse con el uniforme que se estableció. En consecuencia, quedaron sujetos al Código de Justicia Militar y al Convenio de Ginebra de 27 de junio de 1929 (García Valdés, *ibídem*).

Por Orden del Ministerio de Justicia de 7 de octubre de 1938[13] «cobró vida la famosa institución de la *redención de penas por el trabajo*» (Bueno Arús 1978: 114).

Ésta fue una de las medidas ideadas para intentar resolver el problema de la masificación carcelaria y «vaciar en gran medida las prisiones sin tener que promulgar una amnistía» (Bueno Arús *ibídem*). Se creó así el Patronato Central de Redención de Penas por el Trabajo cuando el número de prisioneros de guerra había aumentado considerablemente, a raíz de las victorias del Ejército franquista frente al republicano, con sus consecuentes contingentes de prisioneros.[14] Son los acontecimientos bélicos, en consecuencia, los que propiciaron la aparición de esta institución

---

12. Unos días antes, el 15 de mayo de aquel año, había caído el gobierno de Largo Caballero (que se había constituido el 4 de septiembre de 1936) siendo asumido por Negrín dos días más tarde. A estas alturas, España está claramente dividida en dos zonas: el gobierno republicano con sede en Madrid, y Franco (designado Jefe del Gobierno por la Junta de Defensa Nacional) en Burgos, el cual intenta tomar la capital (en marzo de 1937), pero fracasa. Un mes más tarde, las ciudades de Guernica y Durango son bombardeadas por la Legión «Condor». El 31 de octubre de ese año, el gobierno republicano se traslada a Barcelona.

13. Por estas fechas, el Ejército nacional había logrado llegar hasta el Mediterráneo, cortando en dos partes la España republicana. Cataluña, donde estaba el gobierno de la República, queda aislada de Valencia y de Madrid. Cuando la Orden de 7 de octubre es dictada por el Ministerio de Justicia del gobierno nacional, Cataluña está ya próxima a ser derrotada.

14. Esta institución se ideó no sólo ante la enorme masificación carcelaria, sino también ante la larga duración de las condenas impuestas por los tribunales militares (Roldán Barbero *op. cit.*: 188).

jurídica.[15] A este Patronato se añadieron las Juntas Locales, presididas un miembro de la Falange, en los pueblos donde residían las mujeres y los hijos de los presos.

Cuando la Guerra Civil concluye (el 1 de abril de 1939), se dictan otras normas que, como la Ley de 8 de septiembre de ese año, crea las colonias penitenciarias militarizadas. A partir de aquí, el régimen y la disciplina en las cárceles españolas continuará adoptando un tono marcadamente militar.[16]

---

15. La redención de penas por el trabajo fue presentada por los teóricos del penitenciarismo franquista como una invención del nuevo régimen. Bueno Arús señala que algunos autores llegaron a decir que había sido el propio Franco el creador de esta institución; en este sentido, apunta que Pérez del Pulgar, en su obra *La solución que España da al problema de sus presos políticos* (1939), Cuervo en sus *Fundamentos del nuevo sistema penitenciario español* (1941) o Aylagas en *El régimen penitenciario español* (1951), así lo señalaron.

Sin embargo, como señala Bueno Arús, la redención de penas por el trabajo «no era una institución absolutamente original [...]: contaba con el precedente de las rebajas de condena que reconocía el Código Penal de 1822 (arts. 144 y ss.) y la Ordenanza General de los Presidios del Reino de 1834 (arts. 303 y ss.), mencionados asimismo en el art. 252 del Real Decreto de 5 de mayo de 1913 [...], así como los «bonos de cumplimiento de condena» previstas en el art. 174 del Código Penal de 8 de septiembre de 1928» (*op. cit.*: 114).

En efecto, tal y como ha podido comprobarse en el análisis que se hizo de tales normas en sus respectivos apartados, la institución contaba con tales precedentes. Lo único verdaderamente «original» del sistema franquista fue la forma en que se ejecutó la redención y los módulos que se aplicaron para contabilizar los días redimidos. En el apartado correspondiente, se analizará con mayor detalle esta cuestión.

Además de estos precedentes que respecto a la redención de penas por el trabajo se situaron en las normas señaladas, existían también otras noticias sobre esta institución que provienen de algunas «prácticas penitenciarias». Así, Roldán Barbero apunta que «la técnica de acortar la duración de la pena en premio a la laboriosidad se había experimentado ya suficientemente dentro del régimen presidial. Desde su constitución, los presidios —singularmente los africanos— habían asumido la elemental distinción entre buenos y malos presos. Y uno de los beneficios reconocidos a los primeros, ora por vía legal, ora por vía consuetudinaria, había consistido, precisamente, en un recorte de la pena por su aplicación al trabajo» (*op. cit.*: 188).

16. Roldán Barbero señala que «El mejor "derecho" de los sublevados hizo que, al finalizar la guerra, se procediera penalmente contra los partícipes y provocadores de la iniquidad vencida. De las tres medidas represivas más exteriorizables: multiplicación de penas de muerte, concentracionismo y reclusión interna, estas dos últimas deben ser especialmente ponderadas cuando se recapacita sobre la verdadera dimensión del castigo constrictor de la libertad. El fenómeno de los campos de concentración no puede entenderse fuera de la violencia y el desasimiento causados por la guerra [...]. La España republicana hizo efectivos los campos en los mismos comienzos de la contienda civil. Y a renglón seguido fueron reproducidos por la España de Franco. Se constituyeron en algún lugar exterior, sin acotaciones previas, a fin de hacer frente a la avalancha de prisioneros de guerra. Durante la lucha, el volumen y las vicisitudes de los mismos dependió consecuentemente de los éxitos de cada bando» (*op. cit.*: 186).

En síntesis, puede destacarse del breve repaso que aquí se ha hecho de algunos de los numerosos acontecimientos penitenciarios que se verificaron durante los años de la Guerra Civil española, que aquéllos estuvieron fuertemente determinados por las circunstancias bélicas. Sólo así puede comprenderse por qué, en años posteriores, la situación penitenciaria estará marcada por un tono y por una disciplina militar. Obviamente, las reformas emprendidas en tiempos de la II República quedarían así anuladas, como se verá a continuación.

El impresionante hacinamiento penitenciario, la explotación de los reclusos mediante los trabajos forzados, la disciplina estrictamente militar en las cárceles, la necesidad de habilitar castillos, monasterios y otros viejos establecimientos que de ninguna manera estaban preparados para funcionar como prisiones, la miseria económica en la que se vio envuelta la Península o el trato que recibieron los presos políticos y prisioneros de guerra (además de los cientos de miles de fusilados), dibujan el sombrío panorama que caracterizará al ámbito penitenciario tras el final de la Guerra Civil. El último parte publicado en el Cuartel General de Franco, el 1 de abril de 1939, dando por terminada la guerra, supone el inicio de una nueva etapa que será analizada a continuación.

1939. El inicio de la dictadura

Como señala Bueno Arús,

> [...] las especiales condiciones sociales creadas por la división de los españoles en dos bandos, y las económicas que afloraron en la posguerra, se reflejaron de modo particularmente acusado en las prisiones, instrumento de opresión de los vencidos por los vencedores [1978: 114].

En efecto, como no podía ser de otro modo, la teoría penitenciaria de la posguerra civil fue elaborada por los propios funcionarios de prisiones procedentes, en un primer momento, del Cuerpo de ex-combatientes de la Guerra Civil. Fue muchos años después, cuando surgirían reformas en los reglamentos penitenciarios, y cuando el personal penitenciario comenzara a egresar de la Escuela de Estudios Penitenciarios.

Por esas razones, no es posible efectuar un análisis conjunto de toda la dictadura franquista pues ésta conoció diversas etapas que evidencian un cambio, al menos en la letra de la ley, desde los primeros años de la posguerra (en los que España se vio sometida

al aislamiento internacional[17] y a recomendaciones de boicot diplomático por parte de las Naciones Unidas) a épocas posteriores (en las que se operó una apertura formal del régimen hacia el exterior en busca de una legitimación internacional que provocó una cierta modernización de las instituciones).

Desde el punto de vista penitenciario, pueden también señalarse dos periodos diferenciados en función de los acontecimientos carcelarios y de las normas penitenciarias que se fueron sancionando.

Adoptando la división propuesta por Oriol Martí (*La COPEL: Historia de una lucha silenciada*, 1977: 35) y por Lurra (*Rebelión en las cárceles*, 1977) se ha optado aquí por diferenciar dos etapas cuyas fechas límite, son en principio provisionales: un primer periodo que se sitúa entre la posguerra civil y hasta 1962/63; y un segundo periodo, que transcurre entre los años 60 hasta la muerte del dictador.

Evidentemente, los cambios operados en los años sesenta en el ámbito penitenciario español son producto, una vez más, de las particulares circunstancias sociopolíticas y económicas por las que atravesó España en muchos aspectos de la vida social.

A continuación, se abordará la situación penal y penitenciaria propia de la dictadura franquista, en los periodos que se han indicado, en estrecha relación con los acontecimientos políticos, sociales y económicos que se sucedieron en los mismos.

Primer periodo (de la posguerra civil hasta 1962/63)

Tras la victoria militar franquista, comienza una labor legislativa que habría de servir de marco jurídico a la nueva forma-Estado. En esa dirección, se sanciona un Decreto en julio de 1939 que obliga a los docentes a adaptar sus enseñanzas al dogma, a la moral y al derecho canónico. Al año siguiente, se sancionarían leyes contra la francmasonería y el comunismo y, en 1941 se promulga la Ley sobre seguridad del Estado que castigaba con pena de muerte los delitos de traición definidos por el Código Penal. Luego de constituidas unas Cortes, en absoluto representativas, se sanciona el nuevo Código Penal y, en 1945, se promulga el Fue-

17. Prueba de este aislamiento internacional —referido ahora sólo al ámbito penitenciario— es el hecho de que, por ejemplo, en la revista que editara la Escuela de Estudios Penitenciarios no se publicó, durante mucho tiempo, ni una sola contribución procedente del extranjero (Roldán Barbero *op. cit.*: 207). Muchos años después comenzaron a intercalarse, en aquella publicación, algunas contribuciones de Marc Ancel, Pinatel...

ro de los Españoles que pretende sentar las bases de la nueva «democracia orgánica» (canalizada a través de la familia, el municipio y el sindicato). También en ese año se sancionaría el Código de Justicia Militar atribuyéndose a la jurisdicción castrense el enjuiciamiento y castigo de los delitos políticos.[18] Y, es también en 1945, cuando las Naciones Unidas niegan la entrada de España en la Organización.[19]

Desde el punto de vista socioeconómico, es preciso señalar que la economía española quedó profundamente quebrantada al finalizar la contienda, sin divisas ni reservas de oro, muy disminuida su capacidad de producción y con un comercio internacional muy reducido. Por otra parte, el conflicto producido por el estallido de la II Guerra Mundial dificultó el aprovisionamiento, implantándose un intervencionismo rígido en todos los sectores de la economía y la producción. El Estado intentaba obtener la autarquía económica pero ello era irrealizable a causa del estrangulamiento en el comercio exterior. Expresión legal de esa autarquía económica son las dos leyes industriales de 1939: de Protección y Fomento de la Industria Nacional y de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional.[20]

Evidentemente, la deteriorada situación económica de España se iba a reflejar en sus cárceles.[21] Desde el punto de vista del análisis de los derechos fundamentales de los reclusos, cabe decir que, además de estar completamente hacinados, como ya se ha señalado,

---

18. La «militarización de la justicia» llegó, incluso, a afectar a aquellas conductas delictivas que nada tenían que ver con los llamados «delitos políticos». Draper Miralles (1984: 29), al explicar su propio caso, deja constancia de ello: «Junto con un compañero [...] había cometido un atraco al Banco de Marruecos [...]. En consejo de guerra, fui condenado a un total de treinta años de presidio».

19. Además de esta prohibición, el 12 de diciembre de 1946 la ONU recomienda el boicot diplomático a España. La admisión en las Naciones Unidas, no se producirá hasta el 14 de diciembre de 1955.

20. En este sentido, uno de los arquitectos de la economía de guerra, París Eguilaz, escribía que «en 1940 el ingreso nacional, a precios constantes, había vuelto a ser el de 1914, pero, puesto que la población había aumentado el ingreso per cápita se reducía a niveles decimonónicos; es decir, la guerra civil había provocado una recesión económica sin precedentes» (citado por Carr: 703). El historiador inglés agrega que «el transporte era, según el embajador de los Estados Unidos, "indescriptiblemente malo": los caminos habían degenerado, los puentes habían sido volados y la mitad del material rodante de los ferrocarriles se había perdido» (*op. cit.*: 703).

21. Cárceles a las que iban a parar, además de los numerosísimos presos políticos, individuos que habían delinquido a raíz de la miseria existente y a los cuales se les imponían durísimas penas; por ejemplo, «quince o veinte años de prisión por robar gallinas, sacos de patatas, alubias, etc., que se cumplen "a pulso" en las más duras condiciones» (Oriol Martí *op. cit.*: 38).

• la calidad y cantidad de los alimentos no podía ser peor y más escasa;[22]

• lo mismo sucedía con la asistencia higiénica y sanitaria: el tradicional absentismo de los médicos, la falta de medicamentos y el hecho de que fueran los propios reclusos quienes debían prestar esa asistencia, provocaba tan elevados índices de enfermedades y muertes que es opinión unánime que este apartado de la vida carcelaria fue seguramente el más abandonado (Bueno Arús, *ibídem*: 122);[23]

• otro tanto puede señalarse en lo relativo a la instrucción y a la educación, las cuales eran elementales debido a que, como consecuencia de la ausencia de maestros, eran también los reclusos quienes impartían clases a sus compañeros;[24]

• y, asimismo, la miseria económica se reflejaba en el trabajo penitenciario, el cual tuvo un carácter marcadamente explota-

---

22. Bueno Arús destaca dos razones principales que produjeron semejante situación alimenticia: la escasa consignación presupuestaria y la mala administración. Señala este autor que «el recluso había de completar su alimentación por su cuenta, en los economatos de los establecimientos, que tampoco han carecido de irregularidades. La aceptación o rechazo de los paquetes de comida procedentes del exterior se hacía, en ocasiones, de manera arbitraria, con mayores exigencias para los presos políticos» (*op. cit.*: 122).

23. Rilova Pérez indica, a propósito del Centro Penitenciario de Burgos, en los años 1944-45, que «hay cantidad de enfermos carenciales no registrados; la avitaminosis y la tuberculosis, especialmente, hacen mella en este colectivo bajo en defensas orgánicas, y por ello expuesto a múltiples contagios» (1987: 63). Indica este autor que el presupuesto asignado a la cárcel era de 3 pesetas diarias por recluso sano, y 6 por enfermo.

Por su parte, Draper Miralles señala, respecto a la cárcel de El Puerto de Santa María (en los años cincuenta) que «en el Penal la cuestión médica se llevaba a la perfección: no había médico. Para los casos de urgencia, pero de muchísima urgencia, se requerían los servicios de un médico de la población. La enfermería estaba atendida por presos-practicantes. Algunos de ellos en su vida habían visto ni un paquete de gasas, pero era igual: se trataba de atender a presos. Las plazas de practicante eran consideradas lugares de privilegio» (*op. cit.*: 41).

24. Excepción hecha de la educación religiosa que, en principio, era obligatoria. Los reclusos debían asistir a la catequesis y a los actos del culto católico que se consideraban actos regimentales puesto que, como señala Buenos Arús, «del grado de instrucción religiosa que hubiera adquirido (valorado, naturalmente, por el capellán católico), podía depender la progresión de grado y la libertad condicional. Las Memorias de la Dirección General de Prisiones hablaban de una cierto número de «conversiones» todos los años y de un alto nivel de cumplimiento del precepto de comulgar por Pascua, pero cabe conjeturar que tales conversiones eran falsas o interesadas, motivadas por el aliciente penitenciario» (*op. cit.*: 121).

Rilova Pérez indica que «el maestro de la post-guerra es una figura nueva. El viejo Cuerpo de Magisterio, siempre mal pagado y de talante progresista, ha sido fuertemente depurado y el vacío docente hay que cubrirlo con individuos procedentes de Alféreces Provisionales y otras escalas bajas del Ejército, abundantes al término de la guerra. El acceso es de lo más simple: cursillo patriótico» (1987: 68). En el mismo sentido, García Gil (1976: 53-55).

dor «en beneficio del contratista, o en beneficio de los altos cargos directivos» (Bueno Arús, *ibídem*: 121). De todos modos, la posibilidad de obtener redenciones de la pena, provocaba demandas de trabajo aun en esas condiciones.[25]

El 23 de diciembre de 1944 se sancionó el nuevo Código Penal. Este texto mantuvo la pena de muerte y la complicada escala de penas privativas de libertad que se había conocido en el Código de 1848,

> [...] determinando la aplicación de la pena en cada caso conforme a la gravedad (valorada desde la perspectiva del legislador, naturalmente) del hecho cometido [Bueno Arús, *ibídem*: 116].

Pese a mantener los más tradicionales principios retribucionistas, aceptó algunas figuras propias de la prevención especial y que atienden a la personalidad de los infractores: suspensión condicional de la pena, sistema progresivo, libertad condicional y redención de penas por el trabajo, la cual es así incorporada al Código (art. 100),[26] sin distinción de presos

---

25. En estos primeros años del franquismo, el trabajo penitenciario aún no había adquirido la importancia que tendrá a partir de la reforma de 1968 que le atribuiría el carácter de elemento esencial del tratamiento penitenciario, «fruto de las ideas del neo-psicologismo que llevó al trabajo penitenciario a la independencia, dotándolo de un sentido muy preciso» (véase, sobre este particular, Bergalli 1976). En los primeros tiempos de la dictadura, el trabajo penitenciario no había adquirido ese «cientificismo» de épocas posteriores, manteniéndose su concepción de «trabajo/redención» y su utilización como mano de obra barata, o gratuita, para la reconstrucción nacional (en obras públicas, construcción de monumentos y demás trabajos «penosos»).

En este sentido Rilova Pérez señala que, en la cárcel de Burgos en 1944-45, «hay que imaginar a una población reclusa de más de mil hombres deambulando por el patio, sin otras ocupaciones que las puramente mecánicas de limpieza e higiene, necesarias para justificar la redención. Hasta el 1 de marzo de 1945 no se hacen gestiones, en este caso por parte de dos industriales locales, para instalar un taller de carpintería y otro de alpargatería en el Centro Penitenciario. Mientras se efectúan los trámites, la única actividad industrial que existe en la prisión es la de elaboración de pan, concesión hecha al señor Buruaga, de Zaragoza, y que, lógicamente, proporciona pocos puestos de trabajo» (*op. cit.*: 66).

26. Antes de ser incorporada al Código Penal de 1944, la redención de penas por el trabajo había sido prevista en las normas del periodo bélico (Decreto de 28 de mayo de 1937 y Orden del Ministerio de Justicia de 7 de octubre de 1938), como se señaló en su momento. También se ha dicho ya que, pese a los intentos teóricos del penitenciarismo franquista por querer señalar a esta institución jurídica como diseñada por ellos, la misma contaba con varios antecedentes en normas y en prácticas antiguas. Lo que no se explicó anteriormente —por no ser aquél el sitio apropiado— es el peculiar método con el que se aplicó esta medida hasta su incorporación en el Código Penal. Lo explica claramente Bueno Arús:

«En virtud de la redención, a la que se atribuyó un origen apostólico y cristiano que se refleja en su misma denominación, el condenado recibía el "premio" de un

políticos o comunes y prevista para penas de más de dos años de duración.

Sobre esta institución, Jiménez de Asúa ha manifestado que es una «incongruencia entre un benévolo título y su real contenido de crueldad y arma política» expresión que, citada por Garrido Guzmán, es estimada por éste como «improcedente» y «fruto de la pasión política» (*op. cit.*: 177), a la vez que defiende la introducción de esta institución en la legislación penal y penitenciaria porque permite...

> [...] al penado acortar la duración de la pena con su esfuerzo personal, haciendo del trabajo un instrumento idóneo del tratamiento penitenciario.

Sin embargo, semejante «instrumento» era, para Bueno Arús,

> [...] escaso, poco atractivo y muchas veces explotador [...], los salarios han sido ridículos y la seguridad social prácticamente nula, así como la seguridad e higiene en el trabajo [*ibídem*: 121].[27]

---

día de condena descontada por cada día de trabajo efectivo y buen comportamiento, pero, manifestándose lenta la eficacia de esta disposición, dado el desmesurado número de años de condena impuesta a los responsables de delitos de "rebelión militar", el Patronato de Nuestra Señora de la Merced, organismo creado en el seno del Ministerio de Justicia, entre otros fines, para la gestión de la redención de penas y la libertad condicional, llegó a establecer módulos de hasta cinco días de condena por uno de trabajo (Acuerdo de 10 de agosto de 1943). De este modo se hace manifiesto el peculiar sentido del principio de jerarquía de las normas jurídicas que tenía el "Nuevo Estado", pues si una Orden Ministerial, al crear la redención de penas, modificaba lo dispuesto en el Código Penal y en el Código de Justicia Militar (de 25 de junio de 1890) sobre la duración de las sanciones, la misma Orden Ministerial era a su vez modificada por Acuerdos de un organismo de rango inferior, que ni siquiera se publicaban en el Boletín Oficial del Estado» (*op. cit.*: 114).

Sobre este tema puede consultarse, además, el artículo de Zurita García, «La Redención de penas por el trabajo: controvertido origen y dudosa justificación actual» (1989).

27. Draper Miralles relata cómo funcionaba en la práctica la «oferta» y la «concesión» de las redenciones de la pena: «En el semanario interior de las prisiones, que se llamaba *Redención* y suplía la ausencia de prensa en los establecimientos, se anunciaban plazas disponibles de cocineros, panaderos, cornetas, tambores, músicos para las bandas de los centros, enfermeros para el Centro Antituberculoso Penitenciario, para el Hospital o el Psiquiátrico, así como puestos de trabajo especializados en los diversos talleres penitenciarios. Todos los presos, de buena conducta por supuesto, podían aspirar mediante el envío de una instancia —informada por la dirección del centro de procedencia— a la Sección de Clasificación. Los puestos más apreciados eran los de cocineros porque, aparte de comer bien, cosa muy apreciada en aquellos años de hambre, en la cocina se redimía el doble que en el resto de trabajos y destinos» (*op. cit.*: 54-55).

Las normas jurídicas que sustentaron el régimen penitenciario de la dictadura en estos primeros años son, fundamentalmente, dos. El 5 de marzo de 1948 entró en vigor un nuevo Reglamento de los Servicios de Prisiones que desarrolla los criterios del Código Penal de 1944. Este Reglamento, «prolijo y farragoso que no ofrece mucho destacable», en palabras de Bueno Arús (*op. cit.*: 24), decía en su preámbulo que su finalidad era, entre otras, dar un rigor científico al régimen penitenciario español con arreglo a las más avanzadas doctrinas», concebía al recluso como «persona humana, susceptible de regeneración, mediante un tratamiento penitenciario fundado en principios de caridad cristiana que lo alejan del peligro de la reincidencia».

La clasificación que efectúa de las prisiones introduce algunas novedades: junto a las centrales, provinciales y de partido, aparece la prisión central de observación, la prisión central de político-sociales y las prisiones centrales de delitos comunes (las cuales, a su vez, se dividen en centrales para delitos contra la propiedad y centrales para delitos contra las personas). Se mantiene el sistema progresivo pero se establece que el primer periodo ha de «sufrirse» por aquellos a quienes faltan más de tres años para su liberación en la prisión central de observación (Garrido Guzmán *op. cit.*: 177).

El 2 de febrero de 1956 se sanciona otro Reglamento, el cual, en opinión de Garrido Guzmán,

> [...] supuso un avance técnico manifiesto siendo su principal novedad la adaptación general a las Reglas Mínimas de Ginebra de 1955, regulando expresamente los derechos y deberes de los reclusos [*op. cit.*: 178].

Bueno Arús opina de forma similar agregando que preveía «la posibilidad de reclamaciones y quejas contra los abusos administrativos» (*op. cit.*: 118).[28] Pese a ello, el propio Bueno Arús señala que la disciplina era «militarizada», las Juntas de Régimen y Administración «eran prácticamente la voz de los directores, autónomos en sus decisiones, contra quienes no cabía prácticamente recurso jurídico hábil» (*op. cit.*: 120).[29]

---

28. En torno a las Reglas Mínimas de la ONU, puede consultarse el Capítulo 2 de la Sección 1.ª de la I Parte de esta tesis.

29. En este sentido, pese a las afirmaciones de los citados autores en el sentido de que el Reglamento de 1956 regula los derechos de los presos y prevé la posibilidad de recursos y quejas, pueden leerse las siguientes palabras de García Valdés pronunciadas en una conferencia en 1977 cuando, a propósito de la sanción de celdas de aislamiento y los recursos jurídicos con que podía contar el recluso para

Personalmente, estimo que difícilmente puede afirmarse que este texto adoptaba las recomendaciones de las Naciones Unidas en sus Reglas Mínimas cuando continúa estableciendo una disciplina de carácter militar en las cárceles, sistema que de ningún modo se encuentra previsto en las Reglas de Ginebra de 1955. Tampoco parece que sea «moderno» como indica Bueno Arús si se piensa que, en lo que atañe al tratamiento penitenciario, el Reglamento de 1956 no recoge el tratamiento «con vocación autónoma» (Roldán Barrero *op. cit.*: 210) y, en lo relativo al régimen disciplinario, sus disposiciones contienen «sanciones de gran dureza» (Bueno Arús *op. cit.*: 121). García Valdés, por su parte, señalaba que este Reglamento estaba...

> [...] teóricamente adaptado a las Reglas Mínimas del tratamiento de los reclusos aprobadas en Ginebra en 1955 [*op. cit.*: 59].

Es cierto que este texto de 1956 introdujo algunas novedades que, formalmente, suponían cierta recepción de las Reglas Mínimas de la ONU (no puede olvidarse, por otro lado, que España había sido admitida en las Naciones Unidas el año anterior). Pero aparecía más como una fachada hacia el exterior en unos años en los cuales, tras más de una década de aislamiento, el régimen franquista obtenía cierta legitimación internacional y, por ello, empiezan a detectarse...

> [...] signos de acercamiento a la opción aliancista triunfadora de la II Guerra Mundial [...] El país abrió sus puertas a Europa ofreciéndoles su sol y sus bajos precios [Roldán Barrero *op. cit.*: 209].

Al margen de las disposiciones relativas al estatuto de los funcionarios penitenciarios (a quienes equiparaba a los civiles), la situación cotidiana de las cárceles españolas no varió sustancialmente en lo relativo a la tutela de los derechos fundamentales de los internos (régimen disciplinario, trabajo penitenciario, instrucción y educación, alimentación, asistencia higiénica y sanitaria, censura de prensa, etc.).

---

su defensa, manifestaba: «es una sanción de cumplimiento inmediato; el funcionario o el Jefe de Servicios viene a decir: ¡a celdas! hasta que seas oído a los quince días en la Junta de Régimen, y allí tendrá el interno unos brevísimos minutos para contrarrestar los cargos; la experiencia que se tiene es que generalmente se confirma en toda su intensidad el periodo celular impuesto; le queda eso sí, el Recurso de Alzada ante la propia Administración penitenciaria por parte del recluso, incluso el Contencioso Administrativo, pero yo aseguro que cuando se resuelve, a lo mejor a su favor, el contencioso, han pasado tres años, y la sanción en celdas era de ciento veinte días» (1977: 63).

Segundo periodo (de los años sesenta a la muerte del dictador)

Tras la formación de su sexto gobierno en 1957 —en el cual Franco incluyó a los tecnócratas del Opus Dei (Carr 1988) el 22 de julio de 1959 se anuncia el Plan de Estabilización.[30] Tiempo después, a finales de 1963, aparecerá el Primer Plan de Desarrollo,[31] al que le seguirá un segundo Plan en 1968.[32] Estas medidas económicas pretendían combatir la alarmante inflación que padecía por entonces España, incentivar la inversión, modernizar las estructuras económicas, fomentar el turismo y, en general, modificar los rígidos principios que la autarquía había impuesto hasta entonces. Paralelamente a tales procesos, se producen importantes movimientos migratorios tanto en el interior de la Península como, asimismo, hacia el exterior (Francia, Alemania, Bélgica, etc.).

Paulatinamente la oposición a la dictadura se va organizando. Los disturbios estudiantiles de 1956, recobran su fuerza con la agitación obrera y estudiantil de mayo y junio de 1962. Tras la implantación del estado de emergencia en el País Vasco y Asturias aparecen, en esta última región una oleada de huelgas en el momento en que se produce la fundación de Comisiones Obreras (CC.OO.). En junio de 1962, la oposición española se reúne en Munich. Dos años más tarde se producirá la protesta de los intelectuales contra la represión de la huelga minera de Asturias. La Ley Orgánica del

---

30. El Plan de Estabilización, elaborado por los ministros Ullastres y Navarro Rubio de acuerdo con la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE) y el Fondo Monetario Internacional (FMI) tuvo, como puntos esenciales los siguientes:

a) contención del crédito y de los gastos públicos, así como la congelación de precios y salarios;

b) no emisión (desde 1958) de más Deuda Pública pignorable;

c) establecimiento de un tipo de cambio (60 pesetas por 1 dólar) que pretendía fomentar el ingreso de divisas de la balanza de pagos;

d) liberalización gradual de las importaciones protegidas en lo sucesivo por un nuevo Arancel de Aduanas; y

e) nueva legislación sobre inversiones extranjeras.

31. El primer Plan de Desarrollo buscó orientar la iniciativa privada y reorganizar la inversión pública. Ello se pretendió mediante:

a) la ordenación de una disciplina de las empresas nacionales;

b) el desarrollo regional (mediante la creación de «polos de desarrollo y de formación industrial»: Huelva, Burgos, La Coruña, Valladolid, Sevilla, etc.);

c) la reestructuración de la industria; y

d) la expansión de las exportaciones.

32. El segundo Plan de Desarrollo vino motivado por ciertos desequilibrios producidos en el despliegue del primer Plan que habían producido una nueva devaluación monetaria (en noviembre de 1967). Este segundo Plan tiene las mismas características que el primero y ofrece «muy pocas novedades» con respecto a aquél (Tamames 1976).

Estado es sancionada en 1966, reconociéndose la libertad religiosa e intentándose una reorganización del sistema sindical.

En 1969, siendo ya Carrero Blanco Jefe del Gobierno, el estado de excepción es implantado en España. Las huelgas acompañan, un año más tarde, el famoso «Proceso de Burgos» contra dirigentes de ETA. La agitación social, las huelgas y la oposición política (fundamentalmente, a través del Partido Comunista de España) acompañan, de este modo, a las medidas económicas que pretenden «modernizar» al país y terminar con el ostracismo español de la época anterior.

Ya se ha dicho —citando a Oriol Martí—, que la crisis de la autarquía y los primeros pasos hacia una «apertura» del régimen, se dejaron sentir en el interior de las cárceles puesto que los reclusos tuvieron mayores posibilidades para organizarse. Sobre este punto, relativo a la actitud de la población reclusa, se volverá más adelante con detenimiento. Interesa ahora señalar las reformas legislativas emprendidas en el ámbito penal-penitenciario en esta época de cambios y de «modernización» del régimen franquista.

Por lo que hace al ordenamiento penal, en 1963 se produce una nueva reforma del Código de 1944 que «mantiene las paredes maestras del Código de 1848 pero descansa inmediatamente en el texto refundido de 1944» (Rodríguez Devesa *op. cit.*: 121). Este «texto revisado de 1963» fue modificado después en dos ocasiones. Por Ley de 21 de diciembre de 1965 se dio una nueva redacción al art. 222 sobre huelgas punibles. Posteriormente, la Ley 3/1967, de 8 de abril, introdujo una serie de reformas que provocaron...

> [...] gran excitación en la Prensa y en los Colegios de Abogados que protestaron reiteradamente durante su discusión [Rodríguez Devesa *op. cit.*: 123].[33]

En noviembre de 1969, el Pleno de la Comisión General de Codificación dictaminó un Anteproyecto de reforma de Código Penal, en el cual se trata de equiparar, en lo relativo a la protección penal, al Jefe del Estado y a su sucesor, «o al sucesor de la Corona».[34]

---

33. Estas reformas hacían referencia, fundamentalmente, a los siguientes puntos: se modificó el Capítulo I, Título II, Libro II, dándole la rúbrica de «Delitos contra el Jefe del Estado, altos organismos de la Nación, forma de gobierno y Leyes fundamentales». Se añadían los delitos de ultrajes a la Nación española, delitos contra altos organismos de la Nación, contra las Leyes fundamentales, delitos de Prensa e Imprenta, asociaciones ilegales y desórdenes públicos.

34. Asimismo, se introduce el delito de genocidio, se aumenta la represión del tráfico de estupefacientes y se modifica la rúbrica de la Sección 3.ª, Capítulo II, Título II, Libro II, que pasa a ser «delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado y las demás confesiones».

Por otra parte, el 4 de agosto de 1970, se sancionó la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social en cuya Exposición de Motivos se decía que era necesaria para «defender a la sociedad contra determinadas conductas individuales que, sin ser, en general, estrictamente delictivas, entrañan un riesgo para la comunidad».[35]

Como señalan Barbero Santos y Morenilla Rodríguez,

> [...] a pesar de que la ley expresamente manifiesta que respeta el indispensable «principio de legalidad, amparados de las garantías individuales», la realidad es que los estados de peligrosidad que prevé, si tienen carácter pre-delictual, se oponen por este sólo hecho al principio de legalidad citado [1978: 218].[36]

En cuanto a las disposiciones, pretensiones y aplicación práctica de estas normas, conviene citar el siguiente análisis de Barbero Santos y Morenilla Rodríguez pues, para los fines que este trabajo se propone, es lo suficientemente elocuente como para que se justifique aquí su inserción:

> La Ley de PRS —reguladora, según su denominación, de la peligrosidad social—, y su antecedente inmediato, la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, no limitaron su aplicación a una pragmática defensa de la sociedad, sino que tuvieron el ambicioso propósito de servir con los medios más eficaces a la plena reintegración de los hombres y de las mujeres que, voluntariamente o no, hubieran podido quedar marginados de una vida ordenada y normal, según manifestaba la Exposición de Motivos de la ley en primer lugar citada. Para el cumplimiento de estos fines, se previó la creación de establecimientos especiales y la dotación de personal idóneo, que no llegaron a tener realidad, no obstante la intención de los legisladores. La inexistencia de los primeros tuvo que ser suplida con unos centros especiales destinados al cumplimiento de medidas o con otros penitenciarios, habilitados para esa finalidad, dependientes ambos de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, con el resultado de que en la práctica las medidas de seguridad y rehabilitación social se ejecutaron de manera análoga, cuando no idéntica a las penas [...]. Desde otra perspectiva, la Ley de PRS ha tenido desde sus orígenes la enemiga de quienes no comparten el criterio legal de imponer unas medidas de seguridad privativas o restrictivas

35. Esta normativa venía así a sustituir a la antigua Ley republicana de Vagos y Maleantes de 1933, a la cual ya se ha hecho aquí referencia en su momento.

36. Señalan asimismo estos autores que, «no es extraño por ello, que la LPRS, al igual que su antecesora, la LVM [...], haya tenido y tenga el rechazo de los penalistas sensibles a la salvaguarda de los derechos humanos fundamentales, que han exigido su derogación» (*op. cit.*, p.218).

de derechos individuales basadas en la peligrosidad social de quienes no han llegado a cometer hechos tipificados como delictivos. Esta orientación legislativa española constituye una excepción en el derecho comparado y —por la inexistencia de medios resocializadores— significa en más de un caso una punición de conductas «predelictivas» [1979: 218-219].

En cuanto a lo que se acaba de señalar por los autores citados, ello será retomado más adelante cuando se haga referencia a las reivindicaciones de los reclusos, en los años de la transición política española. Queden pues, por el momento, apuntadas estas notas acerca de la LPRS.

Un año más tarde, la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, reforma nuevamente el Código Penal, cuyo texto refundido aparece en 1973. Contiene nuevas disposiciones relativas al terrorismo y a la protección de la persona del Jefe del Estado y su sucesor, ampliándose el arbitrio judicial en estos delitos. Se modifica también la regulación relativa a las asociaciones ilícitas, «síntoma de que la ley no tiene la efectividad que se desearía en la práctica» (Rodríguez Devesa *op. cit.*: 127). El concepto de propaganda ilegal se extiende al uso de símbolos o emblemas propios de las asociaciones declaradas ilegales. En general, el Código pretende acomodarse a lo convenido en tratados internacionales y, según Rodríguez Devesa, tiene el «manifiesto deseo de favorecer a la rehabilitación del delincuente» (*op. cit.*: 128).

Una nueva Ley, 39/1974, de 28 de noviembre, introdujo nuevas modificaciones en el Código Penal: elevación de las cuantías de las penas de multa e introducción del concepto de doble reincidencia (con la consiguiente agravación de las penas privativas de libertad). En agosto de 1975, poco tiempo antes de la muerte de Franco, se sancionó el Decreto Ley 10/75 sobre «prevención del terrorismo», que trajo un...

> [...] extraordinario endurecimiento de las nuevas sanciones penales [Rodríguez Devesa *op. cit.*: 131].[37]

En el contexto que brevemente se ha expuesto aquí, caracterizado por la necesidad que el régimen franquista tenía de mo-

37. Este Decreto Ley fue objeto de una importantísima crítica (Barbero Santos 1976: 17) y de un recurso de contrafuero que no prosperó. La razón de su promulgación, según Rodríguez Devesa, se basa en el hecho «de que entre 1968 y 1974 fueron asesinadas 47 personas, de ellas 30 agentes del orden público, en atentados en los que en muchas ocasiones no se pudo capturar a los autores, provocando la natural alarma. La exasperación de las penas vino a responder, por consiguiente, a una fe en la eficacia de la prevención general, pronto defraudada» (*op. cit.*: 131-132).

dernizar sus estructuras económicas, pero enfrentado a una oposición cada vez más organizada, a la cual se intentó controlar mediante el endurecimiento de la legislación penal y de peligrosidad social, la legislación penitenciaria también fue modificada en numerosas ocasiones.

En 1964 se reformó, por Decreto de 27 de julio, parte del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, en lo relativo a los trabajos de los reclusos y se estableció la estructura y funcionamiento gestor de aquél, denominado «Trabajos Penitenciarios» que, en 1962, había sido clasificado como entidad estatal autónoma del grupo A —régimen de autofinanciación— (Bueno Arús *op. cit.*: 116).[38]

Por Decreto de 25 de enero de 1968, se produce una reforma «de mucha mayor importancia» (Bueno Arús *op. cit.*: 116) que introdujo en el sistema penitenciario español el tratamiento criminológico encaminado a la reforma del penado.[39] El sistema progresivo continuó estando compuesto por cuatro periodos o grados: reeducación, readaptación social, pre-libertad y libertad condicional. Bueno Arús señala que este sistema, que no fue una novedad de este Decreto,

> [...] adquirió una gran flexibilidad en cuanto que ni el penado necesitaba pasar por todos ellos, pudiendo ser clasificado directamente en el segundo o tercer grado, ni cada uno de los grados o periodos tenía una duración prefijada de antemano como en el Reglamento de 1956 [*ibídem*: 116-117].

La progresión o regresión de grado, dependía de la evolución de la personalidad de los reclusos. Esta evolución sería, ahora, valorada por los Equipos de Tratamiento y Observación que, por primera vez en España, se crean con estas reformas. Estos Equipos los formaban profesionales en ciencias humanas y, para la

---

38. Para un conocimiento más acabado en torno a esta reforma puede verse la tesis doctoral de De la Cuesta Arzamendi, «El Trabajo Penitenciario Resocializador, teoría y regulación positiva» (1982).

39. Garrido Guzmán señala, a propósito de este Decreto, que recogió «las nuevas soluciones que la moderna Ciencia Penitenciaria ofrece, aplicando métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y readaptación social del delincuente» (*op. cit.*: 178). Entiendo que esta opinión no es acertada pues el Decreto de 1968 no establece métodos de tratamiento (a pesar de crear los Equipos Técnicos o la Central de Observación) a diferencia de otros países que ya lo hacían (Mapelli Caffarena *op. cit.*: 68 y ss.), incluyendo la terapia social u otros tratamientos específicos. Por ello no puede calificarse al Decreto de 1968 como «moderno», ni señalar que incorporó «nuevas» soluciones o métodos «nuevos» (sobre este tema, véase Bergalli 1980).

coordinación de los mismos, se creaba en Madrid la Central Penitenciaria de Observación[40] integrada por un jurista criminólogo, un psicólogo, un pedagogo, un sociólogo, un endocrinólogo, un psiquiatra y un moralista (sacerdote). A estos especialistas se sumó un número no determinado de asistentes sociales.[41] De este modo, apunta Bueno Arús,

> [...] queda claro que el sistema penitenciario español, pese a conservar la denominación de «progresivo», ha pasado en realidad a identificarse con los modernos sistemas de «individualización científica» [*ibídem*: 117].

García Valdés opina que ese carácter «científico» que pretendían introducir estas nuevas disposiciones, estaría presente tan sólo en la letra de la ley pues:

> [...] se carecía de toda noción sobre la observación y el tratamiento científicos [...]. Ante el intento de introducción de ellos en la reforma reglamentaria de 1968, se hace patente la resistencia de un sector predominante de funcionarios a la creación de los Equipos de Observación, los Educadores y la Central de Observación. En general, impera la inercia y la resistencia del sistema al cambio [*ibídem*: 119].

Por otra parte, se modifica la regulación de la redención de penas por el trabajo —«en sentido beneficioso», señala Bueno Arús (*ibídem*: 117)— y la asistencia religiosa se convierte en voluntaria (ello, en armonía con las nuevas disposiciones conteni-

---

40. En realidad, la Central Penitenciaria de Observación se había creado por Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1967 que, en opinión de Bueno Arús, recogía las intenciones del gobierno español de adaptarse a las orientaciones del II Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Londres en 1960 (*op. cit.*: 25).

Roldán Barbero ha señalado al respecto que «a la tecnocracia se le abrían de par en par las puertas de las prisiones. La resocialización del penado se convertía sin paliativos en un problema científico. A Alarcón no le han faltado razones para contraponer las ventajas del juicio de expertos al "ojo de buen cubero" dominante en la antigua práctica penitenciaria, juicio aquél especialmente majestuoso en decisiones vitales para el penado como la asignación de periodo, la concesión de la libertad condicional e, incluso, la graduación de la pena mediante la redención de penas por el trabajo» (1988: 213).

41. Respecto a la incorporación de estos técnicos en las tareas propias del tratamiento penitenciario, que consagra este Decreto de 1968, Roldán Barbero señala que «el neo-psicologismo [...] lo ha llevado a la independencia (se refiere al tratamiento), dotándolo de un sentido muy preciso: dirigismo de unos poderes superiores penetrados de un saber científico —el de las ciencias del comportamiento humano» (*op. cit.*: 210). «No por casualidad ha sido definido como el trabajo de especialistas», señala Garrido Guzmán (*op. cit.*: 291).

das en la Ley de 28 de junio de 1967 que establecía el «ejercicio del derecho civil a la libertad religiosa»).

Por un Decreto Orgánico del Ministerio de Justicia (de 12 de junio de 1968) se reorganizaba la Dirección General de Prisiones que pasa a denominarse Dirección General de Instituciones Penitenciarias.[42] Posteriormente se crea un Cuerpo de Técnicos de Instituciones Penitenciarias (por Ley de 22 de diciembre de 1970) para atender a las tareas que la reforma de 1968 había introducido en el sistema penitenciario español (Equipos Técnicos, Central de Observación).[43]

A pesar de sus disposiciones, esta Ley de 1970 no dio los frutos esperados por la escasa remuneración que se destinó a los funcionarios, unido a la dureza del trabajo que éstos habían de desempeñar, y a la mala calidad de los cursos impartidos por la Escuela de Estudios Penitenciarios (*ibídem*: 123).

Para ir terminando con esta exposición, puede señalarse que, como ha tenido ocasión de comprobarse a lo largo de las páginas anteriores, la situación penal y penitenciaria de la primera época de la dictadura franquista experimentó un gran retroceso respecto a las reformas que había implantado la II República. Las cifras que señalan una población reclusa cercana a las 300.000 personas —en los años inmediatamente posteriores al final de la contienda— expresan, por sí mismas, el profundo deterioro de esta situación.

Ya se ha mencionado anteriormente que los índices de pobreza, hambruna y miseria que se constatan en los primeros años de la posguerra, se dejaron ver de un modo muy acusado en el interior de las cárceles. De este modo, todas aquellas situaciones que afectan directamente a los derechos fundamentales de los reclusos (alimentación, asistencia higiénica y sanitaria, instrucción y educación, trabajo penitenciario, etc.), asumirán rasgos notoriamente degradantes. A ello ha de añadirse la prolongada duración de las condenas impuestas por los Tribunales, ya sea por la comisión

---

42. Reorganizándose también los organismos dependientes de la Dirección General, esto es, el Consejo General Penitenciario (de nueva creación), Trabajos Penitenciarios, el Patronato de Nuestra Señora de la Merced y la Escuela de Estudios Penitenciarios.

43. El Reglamento de 1956 había establecido un turno de provisión de las Jefaturas de Servicio, directamente entre licenciados en derecho, «lo que permitió la entrada en el Cuerpo Especial de un número selecto de funcionarios que constituyeron un núcleo esperanzador, pero la Reforma de la Función Pública de López Rodó en 1964 acabó con esta posibilidad y degradó el citado Cuerpo (y también los demás) frenando lamentablemente la entrada de nuevos licenciados y poniendo de relieve que una reforma administrativa no puede hacerse por teóricos de nivel general» (Bueno Arús *op. cit.*: 123).

de actos que fueron definidos como «delitos políticos», o por acciones destinadas a procurar, simplemente, algo de alimento.

Como rasgo sobresaliente de semejante situación, cabe destacar la militarización de todo el sistema penitenciario y, en gran parte, del sistema penal. Las estipulaciones contenidas en el Código de Justicia Militar (1945) y en los Reglamentos de los Servicios de Prisiones (1948 y 1956), son un claro exponente de ello.

Posteriormente, y cuando se inicia el segundo periodo de los que aquí se han señalado —el de la aparente apertura de la dictadura—, la progresiva organización de la oposición política al régimen franquista y la atención internacional en torno a la situación española, fueron algunas de las múltiples y complejas razones que explicarían determinados cambios en el ámbito penitenciario. De todos modos, la tutela de los derechos fundamentales de los reclusos continuó mostrando un panorama particularmente sombrío. Las sucesivas y numerosas reformas en materia penal y penitenciaria, así lo demuestran.

Tal y como señala De Sola Dueñas,

> El franquismo —como en otras parcelas— no hizo sino retomar las líneas maestras decimonónicas, sustentadas formalmente en unas leyes penales de corte liberal-conservador, con los retoques necesarios para amortiguar precisamente ese barniz liberal (incompatible con su ideología) y las adiciones, en algunos aspectos muy «nuevas» que reforzaron sus designios totalitarios. Los tímidos intentos de la II República de poner al día las normas penales y penitenciarias quedaron evidentemente desterrados. Y la larga duración del régimen trajeron consigo un grave retroceso y una profunda desconexión respecto a las transformaciones político-criminales europeas [1979: 16].

En efecto, las Leyes promulgadas en 1963, 1967, 1971 y 1974 —todas ellas introduciendo modificaciones al Código Penal— evidencian un claro endurecimiento de la política criminal del Estado franquista. A ello ha de añadirse la sanción de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social (1970) que, por su propia naturaleza y finalidades, acentuarían aún más la vulneración de las garantías procesal-penales de carácter individual, tal y como destacados autores, que han sido citados, se ocuparon de señalar.

Por otra parte, desde el punto de vista estrictamente penitenciario, la evolución de los acontecimientos sociales, exteriores a la cárcel, una vez más, se dejó sentir en el interior de ésta. La irrupción de los tecnócratas en el Gobierno se tradujo en la sanción de unas normas penitenciarias que, como el Decreto de 27 de julio de 1964 y, especialmente, el de 25 de enero de 1968, crea-

ron —por primera vez en España— los Equipos de Observación y Tratamiento junto a la Central de Observación. La aparente «modernización» del sistema penitenciario dictatorial —que pretende obtener una legitimación nacional e internacional, a través de su pretendido carácter «científico»— encuentra, en estas disposiciones, su más clara traducción.

De todos modos, y como señaló el propio García Valdés, no hay pruebas de que tales reformas tuviesen algún tipo de incidencia en el interior de las cárceles; en ellas todo permaneció más o menos igual.

El cambio que se aprecia en el ámbito penitenciario vino motivado por otras razones que han sido señaladas en el primer párrafo de esta síntesis. Aunque tales razones serán desarrolladas con mayor profundidad posteriormente, conviene señalar por ahora que, como consecuencia de la paulatina organización de la oposición política, de la atención internacional sobre España y del ingreso en prisión de un «nuevo tipo de reclusos políticos», las reivindicaciones protagonizadas por estos últimos, fundamentalmente: *a*) el reconocimiento de un estatuto diferenciador de los presos comunes y; *b*) la proclamación de una amnistía política, encuentran un importante eco en el exterior de la cárcel (baste recordar el IV Congreso de la Abogacía española) que provocará la aparición de los primeros enfrentamientos entre la población reclusa (la «política») y la dirección de los Centros Penitenciarios. Las primeras (o conocidas) huelgas de hambre, la redacción de escritos de denuncias en torno a la situación carcelaria (malos tratos, sanidad, talleres...) y otras medidas de protesta semejante, son un ejemplo de ello.

La convivencia entre presos políticos y sociales va a provocar una progresiva «politización de los comunes».[44] El recurso a la violencia, como medio idóneo para canalizar sus reivindicaciones, parece aflorar en el motín de Tarragona (1972). Sin embargo, dicho «recurso» no se hará patente hasta el inicio de la Transición Política; la decepción por el Indulto de 1975 y, sobre todo, el sentimiento de discriminación que provocará en los reclusos sociales la concesión de las amnistías a los políticos, son factores

44. Como puede apreciarse, el hecho de que los llamados presos «comunes» comiencen a autodenominarse «sociales», evidencia un cambio en ellos, una toma de conciencia que, anteriormente, a los años sesenta y setenta, es prácticamente imposible comprobar. Estar en la cárcel como consecuencia de una «estructura social injusta o desigual», será una de las reflexiones y estandartes más importantes de los movimientos asamblearios de presos «sociales» que actuarán en los años de la Transición Política española.

decisivos para entender los sucesos carcelarios ocurridos tras la muerte de Franco.

4) La política criminal del nacionalsocialismo alemán

Jiménez de Asúa ha podido explicar cómo, en el *III Reich*, la polémica fue predominantemente doctrinal y la actividad legislativa no logró la completa reforma del Código (1990: 71). Destaca el aludido autor que, en 1933, al poco de llegar Hitler al poder, el Ministro de Justicia de Prusia publicó la *Memoria para la Reforma del Derecho Penal* en la cual aparece la característica del voluntarismo en un *Derecho penal de raza y de sangre.* Entre los rasgos sobresalientes de la nueva dirección político-criminal del régimen *nazi*, Jiménez de Asúa señala que...

> En noviembre de 1933 trabajó en el proyecto del nuevo Código Penal una Comisión de peritos y profesores, y la Academia de Derecho intervino en la empresa desde 1934. Se han publicado los trabajos, pero el nuevo Código no ha visto la luz. En cambio, por disposiciones legiferantes, se ha reformado el Código Penal hasta destruir sus garantías liberales, y leyes concretas han pretendido ejercer una protección de raza y de pureza de sangre con sentido severísimo [*ibídem*].

La «destrucción» a la que aludía el profesor citado, es concretada inmediatamente, siguiendo con la mención de los tres pilares de la Ilustración antes citados. La *libertad* consagrada en el principio *nullum crimen sine lege* es demolida por la Ley de 1935, al consagrarse, como fuente del Derecho penal, no sólo la analogía, sino el «sano sentimiento del pueblo».

La *igualdad* —encarnada en el tipo como carácter del delito—, desaparece con la pretendida «captación de la voluntad criminal». De ahí que, por ejemplo, se castiguen de igual manera la autoría que la complicidad o se persigan muchos actos preparatorios como tentativa.[45]

La *fraternidad*, entendida como la búsqueda de una dulcificación de los castigos, agrega Jiménez de Asúa, «queda definitivamente muerta» (*op. cit.*: 72). Como se verá enseguida, a propósito de tratar algunos autores comprometidos con el *nazismo*, «en

45. Destacaban algunos político-criminalistas nazis que se debía destruir la tipicidad (la cual, conviene recordar, había sido descubierta en Alemania algunas décadas antes) para captar mejor «la voluntad delictuosa».

el nacionalsocialismo se niega, a quienes no están dentro de esa comunidad, la categoría de semejantes» (*ibídem*).

La pena de muerte (Ley de 4 de abril de 1933) y otras medidas quirúrgico-represivas-eliminativas, ejecutadas con fines selectivos de política y eliminación de la disidencia, permitió variadísimas formas: leyes de esterilización de anormales (Ley de 14 de junio de 1933), para dejar una raza pura, inmaculada e inteligente; castración de delincuentes (Ley de 24 de noviembre de 1933) y depuraciones —en el peor sentido de la palabra— de razas «inferiores a la aria», constituyen sólo algunos de los ejemplos «legales» de las nuevas direcciones político-criminales —¡y nunca mejor empleado este calificativo!— que el régimen nazi transitaría por entonces.

No hace demasiado tiempo que, en Alemania, se ha verificado un interés por investigar el sombrío panorama que condujo al Holocausto. Y, en particular, ese renovado interés, se ha centrado en los últimos años en descubrir el papel que habrían cumplido algunos académicos en la legitimación político-científica del nacionalsocialismo, algunos de los cuales han sido —durante décadas (en España y en América Latina)— grandes «maestros» de la dogmática jurídico penal. En España, nadie como Muñoz Conde ha podido desenmascarar a ciertos personajes encumbrados durante generaciones enteras y que habían sido importantes ideólogos de la política criminal nazi.

En efecto, el autor sevillano, gracias a un laborioso y dilatado periodo de investigación sobre la «*des-nazificación*» operada tras el fin de la II Guerra Mundial, ha desvelado el rol de ciertos académicos que, como Edmund Mezger, se comprometieron con el régimen del *Führer*, primero, aunque supieron *travestirse* con un manto de olvido (demócrata), una vez derrotado el régimen totalitario.[46]

---

46. Por cierto que estas actividades científicas de Muñoz Conde le supondrían el ataque más duro que puede leerse en la Doctrina penal española contemporánea. En efecto, cuando el mencionado autor publica la 2.ª edición de su *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo* (2001), donde desvela el pasado *nazi* de Mezger, algunos penalistas españoles del presente, le lanzan un durísimo ataque publicado en *Cuadernos de Política criminal*. Cobo del Rosal, al negar las imputaciones sobre el pasado *nazi* de Mezger, señala que carecen por completo de fundamento, que son insultantes y propias de quien actúa con mala fe. Por cierto que, un tiempo después, Muñoz Conde publica la 3.ª edición de la obra antes citada. Es ahora cuando, con más datos que en la edición anterior, el pasado *nazi* y colaboracionista de Mezger aflora con mayor detalle lo que pone evidencia la ligazón que aún conserva parte de la tradición académica española con personajes serviles a las peores expresiones del nacionalsocialismo alemán.

Ahora bien, más allá de lo mencionado hasta ahora, es importante ver cómo algunos de los pilares político-criminales más importantes del *nazismo* habían sido construidos en la etapa anterior de la República de Weimar (1918-1933). En la 3.ª edición de la obra *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo* (2002), Muñoz Conde rastrea incluso más atrás: ciertos cimientos autoritarios ya se habían puesto a través de los programas político-criminales de Von Liszt y Beling. Pero las «aportaciones» más importantes al posterior autoritarismo penal, partirían de dos iniciativas político-criminales de la República de Weimar. La primera serviría de soporte a las nuevas orientaciones *nazis*; la segunda, por el contrario, sería combatida por éstas para su sustitución por otra.

La primera que menciona el autor sevillano es la que corresponde al *tratamiento de los delincuentes habituales* (*op. cit.*: 35 y ss.). A partir del desarrollo de un programa para la aplicación de medidas de seguridad a tales tipos de infractores, vuelven a aflorar las propuestas de Von Liszt para la «inocuización» de quienes aquel autor alemán consideraba como «incorregibles». Esas recomendaciones, en realidad no cuajarían como derecho positivo hasta 1933 cuando se inicia el periodo nazi. La lucha contra el «cáncer del proletariado» que Von Liszt había anunciado en su programa de Marburgo es reelaborada así en la República de Weimar y será legislada a partir de 1933 (*op. cit.*: 37-38). Miles de personas fueron sometidas a «custodia en seguridad» durante el régimen nacionalsocialista.[47] Por todo ello, afirma Muñoz Conde que...

> [...] la política criminal del nacionalsocialismo no supuso realmente una ruptura, sino una continuación de la política criminal plateada por la burguesía conservadora que finalmente ostentaba el poder en la última etapa de la República de Weimar. Aunque esta afirmación pueda parecer exagerada, en todo caso no cabe duda de que al nacionalsocialismo le venía muy bien para llevar a cabo su particular política criminal la fundamentación conservadora y autoritaria que desde los tiempos de Von Liszt se había mantenido como un hilo conductor en los Proyectos de la República de Weimar en relación con el tratamiento de los delincuentes habituales [*op. cit.*: 46-47].[48]

---

47. Más de 16.000 menciona Muñoz Conde (*op. cit.*: 43).

48. Añade el citado profesor que «en este sentido, la reforma penal nacionalsocialista fue, por lo menos en sus orígenes, la culminación de la ideología antiliberal y autoritaria que caracterizó a buena parte de los penalistas, jueces y profesores universitarios, más importantes en el periodo de la República de Weimar» (*op. cit.*: 47).

La segunda línea político-criminal de la República de Weimar reside, según Muñoz Conde, en el *nuevo concepto de la culpabilidad* (cfr. *op. cit.*: 48 y ss.). En efecto, predominaba hasta entonces un concepto meramente «psicológico» de la culpabilidad fruto de una concepción naturalista de la Psicología de entonces.[49] La aportación de la época de Weimar consistirá en la elaboración de un concepto «normativo» de la culpabilidad. Nacía así la idea de «reprochabilidad» y la consecuente «teoría de la no exigibilidad».[50] Esta concepción, siempre entendida como una garantía para los ciudadanos frente al *ius puniendi* estatal fue rápidamente negada por el nacionalsocialismo quien la criticó con suma dureza al oponerse a la «voluntad disponible» del pueblo alemán (cfr. Muñoz Conde *op. cit.*: 56 y ss.). Ello permitiría, como se verá enseguida, su sustitución por otras concepciones elaboradas, aparentemente, de modo «neutro», por la nueva dogmática jurídico penal nazi.

Las bases del Derecho penal nacionalsocialista se hallan en dos importantes conceptos:

a) la eliminación y liquidación de los «elementos de la población perjudiciales al pueblo o a la raza», como nuevo fin que debe tener la pena; y

b) la traición o el quebrantamiento del deber de fidelidad del individuo para con la comunidad del pueblo alemán, como fundamento y esencia del concepto material de delito (Muñoz Conde *op. cit.*: 75).

> Ideas como las del «derecho penal de la voluntad», la sustitución del «derecho penal de resultado» por un derecho penal de peligro y del concepto de bien jurídico por el de quebrantamiento del deber, y la aplicación de la misma pena para la tentativa y el delito consumado (uno de los deseos más fervientes de Hitler), eran los principios fundamentales que caracterizaban el derecho penal nacionalsocialista [*op. cit.*: 87].

Como se podrá observar en el siguiente epígrafe, muchas de estas cuestiones son las que han estado en la base de la discusión entre «causalistas y finalistas», discusión dogmática y en conse-

---

49. De allí que —mientras todo lo objetivo se incluía en la tipicidad y antijuricidad; y lo subjetivo se cargaba a la culpabilidad— resultara entonces la exclusión de la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva. Se trataba de excluir la culpabilidad cuando el resultado no era atribuible a una actuación dolosa o culposa de quien lo había causado.

50. Por la cual es exigible, un juicio de reproche. De otro modo, no habrá reproche penal cuando, teniendo en cuenta algunas circunstancias concomitantes al caso, no se le pueda exigir al autor un comportamiento distinto del que observó.

cuencia aparentemente «neutra» que, pese a que pretendió construir un debate «científico» y alejado de cuestiones político-criminales, encuentra en estos momentos sus más preclaros orígenes ideológicos. Tal vez ello explique, como se verá, por qué...

> [...] ningún penalista en esta nueva etapa de la República Federal de Alemania[51] dijo nada, ni tuvo el «mal gusto» de hablar de los campos de concentración, de Dachau, de Buchenwald, de Auschwitz, de las leyes racistas, de las 60.000 penas de muerte aplicadas durante el dominio nacionalsocialista, de las cuales ciertamente unas 40.000 fueron pronunciadas por Tribunales militares, pero por lo menos otras 16.000 fueron pronunciadas por Tribunales civiles, ordinarios o especiales, a internamientos en campos de concentración, en los que la mayoría moría al poco tiempo [Muñoz Conde *op. cit.*: 88].

El «desnazificado», primero, y ahora desmitificado Mezger, contribuyó a sentar las bases las bases del régimen de terror al escribir que el Estado alemán se construía sobre dos ideas básicas: el pueblo y la raza. Esos elementos, proseguía el autor, son esenciales para el Derecho penal como «síntesis» de la idea de responsabilidad del individuo frente a su pueblo y de la idea de la confirmación racial del pueblo como un todo (cfr. Muñoz Conde *op. cit.*: 139).

Ello fue promoviendo un Derecho penal basado en medidas de higiene racial entendido como un Derecho penal del enemigo. Dos ejemplos político-criminales, finalmente, ilustran claramente hasta dónde llegó la orientación penal nacionalsocialista. Siguiendo a Muñoz Conde cabe mencionar:

El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los Extraños a la Comunidad. Así podían ser definidos desde quien, por su personalidad o forma de conducción de vida, fuera «incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias mínimas de la comunidad del pueblo», hasta quien «rechace el trabajo y lleve una vida inútil» o tenga «inclinación al vagabundaje o mendicidad». Para estas personas se preveían «medidas policiales» por ser «extraños a la comunidad», o «remisión a centros asistenciales comarcales», o «internamiento en campamento» (campo de concentración), o «pena de reclusión por tiempo indeterminado», o «pena de muerte». Además, los «extraños a la comunidad de los que pueda esperarse una herencia indeseable para la comunidad del pueblo, serán esterilizados».[52]

---

51. Se refiere a la época posterior a la Segunda Guerra Mundial.

52. Una amplia información sobre este Proyecto, sus orígenes, los responsables de su elaboración, la intervención de Mezger, su correspondencia con otros colegas comentando el proyecto y el cobro de honorarios por su participación, lo proporciona Muñoz Conde (*op. cit.*: 171-259).

El Programa de Esterilización de los «asociales» en el Nacionalsocialismo. Se advierte que el punto de partida para este Programa, fue la Ley de Prevención de Descendencia Patológica Hereditaria (de 14 de julio de 1933), por la cual podía ser esterilizada una persona que padeciera una enfermedad hereditaria (la ley consideraba como tales al retraso mental congénito, la esquizofrenia, la locura maníaco-depresiva, la epilepsia grave, la ceguera grave, la sordera grave, la deformidad corporal grave, el alcoholismo grave...). Importantes experiencias (o, mejor dicho, experimentos) se desarrollaron al amparo de estas direcciones. El prestigioso Profesor Edmund Mezger...

> [...] presentó en el Congreso de la Sociedad de Biología Criminal (1937), un trabajo en el que entre una muestra de casi 6.000 sentencias que le suministran para su estudio las autoridades competentes, se analizan 301 decisiones de esterilización de internos de centros penitenciarios, acordadas por los Tribunales de Salud Hereditaria del Estado de Baviera, a petición de los Directores de los Centros Penitenciarios de aquel Estado [Muñoz Conde *op. cit.*: 270].

Después de cuanta barbarie se viene comentando (que, conviene señalar, es una ínfima parte del sistema político penal *nazi*), tal vez sea oportuno para terminar, pensar en la «racionalidad» de un sistema semejante y adónde apuntó el mismo. Y ello conviene hacerlo, otra vez, gracias a la obra de Muñoz Conde:

> A un régimen como el nacionalsocialista, por criminal que fuera, y a sus muchos y muy cualificados asesores científicos, criminólogos, historiadores, sociólogos, biólogos y juristas, no se les puede negar una cierta dosis de racionalidad y coherencia en lo que hicieron. Las prácticas eugenésicas en los asociales, igual que las genocidas racistas con los judíos y gitanos, cumplían o pretendían cumplir una función que, por supuesto, iba más allá de la lucha contra la criminalidad y la retórica de la pureza racista. En el fondo toda esta política cumplía una función que directamente influía en el mercado de trabajo y en el desarrollo económico e industrial de la Alemania Nazi, o mejor dicho, de la clase empresarial que se beneficiaba con esta política de control y exterminio de la mano de obra excedente no cualificada, o inútil para ser aprovechada de forma rentable, consiguiendo, al mismo tiempo, un disciplinamiento, a través de la violencia y el terror, de las masas trabajadoras restantes [*op. cit.*: 286].

5) Los debates entre «causalismo y finalismo»: ¿una discusión *neutra* de la dogmática jurídico-penal?

Planteamiento de la discusión

La discusión que ahora se analizará se verificó en Alemania, aunque tuvo proyecciones internacionales (en Europa y en América Latina) durante muchas décadas, como se verá, en el campo de la teoría del delito y, en concreto, alrededor del concepto de «acción». La misma se incluye en este capítulo, como epígrafe final, no sólo por haberse iniciado en Alemania sino por los contornos ideológicos que bordearon a la misma y que resultan aquí relevantes a efectos político-criminales. Primero se hará, entonces, una descripción del planteamiento de la cuestión —aparentemente neutra— para que, más adelante, se puedan vislumbrar sus implicaciones ideológicas.

Inicialmente, en la Alemania de las últimas décadas del siglo XIX, los esfuerzos por elaborar una teoría del delito lograron un acuerdo básico y férreo a través de Von Liszt y M.E. Mayer. Sin embargo, posteriores elaboraciones hicieron que brotaran objeciones y se fortalecieran las disidencias. Dos posturas encontradas surgieron: la llamada teoría o corriente «causal» de la acción; y la teoría o corriente «final» de la acción.

Lo destacable es que, como afirma Novoa Monreal, ambas perspectivas definen de modo idéntico al delito: esto es, como conducta típica, antijurídica y culpable (cfr. 1980). Por tanto, la diferencia estribará en cómo se entendieron estos términos que configuraron la estructura de la teoría del delito. Y, más en concreto, el primero de ellos: el debate *sobre el concepto de la acción*. Veamos, suscintamente, las principales concepciones de cada una de ellas.

La teoría clásica o causal de la acción

A continuación, se verá cómo es analizado cada uno de los elementos de la estructura del delito. Para esta dirección, la *conducta humana* es el sustrato básico del concepto de delito. Se genera a partir de un «movimiento muscular» de una persona apto para determinar, por lo general, un cambio en la disposición o en el curso de las cosas o acontecimientos del mundo exterior. Más en concreto se afirmaba que la acción (con relevancia penal) era: *a*) un movimiento corporal; *b*) producido por un impulso de la voluntad; *c*) que causaba una modificación del

mundo exterior. En consecuencia, el núcleo esencial de esta corriente recaía sobre *el nexo de causalidad.*[53]

Esta teoría realizó un esfuerzo grande para mantener a la conducta como algo situado en el plano *físico*, en el que no aparecía como determinante ningún ingrediente *psíquico* (este último quedará para su valoración en el ámbito de la culpabilidad). En tal sentido, hay acuerdo en señalar que no hay acción en casos de meros actos reflejos, en estados de inconsciencia absoluta o cuando se aplica fuerza física irresistible en el sujeto incriminado. A favor de esta posición se expresa Novoa Monreal, quien afirma que...

> [...] este concepto de conducta o acción permite simplificar en gran medida la comprensión de la compleja elaboración jurídica que es el delito y facilita la fundamentación de un derecho penal de hecho [1980: 30].

En torno al análisis de la tipicidad de la conducta, el mismo autor señala que es función del legislador escoger, entre las muchas acciones humanas que importan una violación de las normas jurídicas, aquellas que, por especiales razones de interés social, deben dar lugar a la aplicación de una pena (*ibídem*). Exigencia político-criminal del Principio de Legalidad es que el señalamiento preciso y previo de las conductas por la Ley es tenido como garantía de libertad, igualdad y seguridad jurídica, pues nadie puede ser penado por un hecho que de antemano no estuviese previsto en la Ley como delito y sancionado con una pena (*nullum crimen nulla poena sine lege*). La necesidad jurídica de que la ley penal haga una determinación muy precisa de las conductas humanas que pueden originar responsabilidad criminal (*mandato de determinación*), obliga al legislador a determinar con suma precisión la forma en que se realicen aquellas conductas (de relevancia penal).

El *tipo* (como elemento del delito) fue descubierto por Beling y obliga desde ese momento al legislador a que deba construir sus preceptos sancionatorios sobre la base de una descripción lo más precisa posible. Sin embargo, la pura realización de una conducta ajustada a esas características no es suficiente para atribuir a quien las lleva a cabo una responsabilidad penal e imponerle, como consecuencia, una pena. Y ello porque el concepto

---

53. Mir Puig pone el siguiente ejemplo: el conductor que atropella a un peatón causa un resultado (el atropello), mediante un movimiento corporal (conducir) que puede considerarse causado por un impulso de la voluntad (el que determina a conducir) *aunque esta voluntad no alcance al resultado del atropello* (Mir Puig *op. cit.*: 154).

del legislador acerca de esa responsabilidad exige que, conjuntamente, se compruebe que dicha conducta es contraria al ordenamiento jurídico y que puede ser reprochada personalmente a su autor. En consecuencia, la cuidada elaboración de estas descripciones objetivas —llamada *tipo*— no significa que cualquier conducta humana que se encuadre en ellas constituya delito, sino que permite iniciar una indagación posterior más profunda que podemos llamar valorativa, destinada a verificar desde dos ángulos: de la conducta por sí misma y de la disposición subjetiva del autor, la reprobación legal que será indispensable para una atribución definitiva de responsabilidad penal al autor. Lo más que se puede deducir de la tipicidad de una conducta es que, en principio, la misma tiene interés para la ley penal y podría constituir un hecho punible que permitiera la aplicación de una pena a un sujeto en tanto dos sucesivas valoraciones, así lo autoricen.

Por cuanto hace a la *antijuricidad*, se trata ahora del elemento del delito que implica el primer examen valorativo que se hace, desde un punto de vista jurídico, de un fenómeno del mundo físico proveniente de un ser humano que fue entendido como de interés para el Derecho penal, por medio de la tipicidad. Este examen está dirigido a verificar si ese fenómeno, prescindiendo de quien lo realizó, concuerda o no con las normas jurídicas.

Se tratará de considerar, en esta ponderación, a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a las reglas del Derecho penal. En los ordenamientos jurídico-penales, la antijuricidad está negada, únicamente, si concurren causas de justificación. Dicho de otro modo, la antijuricidad se convierte en regla general de las conductas típicas, a menos que, excepcionalmente, una causa de justificación las ampare.

Finalmente, en atención a las consideraciones sobre la *culpabilidad*, puede decirse que, si la antijuricidad es la valoración de la conducta por su significado propio desde un punto de vista *objetivo*, la culpabilidad, constituye la valoración que se efectúa jurídicamente respecto de la disposición *personal* del agente en relación con el hecho típico y antijurídico concreto que él ha realizado. En toda manifestación humana, lo corporal está determinado por lo anímico. Por eso, en el examen que se hace de la disposición personal del agente, el objeto de la valoración es su disposición anímica en lo referente al injusto cometido. Sobre la base de todo ello, se llega a formular el juicio de reproche al sujeto, en el que esencialmente consiste esta característica de la culpabilidad. Así, se van a distinguir las dos clásicas formas posibles de culpabilidad:

• *dolosa*: el sujeto realiza la conducta típica y antijurídica queriéndola como tal, ya sea porque se ajuste a su objetivo perseguido, ya porque tenga voluntad, al menos, de realizar el movimiento corporal aceptando los resultados que de él se derivan y que prevé como posibles;
• *culposa*: el sujeto no admite las consecuencias típicas y antijurídicas que derivan de su movimiento corporal, pero debió preverlas, y abstenerse de éste, si hubiera puesto en su actuar el debido cuidado.

Pues bien, verificada la concurrencia de estas tres fases de análisis, es posible concluir que...

> [...] un injusto determinado puede ser reprochado personalmente a quien intervino en él y, en presencia de una conducta previamente caracterizada como típica y antijurídica, al sumársele la culpabilidad, se puede tener por perpetrado un hecho punible, capaz de producir a su ejecutor la aplicación de una sanción penal específica [Novoa *op. cit.*: 42].

La teoría final de la acción

Desde el llamado *finalismo*, se le reprochó a la anterior concepción:

> El planteamiento causal conducía a una concepción muy insatisfactoria de la omisión que no es un movimiento corporal, en sentido estricto, que cause una modificación del mundo exterior [Mir Puig *op. cit.*].

Por otra parte, esta nueva dirección entendió que la voluntad, como manifestación psíquica capaz de dirigir el actuar del hombre hacia el logro de determinados fines, tiene un papel decisivo dentro de la conformación del concepto de acción. Esta voluntad integra, junto con el movimiento muscular humano lo que constituye una acción humana: *ambos aspectos se entendieron como inseparables dentro del concepto de acción*.

Allí, señalaron los *finalistas*, radica la diferencia entre un suceso natural y una acción humana, pues aquél no es dirigido conscientemente desde el fin a alcanzar, sino que se desarrolla causalmente ciego. Welzel señalaba que...

> La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer «final» y no solamente «causal». La «finalidad» o el

alcance final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin.

El *finalismo* señaló que podían distinguirse dos fases de la dirección final de la acción:

- La primera, sería la que transcurre en la esfera anímica y se subdivide en: *a*) anticipación del fin que el autor quiere realizar; *b*) selección por el autor de los medios necesarios para la realización del fin propuesto; *c*) consideración de los efectos concomitantes que van unidos al proceso causal.
- La segunda fase, señalaron, consiste en llevar adelante la acción en el mundo real, con miras al fin y poniendo en movimiento el plan establecido.

Así, del conjunto inagotable de acciones posibles, el ordenamiento jurídico-penal escoge y prohíbe, en primer lugar, aquellas en las cuales la voluntad de realización (dolo) está dirigida a la producción de una situación o un proceso (resultado) socialmente no deseado; con ellas forma el cuerpo principal de los tipos penales: los delitos dolosos de comisión.

En cierta medida, el ordenamiento también se ocupa de acciones finales, no por su fin, sino en cuanto el sujeto no emplee en la elección y aplicación de sus medios de acción el «cuidado requerido», como mínimo de dirección final, para evitar efectos no queridos y socialmente dañosos: estos constituyen los delitos culposos de comisión.

Y, en una proporción mucho menor, el ordenamiento pena la omisión de acciones necesarias para la conservación de un estado deseado socialmente: es decir, los delitos de omisión.

De todo ello emerge la diferencia fundamental de la dirección *finalista*: en efecto, resulta que *el dolo pasa a formar parte de la acción*, concebida como estructura unitaria indivisible, en la mayor parte de los tipos penales.

Como se puede observar, la teoría de la acción final se niega a separar dentro de un hecho típico doloso los aspectos material y subjetivo en la forma en que lo hace la teoría clásica del *causalismo*. Para esta última, el aspecto subjetivo se lleva a la ulterior fase de la culpabilidad.

La importancia —y la consecuencia— de la adopción de la postura *finalista*, radica en que como para ella sólo existe un ac-

tuar del hombre en aquello que sea *final*, es decir, en que se dé anticipación de consecuencias, elección de medios y ordenación de los mismos a un concreto objetivo perseguido, la conclusión necesaria ha de ser que todo aquello que un ser humano pueda provocar dentro del seno de la vida social, cualesquiera que sean sus consecuencias, no puede quedar sometido a la legislación penal si no puede ser caracterizada como acción final (por no reunir la calidad de «conducta humana»).

Los orígenes ideológicos del debate (¿discusión dogmática o político-criminal?)

Es llamativo observar que la polémica entre *causalismo y finalismo* alcanzó una importancia —temporal y espacial— verdaderamente notoria. Desde el punto de vista temporal, si bien, como se ha dicho, la misma se remonta —en determinados autores— a las primeras décadas del siglo XX, en realidad, cobró fuerza después de acabada la II Guerra Mundial y durante las décadas sucesivas a 1945. En cuanto su trascendencia espacial, no cabe duda que la polémica traspasó las fronteras alemanas y alimentó los debates en otros países tanto de Europa como de América Latina. Frente al renovado interés por desarrollar el debate señalado, dos interrogantes surgen para situarle correctamente: *a*) ¿por qué ese repentino interés por discutir los elementos de la estructura del delito a partir de la década de los años de 1950?; *b*) ¿se trató de una polémica propia de la dogmática jurídico-penal o fue una discusión político-criminal? Veamos.

Muñoz Conde señala que resulta evidente que la discusión sobre complejos problemas dogmáticos del Derecho penal desarrollada en la República Federal de Alemania después de la II Guerra Mundial, pudo ser empleada «para soslayar o no tener que hablar» de las barbaridades perpetradas por el Derecho penal nacionalsocialista «y desvincularse de las directrices político-criminales de aquella época» (2002: 91). Así, recuerda las calificaciones de «apolítica» que la dogmática jurídico penal recibía del des-nazificado Mezger en 1950. La tesis sustentada por Muñoz Conde es clara a este respecto: era siempre mejor intentar regresar a una dogmática jurídico penal abstracta, muy confusa en ocasiones y realmente apartada de las necesidades cotidianas de la gente; ello le imprimiría aquel carácter «apolítico, neutro, científico y reservado sólo a los especialistas» que los nuevos tiempos —los del olvido— reclamaban.

Welzel, el oponente *finalista* de Mezger, señalaba en la década de los años de 1970 que la dogmática jurídico penal se había

constituido en importante muro de contención contra las posibilidades de manipulación política, incluso —y especialmente— durante el régimen nazi. En consecuencia, la dogmática jurídico penal se erigía en pilar fundamental de la ciencia jurídica: la enseñanza del Derecho penal se debía restringir a la exposición dogmática; ella es la que verdaderamente le otorgaría el carácter «científico y serio» y situado por encima de los tiempos y los avatares políticos. Y, sin duda, ese fue el planteamiento que dominó la ciencia alemana del Derecho penal en las décadas de los años de 1950, 1960 y 1970 (y, por su influencia, dominó también en otros países, particularmente en España y América Latina). Se construyó así un Derecho penal «neutro» y la polémica entre *causalistas y finalistas* se convirtió «en una especie de guerra civil *entre, por y para penalistas*»[54] (Muñoz Conde *op. cit.*).

Sin embargo, pese a la pretensión de Welzel y de toda la tradición «neutra y científica» iniciada entonces, Muñoz Conde recuerda que...

> No sé hasta qué punto Welzel estaba convencido de que sus planteamientos dogmáticos estaban por encima de las tendencias político-criminales que le tocó vivir en la primera etapa de su vida académica [...]. Como es sabido, el reproche más firme que se ha hecho a su teoría es precisamente que, desde el punto de vista político-criminal, favorecía el *Derecho penal de la voluntad* patrocinado por los penalistas nazis más destacados, al subjetivizar en demasía el concepto de ilícito o injusto, preconizar que la tentativa sea castigada con la misma pena que el delito consumado, ampliar la punibilidad de la tentativa idónea a casos rayanos en la tentativa irreal o el delito imposible; tesis que evidentemente son más afines, en todo caso, a un Derecho penal autoritario que a un Derecho penal liberal. Desde luego, se hace difícil admitir que la dogmática jurídico penal que surgió en Alemania en los umbrales del siglo XX, en plena expansión del Imperio prusiano, regido por la férrea mano del Canciller Otto von Bismarck, haya llegado hasta nuestros días y atravesado todo el siglo XX sin más incidencias en su evolución que las motivadas por su propia dinámica; y que momentos tan dramáticos como los de las Guerras Mundiales y situaciones políticas tan distintas como la República de Weimar, el nacionalsocialismo, la división en dos Estados y la posterior reunificación a finales del siglo XX no hayan dejado ninguna huella, ni influido en su elaboración. Y aún más difícil todavía es admitir que esa Dogmática puede estar no sólo por encima del tiempo, sino del espacio y ser utilizada como un instrumento aséptico en cualquier lugar, independien-

54. Las cursivas son nuestras.

temente de las particularidades políticas, sociales, culturales y económicas del respectivo país [*op. cit.*: 93].

Evidentemente, la polémica entre *causalistas y finalistas* se va entonces situando en un plano específico, que no es otro que el rol ideológico que cumplió en una doble dirección: primero, para echar un manto de olvido sobre el horror del papel que cumplió la ciencia penal en el pasado nazi y, posteriormente, de paso, para edificar un pretendido Derecho penal apolítico, neutro y científico en cuyo seno no tengan cabida debates —y verdaderos cuestionamientos— de índole político-criminal. Esta posición ha sido, sin duda, la que ganó la batalla, al menos la de la enseñanza de la disciplina en las Universidades europeas y latinoamericanas. Pero conviene no olvidar nunca, entonces, las raíces ideológicas autoritarias de las que ha emergido una ciencia penal semejante.

Finaliza Muñoz Conde señalando que esa dirección hegemónica y pretendidamente neutra, estuvo presente en Alemania hasta finales de la década de los años de 1960 cuando, en un ambiente más liberal y comprometido con los derechos humanos, se modificarían ciertas posiciones (cr. *op. cit.*: 107). En efecto, esos son los años del gobierno de coalición presidido por Billy Brandt quien, durante el dominio nazi, había vivido en el exilio de Noruega. Desde el punto de vista política criminal, es la época del emerger de Claus Roxin, quien recuperará la presencia de la política criminal en un sentido nuevamente integrador con la dogmática jurídica, en el intento de construir un modelo penal propio de un Estado no sólo de Derecho, sino también Social. Pero ello es parte de un desarrollo histórico que será presentado más adelante.

SEGUNDA PARTE

CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y POLÍTICA CRIMINAL: INICIOS, DESARROLLOS Y CRISIS

CAPÍTULO IV

PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Iñaki Rivera Beiras

1) Orígenes de la cultura del *welfare*. Teoría del Estado, política criminal y cambios de paradigmas

Recuerda Ferrajoli (2001), a propósito de abordar el problema de los fundamentos del derecho a castigar, que fue en el terreno del Derecho penal donde, en los siglos XVII y XVIII la filosofía del iusnaturalismo racionalista, libró sus batallas contra el despotismo represivo e inquisitivo del Antiguo Régimen y fue definiendo los valores de la civilización jurídica moderna y las líneas maestras del Estado de Derecho: el respeto a la persona humana, los valores de la vida y de la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la tolerancia y la libertad de conciencia y de expresión y la primera función del Estado protector de unos derechos. Posteriormente, diversos factores contribuyeron a intentar desmoronar aquel edificio de la Modernidad. El autor italiano menciona, entre los más relevantes, el repliegue reaccionario del pensamiento liberal de fin del siglo XIX; una burda epistemología positivista basada exclusivamente en la aproximación acrítica al solo «derecho que es»; una suerte de paradójica «naturalización» del derecho penal como fenómeno externo e independiente de la obra de los juristas, susceptible de conocimiento o a lo sumo de explicación, pero no de justificación o de deslegitimación; y por ello la reducción de su legitimación externa o política a la interna o jurídica o la confusión de su justicia con su mera existencia.

En el terreno político-criminal, el siglo XIX, en su segunda mitad, presentó un panorama novedoso en distintos escenarios. Desde la Scuola Positiva italiana[1] a la Escuela de Marburgo alema-

1. Cfr. Garófalo (1912) en *La Criminología*.

na,[2] o desde el *Correccionalismo* español[3] a la *New Penology* de los EE.UU.[4] (tras las experiencias del reformatorio de Elmira), una nueva racionalidad punitiva se iba imponiendo, como traducción penal del paradigma etiológico de la criminalidad. Los Congresos Penitenciarios —tanto los primeros europeos y norteamericanos, cuanto, posteriormente, los de carácter internacional— constituyeron el escenario más emblemático de representación del nuevo saber «científico, criminológico y penológico». En efecto, las cuestiones allí debatidas no sólo revelaron la nueva fe en la corrección de las patologías individuales a través del sistema penal, sino que aquellos debates (y aquellas creencias) fundaron el nuevo saber científico. Sus debates sobre arquitectura penitenciaria, régimen y primeras formas de tratamiento de la criminalidad, o los problemas derivados del alcoholismo, la pornografía, y prostitución (como «nuevas» causas del comportamiento desviado), el tratamiento de los enfermos mentales y la organización de los manicomios, los problemas derivados de la juventud y la creación de los primeros reformatorios, o las discusiones sobre la justificación de penas y de medidas de seguridad (tanto en el ámbito adulto cuanto en el minoril que se estaba por entonces edificando), llevaron incluso a la defensa político-criminal de las condenas (más o menos) indeterminadas, en unos ámbitos geográficos más que en otros.[5] El modelo correccionalista vivía su momento de esplendor que se extendería hasta el surgimiento —en Europa— de los totalitarismos nazi y fascista,[6] los cuales edificarían los sistemas penales de signo más autoritario del siglo XX (Jiménez de Asúa, 1965).[7]

Los desastres bélicos de la II Guerra Mundial, el Holocausto judío y la tarea de reconstrucción europea iniciada a partir de 1945 marcaron —al menos para la Europa continental— el inicio de una nueva forma-Estado con un modelo constitucional heredero

---

2. Cfr. Franz von Liszt (1995) en *La idea del fin en el Derecho penal: Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*.

3. Cfr. Cuello Calón (1958) en *La moderna penología (represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas: su ejecución)*.

4. Cfr. Rothman (1980), en *Conscience and Convenience. The asylum and its alternatives in progressive America*.

5. En los EE.UU. la adopción de diversos modelos de indeterminación de la pena —desde finales del siglo XIX hasta hace pocos años— revela, con mucha más fuerza que en el mundo jurídico continental europeo, la profunda fe en el modelo rehabilitador.

6. E, inmediatamente seguidos por los modelos autoritarios de la Francia ocupada y las dictaduras imperantes por décadas en Portugal y en España.

7. Como ha señalado Jiménez de Asúa, mientras aquel Movimiento Reformista continuaba con su *evolución* en los EE.UU. bajo un signo político liberal, Europa, en las primeras décadas del siglo XX, conoció una *involución* política y, por ende político-criminal. El autoritarismo, comenzaba a despuntar (*op. cit.*).

de la *Resistenza* (en el particular caso italiano) de quienes habían sufrido en sus entrañas los efectos del derecho penal autoritario mencionado. En efecto, la Constitución italiana inauguraba el movimiento del llamado «constitucionalismo social» que, como se verá, acogería una tradición propia del *welfare* en una reinterpretación adaptada a la cultura jurídica continental europea, todo lo cual tuvo decisivas implicancias en las formas de legitimar la intervención jurídico penal. Esto requiere una explicación.

2) **Modelos para el bienestar: tradición inglesa/ norteamericana y tradición continental europea**

Para hablar de los orígenes de la cultura del *welfare*, habría que remontarse a la importancia que desde la segunda mitad del siglo XIX fue adquiriendo la llamada «cuestión social» (nacimiento del «movimiento» obrero, primeras luchas colectivas, nacimiento del sindicalismo, etc.). En la Inglaterra del año 1900 empieza a aparecer una primera e importante legislación social/fabril. También en la Alemania de fin del XIX —Bismarck— se crean los primeros programas de seguros obligatorios contra la enfermedad e invalidez. En este rápido bosquejo, puede señalarse que a esa tendencia por atender la «cuestión social», le seguirían las legislaciones de Dinamarca y Suiza de los primeros años del siglo XX. Nacía así una primera forma de *welfare* que, para desarrollar ese «asistencialismo», debía acudir a un recurso principal: la recaudación fiscal de impuestos.

En tal sentido, puede afirmarse que asistencia social moderna y recaudación impositiva, nacen en una relación contemporánea. Empieza a concebirse la idea de que el Estado debe asumir la responsabilidad de mantener unos mínimos vitales para el conjunto de la población mediante una concentración de «recursos» y una dispersión de los «riesgos». La «seguridad social» en sentido amplio, trata de cubrir el conjunto de la población del país redistribuyendo parte de los excedentes mediante una fiscalidad directa y progresiva.

Ahora bien, las primeras teorizaciones sobre el sostén financiero del modelo *welfare*, vendrían de la mano del concepto de «Estado Fiscal», gracias a dos autores decisivos. En efecto, como ha revelado Gough (1979), Goldscheid en 1917 y Schumpeter en 1918 destacarán la importancia de los estudios de sociología fiscal al reconocer que la historia fiscal de un pueblo es parte esencial de su historia general (la idea del «Presupuesto como esqueleto del Estado»). Schumpeter afirmará que el espíritu de un

pueblo, su nivel cultural, su estructura social, los hechos que pueden determinar su política, todo esto y más, está escrito con claridad en su historia fiscal y sin retórica de ningún tipo.[8] Como consecuencia de estos enfoques surgió la expresión «*Estado fiscal*» (nexo indudable entre Estado e impuestos).

La recaudación de impuestos, como pilar fundamental del nuevo Estado, requirió, a su vez, de una fuente de legitimación que justificara el poder —incluso coercitivo— que el Estado asumía en dicha tarea. La *doctrina de la relación de sujeción general* brindó su soporte teórico-político (al tiempo que dibujó para siempre la posición asimétrica, y subordinada, de los ciudadanos respecto del Estado). En efecto, como ha destacado Lasagabaster la *doctrina de la relación de sujeción general* constituye una típica institución del Derecho público (fundamentalmente administrativo) originada en la segunda mitad del siglo XIX en Alemania en un momento de transición en que se solapaban el principio monárquico y el de la soberanía popular (1994: 26). También Santi Romano, hace poco más de un siglo, señalaba que las relaciones entre Estado y los «súbditos» se resuelven en un «derecho general de supremacía» (cfr. 1900) del primero sobre los segundos que se encuentren en su territorio; en síntesis: los súbditos debían contribuir, con sus impuestos, a las arcas del Estado para que éste, gracias a la recaudación, pueda garantizar ciertos servicios públicos.[9] La prestación de estos últimos se erigió, entonces, en fuente de legitimación para la potestad recaudatoria del Estado (incluso por la vía coercitiva).[10]

Con estas contribuciones, las primeras formas del *welfare* presentaron ciertas características: el Estado empezó a ser más intervencionista en la regulación del mercado de mercado; las huelgas, los sindicatos y la primera legislación social comenzaron a ser entendidos como parte de la «cuestión social» que el Estado debía regular y «proteger»; la regulación del trabajo, horarios, descanso, vacaciones, derechos sociales incipientes, etc., marcaron así una primera forma de «asistencialismo».

Las manifestaciones del mismo, en la cultura política y económica de los EE.UU. e Inglaterra de fines del XIX y primeras déca-

---

8. Cfr. Gozzi (1990: 1106).

9. En igual sentido, Garrido Falla 1987: 170.

10. Mayer representa el mayor exponente de la teoría comentada en el Derecho público alemán del siglo XIX. Indicaba este autor (en la 3.ª edición de su *Derecho Administrativo alemán*, publicado en 1924) que «*sujeción*, significa vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior. En este sentido, la relación entre el Estado y el súbdito es un vínculo de sujeción importante» (1982, vol. I: 136).

das del XX, se orientaron en esa dirección. En cambio, el asistencialismo europeo continental (nacido con Bismarck en Alemania a fin del XIX) sufrió, como ya se mencionó, una abrupta ruptura con el surgimiento de los totalitarismos europeos (URSS, Alemania, Italia, España, Portugal, la Francia de Petain...) que desembocaron en el Holocausto y en la II Guerra Mundial, además de la proliferación dictatorial. Como es sabido, al término de la II Guerra Mundial Europa quedó devastada. Debía comenzar entonces, la tarea de la reconstrucción europea, la cual se basó en dos grandes presupuestos: la cooperación internacional (que debía servir para reconstruir el continente y mejorar la calidad de vida de los habitantes) y, como después se verá, el inicio de un derecho internacional de los derechos humanos (como tarea inseparable de la reconstrucción, que evitase para siempre la repetición de los desmanes). La recuperación «modernizada» del Estado del Bienestar sería retomada y se entendería por éste como...

> [...] el conjunto de servicios sociales provistos por el Estado, en dinero o en especie, así como la regulación de actividades privadas de individuos o empresas [Gough 1979: 22].

En el terreno político-criminal, y en relación al constitucionalismo social de post-guerra (que consagró la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho), Ferrajoli defiende la tesis de que en la segunda mitad del siglo XX ha tenido lugar un auténtico «cambio de paradigma» en el derecho positivo de las democracias avanzadas, el cual impone una revolución epistemológica en las ciencias penales y, en general, en la ciencia jurídica en su conjunto. Como se verá enseguida, tal cambio de paradigma en la estructura del derecho positivo se ha producido, en Europa, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, gracias a las *garantías de rigidez de las Constituciones* introducidas con la previsión de procedimientos especiales para su revisión, además del control de legitimidad de las leyes por parte de tribunales constitucionales (*op. cit.*: 22-23).[11] Y no es casual que todo ello haya tenido lugar tras la derrota del fascismo y del nazismo.

Como indica el autor italiano, en el clima cultural y político que acompañó el nacimiento del constitucionalismo actual —la Carta de la ONU de 1945, la DUDH de 1948, la Constitución italiana de

11. Si bien, las garantías de rigidez habían sido conocidas en diversos ejemplos, antes, no fue hasta después de la II Guerra Mundial, cuando la idea de un sólido techo constitucional —siempre por encima de la legalidad ordinaria— penetró en la cultura jurídica y en el sentido común.

1948 y alemana de 1949— se tomó consciencia de que el consenso de las masas en el cual también se habían fundado las dictaduras fascistas no bastaba para garantizar la calidad de un sistema político y, en consecuencia, se volvió a descubrir el significado y el valor de la Constitución como límite y vínculo de cualquier poder, incluso mayoritario. En consecuencia, se construía de ese modo una estructura del ordenamiento jurídico mucho más compleja y con una doble artificialidad: 1) no sólo por el carácter positivo de las normas producidas (que es el rasgo específico del Positivismo Jurídico); 2) sino también por su sujeción al derecho (que es precisamente el rasgo típico del Estado Constitucional de Derecho). Y, en este último, la producción jurídica misma se halla disciplinada por normas de derecho positivo no sólo en lo que hace a su procedimiento de formación, sino también a sus contenidos.

A este sistema de legalidad, Ferrajoli le denomina como modelo o sistema garantista (*op. cit.*: 25):

> [...] gracias a él, el derecho contemporáneo no sólo programa sus formas de producción (a través de procedimientos sobre formación de las leyes) sino que, además, programa sus contenidos sustanciales [...] [*ibídem*],

vinculándolos normativamente a los principios, valores y derechos inscritos en sus Constituciones mediante técnicas de garantía que la cultura jurídica tiene el deber de elaborar.[12] Ferrajoli considera que aún no somos plenamente conscientes del alcance revolucionario del aludido cambio de paradigma que es,

> [...] sin duda, la mayor conquista jurídica del siglo: una suerte de segunda revolución que cambia, junto con la estructura del derecho, el papel de la Ciencia jurídica, el de la Jurisdicción, la naturaleza de la Política y la propia calidad de la Democracia.[13] Como

---

12. Ferrajoli recuerda así las clásicas preguntas relativas a la legitimación del derecho penal: «¿cuándo y cómo prohibir, juzgar y castigar?» Tales interrogantes que se vinculan con el problema de la legitimación de ese «terrible derecho» (en alusión al *ius puniendi*), se resuelven ahora por los principios garantistas de las Constituciones: lesividad y materialidad de los delitos; garantías del juicio; carga acusatoria de la prueba; derechos de la defensa. Todos los cuales han dejado de ser principios teóricos para convertirse en normas jurídicas vinculantes para el legislador (auténtica política criminal del garantismo penal).

13. La primera revolución, en el campo de la construcción de la Modernidad, fue la idea de la construcción de la *mera* legalidad. Consecuencia de ello, fue la omnipotencia del legislador. Así, en oposición a las viejas consideraciones iusnaturalistas, se logró la identificación de la validez de las leyes con su positividad, es decir, con su producción según las formas previstas en el ordenamiento con la consiguiente garantía de la certeza del derecho y de la sujeción a la ley del poder judicial. La ciencia

> consecuencia de ello, en el Estado constitucional de Derecho, el legislador ya no es omnipotente: las leyes no sólo serán válidas por su procedimiento de creación, sino por ser coherentes con los principios constitucionales. Y también dejaría de ser omnipotente la Política: también ella y la legislación («que es su producto»), quedarán subordinadas al derecho. El cambio es total: «ya no será el Derecho el que pueda ser concebido como instrumento de la política, sino que la política ha de ser asumida como instrumento para la actuación del Derecho [*op. cit.*: 27].

En un marco semejante, el sistema penal —garantista— y las penas, seguirán siendo justificados en aras al cumplimiento de viejas (y nuevas) utilidades. En efecto, frente a la aspiración resocializadora y rehabilitadora de viejo cuño, Ferrajoli le adjudicará a la pena la función de ser útil para evitar que el infractor penal reciba un castigo informal (espontáneo, salvaje) y, en todo caso, superior al daño que le ocasione la pena legal. En esa función de minimización de daños —que revela, en el ámbito punitivo, la aspiración garantista de velar por los derechos fundamentales— reside la nueva fuente de legitimación. Junto a ello, la necesidad de superar las opciones custodiales y de limitar temporalmente a las existentes, completa el cuadro señalado.

Mas, todo ello, como es bien sabido, requeriría de apoyos, inversiones y gasto del Estado Social. Como se verá más adelante, ese cimiento sería justamente el que empezaría a flaquear.

3) **El nuevo «orden planetario» tras el final de la II Guerra Mundial**

a) *La Organización de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos*

Como afirma Morenilla Rodríguez, la internacionalización de la protección de los derechos humanos es un hecho histórico reciente que suele situarse generalmente en las postrimerías de la II Guerra Mundial, como efecto de las masivas violaciones de derechos y libertades fundamentales realizadas por el nazismo antes y durante la guerra.

---

jurídica se hacía dogmática, o vinculada a los dogmas de la ley. La segunda revolución, tras el fin de la II Guerra Mundial, tuvo lugar con las instituciones rígidas que completaban el paradigma del Estado de Derecho o sea, la sujeción a la ley de todos los Poderes Públicos, incluso de la mayoría, que se subordina, también él, al derecho, más precisamente a la Constitución. Y no sólo en cuanto a las formas sino en relación a los contenidos.

> Resultó entonces manifiesta la estrecha relación entre el Estado democrático de derecho y el respeto a los derechos del individuo, entre el reconocimiento y protección de esos derechos y la estabilidad interna de un país, así como que la protección de los derechos humanos no era exclusivamente un problema interno —como desde el siglo XIX se venía creyendo— sino que afectaba directamente a las relaciones internacionales y, a la postre, a la paz mundial [1988].

En este contexto, las potencias aliadas se reunieron en la Conferencia de San Francisco en 1945 —cuando se vislumbraba el final de la II Guerra Mundial— y elaboraron la Carta de las Naciones Unidas (que se firmó el 26 de junio de 1945) estableciéndose la Organización de las Naciones Unidas para asegurar la paz internacional. En desarrollo de esta finalidad, el 10 de diciembre de 1948, fue proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos para que, tal y como dijo el Presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas ese mismo día,

> [...] millones de hombres, mujeres y niños de todo el mundo, a muchos kilómetros de París y de New York, puedan recurrir a este documento en busca de ayuda, guía e inspiración [Amnistía Internacional, 1988].

A pesar de tan esperanzadoras palabras, la tutela efectiva de los derechos reconocidos en la Declaración encontró varios obstáculos que se derivaban de diversos aspectos. En primer lugar, la Declaración carecía de fuerza obligatoria para los Estados. En segundo lugar, tampoco contaba con un sistema de protección internacional que pudiese garantizar su cumplimiento ante la fuerte resistencia de los Estados a renunciar a sus concepciones nacionalistas y, en consecuencia, a aceptar una forma de control supranacional de sus asuntos internos.[14]

Además, el progresivo empeoramiento de las relaciones entre los antiguos aliados y la división del mundo en bloques, junto a las profundas desigualdades sociales, económicas y culturales, hacían muy difícil o ilusoria la idea del Preámbulo de la Declaración de 1948 orientada a que «tanto los individuos como las instituciones..., promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren... su reconocimiento y aplicación universales».

---

14. Para un análisis detallado en torno al contexto histórico en el cual se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, puede consultarse, por todos, la obra de Peces Barba, *Derechos Fundamentales*, Ed. Latina Universitaria, Madrid, 1980.

Pese a todo ello, la Declaración supuso la plasmación de toda una serie de derechos fundamentales y de garantías que, posteriormente, y a través de distintos procesos, se han ido incorporando en textos normativos tanto internacionales como nacionales.[15] Como más adelante se tratará, en el caso de España por ejemplo, la Constitución de 1978 hace un expreso reconocimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando estipula que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, habrán de interpretarse de conformidad con la Declaración (junto a los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España).[16] Y, por aplicación de lo dispuesto en el art. 53.1 y 2, ello vincula a los poderes públicos pudiendo cualquier ciudadano, en consecuencia, recabar la tutela de los derechos contenidos en la Declaración.[17]

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

Aclarada, pues, la limitación apuntada, es necesario efectuar una enumeración que, aunque señalada aquí de forma escueta,

---

15. En este sentido, supone más una declaración «programática» que un conjunto de disposiciones de aplicación directa y obligatoria.

16. Véase el art. 10.2 de la Constitución Española de 1978.

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

mencione los principales derechos fundamentales que la Declaración Universal consagra para el tema que aquí interesa. Y ello porque resulta incuestionable que, tras el final de la II Guerra Mundial, la Declaración de 1948 marcó el inicio de unos *principios rectores de actuación* que —al situarse en el ámbito de la ONU— fundaban hace poco más de cincuenta años un nuevo orden planetario. Con el recuerdo fresco de los horrores vividos poco antes, la Declaración de 1948, sintéticamente, mencionaba los siguientes principios/derechos fundamentales:

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

En efecto, como puede observarse fácilmente, los principios de un nuevo orden planetario —en el terreno político, pero también en el social, laboral y cultural—, se estaban sentando.

b) *El surgimiento de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

Una vez proclamada la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y al carecer la misma de fuerza obligatoria para los Estados —además de no contar, como ya se mencionó, con un sistema de protección internacional que asegurase su cumplimiento—, la Asamblea General de las Naciones Unidas intentó la adopción de diversos Pactos Internacionales para paliar las carencias y dificultades señaladas.[18]

Recién el 19 de diciembre de 1966 se promulgaron —no sin esfuerzo— dos Pactos internacionales: el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el de Derechos Civiles y Políticos. Pero, en realidad, tal y como Morenilla Rodríguez apunta, «el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos no entró en vigor hasta el 3 de enero de 1976 y el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hasta el 23 de marzo de 1976, luego de conseguir ambos las treinta y cinco ratificaciones que para su entrada en vigor requerían los arts. 49 y 91, respectivamente» (*op. cit.*: 17).

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

Como afirma Morenilla Rodríguez,

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

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

tector sin aceptar el mecanismo de control internacional que hace posible esa difusa protección [*op. cit.*: 17].

Dentro de este marco internacional, relativo a las Naciones Unidas —y al margen de los dos Pactos Internacionales ya señalados— se han ido elaborando una serie de Convenios sobre aspectos concretos dentro de este verdadero Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como el Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio (de 9 de diciembre de 1948), la Convención sobre el estatuto de los refugiados (de 28 de julio de 1951), el Convenio sobre los derechos políticos de la mujer (de 20 de diciembre de 1952), la Convención complementaria del Convenio sobre la esclavitud de 25 de septiembre de 1926 (de 7 de septiembre de 1956), las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (de 31 de julio de 1957), la Declaración sobre derechos del niño (de 1959), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (de 21 de diciembre de 1965), la Convención internacional contra la toma de rehenes (de 17 de diciembre de 1979), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (de 18 de diciembre de 1979), o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (de 10 de diciembre de 1984). A ellos habría que añadir los textos internacionales de carácter laboral y educativo, tales como los Convenios 45 (de 21 de junio de 1935), 87 (de 9 de julio de 1948), 98 (de 1 de julio de 1949), 138 (de 26 de junio de 1973), o el 151 (de 27 de junio de 1978), todos ellos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como, así mismo, la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza (de 14 de diciembre de 1960).

Baste, por el momento, esta mera enunciación de normas internacionales generales. Quedarían por analizar multitud de cuestiones en torno a las mismas: los procesos e ideologías que estuvieron en la base de su elaboración, el valor jurídico de las normas internacionales, los mecanismos de protección de las mismas, etc.[19]

Por último, señalar que este Derecho Internacional de los Derechos Humanos tuvo posteriormente un desarrollo «regional». Así, en el caso de América, la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó varios documentos importantes en materia de Derechos Humanos: la Carta de Bogotá, la Declaración americana

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

de los derechos y deberes del hombre, el Pacto de San José de Costa Rica y la Carta interamericana de garantías sociales. La Convención americana sobre derechos humanos fue aprobada en 1969 y entró en vigor en 1978, creando dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Amnistía Internacional, 1983).

En el caso de África, los Jefes de Estado de la Organización de la Unidad Africana (OUA), decidieron la redacción, en 1979, de una «Carta de los Derechos Humanos y de los Pueblos».

En el caso de Europa, como luego se verá, el Consejo de Europa adoptaría el 4 de noviembre de 1950, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales que será analizado con detalle más adelante.

A continuación se analizarán algunas de las disposiciones de la normativa internacional señalada, en lo que a sus repercusiones político-criminales se refiere, dentro del nuevo orden mundial que por entonces se estaba fundando.

b.1) *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

En primer lugar, y por lo que respecta a la vigencia de este Pacto en España, se ha de señalar que el mismo fue publicado en el B.O.E. n.º 103, de 30 de abril de 1977 formando, pues, parte del ordenamiento jurídico español. Desde el punto de vista político penal, interesa destacar aquí los siguientes derechos y libertades fundamentales reconocidos en este Pacto Internacional:

- *El derecho a la vida:* se halla consagrado en el art. 6 al señalarse que «el derecho a la vida es inherente a la persona humana». A continuación, se dispone que «este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente». El n.º 2 del art. 6, en referencia a aquellos países «que no hayan abolido la pena capital», establece que sólo podrá imponerse ésta por los delitos más graves y de conformidad con las leyes que estén en vigor en el momento de cometerse la infracción penal (en aplicación del principio de legalidad). El párrafo 4.º de este artículo reconoce el derecho de todo condenado a muerte de solicitar el indulto o la conmutación de la pena, medidas que «podrán ser concedidas en todos los casos». Se prohibe, en todo caso, la pena capital para menores de dieciocho años y mujeres embarazadas (art. 6.5).
- *Prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*: esta garantía fundamental se consagra en el art. 7 del Pacto Internacional. La utilización de los términos «*nadie* será sometido a...», no tiene ninguna limitación ni restricción poste-

riores; se reconoce, pues, para todas las personas. Y se añade, finalmente, que «en particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos», en claro recordatorio y/o advertencia a los crímenes del nazismo.

• *Prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos u obligatorios*: el art. 8 establece estos derechos fundamentales pero, algunos de ellos, contienen excepciones. El n.°1 del citado precepto establece que «nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidos en todas sus formas». Por su parte, el n.° 2 dispone que «nadie estará sometido a servidumbre». Como puede observarse, estas dos normas no contienen restricción ni limitación algunas, siendo por ello aplicables a todos. No sucede lo mismo con el n.°3 del art. 8 que, tras establecer que «nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio», dispone a continuación que los trabajos forzados que se desarrollen durante la ejecución de una pena de prisión no infringirán el precepto anterior, siempre y cuando la pena sea impuesta por un tribunal competente, y la misma lleve aparejado el desarrollo de tales trabajos forzados. Así mismo, tampoco se considerarán así (a los efectos de estas disposiciones) «los trabajos o servicios que... se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada o de una persona que habiendo sido presa, en virtud de tal decisión, se encuentra en libertad condicional».

• *El derecho a la libertad:* El mismo se encuentra reconocido para «*todo* individuo» en le art. 9.1 del Pacto Internacional. A continuación, se dispone que «nadie podrá ser sometido a detención a prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido por ésta». Inmediatamente se consagran una serie de garantías de tipo procesal-penal. Las primeras se refieren a los derechos de la persona detenida los cuales pueden sintetizarse del modo siguiente: derecho a ser informado de las razones de la detención y acusación (art. 9.2); derecho a ser conducido, sin demora, a presencia judicial (art. 9.3); derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad (art. 9.3); derecho a recurrir a un tribunal contra la detención (art. 9.4); derecho a una reparación en caso de detención ilegal (art. 9.5). Las demás garantías se refieren al proceso penal con independencia de que la persona esté o no en prisión. Se trata de las siguientes: derecho a la presunción de inocencia (art. 14.2); derecho a ser informado de la acusación en una lengua que comprenda (art. 14.3,a); derecho de defensa (art. 14.3,b y d) que incluye la defensa de oficio gratuita; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (art. 14.3,c); derecho a inte-

rrogar a testigos (art. 14.3,e); derecho a contar con un intérprete ante el tribunal (art.14.3,f); derecho a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (art.14.3,g); derecho a presentar un recurso contra la sentencia ante un tribunal superior (art. 14.5); derecho a una indemnización por error judicial (art. 14.6); prohibición de la doble punición (*non bis in ídem*) (art. 14.7).

• *Legalidad en el cumplimiento de las penas privativas de la libertad*: El art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene una serie de disposiciones específicamente referidas a la forma que ha de revestir la privación preventiva de la libertad. Se trata de una garantía que, como consecuencia de la aplicación del principio de legalidad (recogido en el art. 15), se traduce en este caso en la estipulación de unos requisitos mínimos que han de cumplirse en el ámbito penitenciario. Es importante señalar, por otra parte, que el precepto que a continuación se analizará establece, asimismo, varias disposiciones que —por lo que estrictamente se refiere a la privación de la libertad— ya habían sido estipuladas por las Reglas Mínimas aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 31 de julio de 1957 (por Resolución 663 C), las cuales serán objeto de un análisis exhaustivo posteriormente. En primer lugar, el n.º1 del art.10 del Pacto Internacional, contiene una disposición de carácter general al estipular que «toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano». Se trata, pues, de una norma que habrá de servir como orientación para todas aquellas regulaciones, actividades administrativas, decisiones jurisdiccionales, etc., que se refieran al ámbito penitenciario. A continuación, en el n.º 2 del art. 10, se establecen una serie de estipulaciones que, por la profunda importancia que las mismas revisten en el interior de una cárcel, conviene analizar separadamente:

1) Se establece la obligación de que los reclusos «preventivos» estén separados de los «penados». En este sentido, el apartado *a*) del art. 10.2 dispone que «los procesados estarán separados de los condenados». La utilización del término «procesados» no puede referirse más que a aquellos individuos que, estando en la cárcel, no han sido todavía juzgados. En virtud del mandato contenido en esta disposición, ellos han de estar «separados» (físicamente, ha de entenderse) de quienes ya han sido condenados por un tribunal. Esta separación ha de respetarse escrupulosamente, «salvo en circunstancias excepcionales» según dispone este apartado, introduciendo una excepción a la regla general que ha de ser la separación entre unos y otros. Por ello, entiendo

que a pesar de la inconcreción de esas «circunstancias excepcionales», ello ha de interpretarse en el sentido de no hacer habitual lo que es excepcional; es decir, no puede admitirse —a la vista de esta disposición— la convivencia prolongada entre reclusos «preventivos» y «penados» alegándose razones de masificación de un Centro Penitenciario, por ejemplo.

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

3) El siguiente apartado se refiere a la situación de los menores de edad que se encuentran privados de su libertad. La letra b) del art. 10.2 establece que «los menores procesados estarán separados de los adultos». Hay que señalar que, en este caso, la garantía reconocida no posee excepción alguna, a diferencia del supuesto anteriormente comentado. No se establece, de todos modos, qué ha de entenderse por «menores» lo cual habría sido importante de determinar por el hecho de que en numerosas legislaciones nacionales la mayoría de edad penal no coincide con la civil, tal y como sucede en España.

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

En el apartado n.º 3 del art. 10 se establece que «el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados». La redacción de esta disposición traduce las por entonces «modernas» orientaciones acerca de la idea del tratamiento terapéutico de los condenados.[20] Asimismo, la parte final de esta disposición estipula que «los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica. Evidentemente, esta norma se orienta sólo a los menores que ya estén condenados, excluyéndose a quienes estén en calidad de «preventivos». No se entendería de lo contrario, que la finalidad de ese tratamiento fuese la «reforma y readaptación social», por aplicación de la presunción de inocencia. Parecería, pues, que el propósito fundamental de esta disposición no es otro que el de insistir en el diferente tratamiento que ha de dispensarse a menores y a adultos recluidos.

La idea que, entiendo, subyace en todas estas estipulaciones es la de que la ejecución de las penas privativas de libertad (y, asimismo, la simple estancia en la cárcel de aquellos sujetos que aún no han sido juzgados) ha de ajustarse a la legalidad, ha de observar toda una serie de requisitos legalmente establecidos. Sobre esta idea central se volverá repetidamente en este trabajo cuando, posteriormente, se analicen las normas que de modo específico regulan la vida en las penitenciarias, la jurisprudencia que ha ido configurando el alcance y límite de las disposiciones legales, y la realidad que, cotidianamente se sucede en el interior de los centros de reclusión institucional.

• *Algunos Principios Generales del Derecho de trascendencia político-criminal*: El Pacto Internacional se refiere, en diversos artículos, a los principios generales del derecho. Interesa aquí destacar el claro reconocimiento de dos de ellos: el principio de igualdad, y el principio de legalidad. El primero viene estableci-

---

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

do en los arts. 14.1 y 26. El art. 14.1 se refiere a la igualdad de todas las personas «ante los tribunales y cortes de justicia». A continuación se especifican los derechos de todo individuo «en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal...» algunos de los cuales ya se analizaron antes aquí. Los que ahora se agregan, pues, son los siguientes:

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

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

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

Por lo que respecta al *principio de legalidad*, el art. 15.1 establece que «nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello». El primer aspecto de esta disposición se refiere a los actos u omisiones delictivas (que no podrán castigarse penalmente si no tenían tal carácter cuando fueron cometidos) y a las penas a imponer por los mismos (las cuales han de ser aquellas que la ley preveía en el momento de la comisión del hecho). El segundo aspecto que, en materia penal es consecuencia del principio de la ley más beneficiosa al reo, establece la posibilidad de aplicar retroactivamente una ley (penal, y más beneficiosa) como única excepción al principio general de irretroactividad de las leyes.

El n.º 2 del art. 15 contiene una excepción genérica al principio de legalidad al disponerse que, a pesar de lo establecido en relación al mismo, no se violará el principio de legalidad —judicial y penal— si los actos u omisiones cometidos «fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional». Con esta amplísima excepción a un principio tan fundamental, como lo es el de legalidad, se le priva

al mismo de gran parte de su eficacia. En otra parte, esta misma excepción será recogida posteriormente en Tratados Internacionales de ámbito más restringido, o regionales, tal y como se hará notar en su momento.

• *Derecho a la libertad de expresión*: Se encuentra reconocido en el art. 19.2 del Pacto Internacional. Su ubicación hace pensar que, en realidad, se trata de una consecuencia de la disposición contenida en el n.º 1 del mismo precepto, que establece que «nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones». Según dispone el art. 19, el derecho a la libertad de expresión supone el ejercicio y disfrute de varias libertades individuales: la de «buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección». A pesar de este amplio reconocimiento, en el apartado 3 del art. 19, y tras establecerse que el ejercicio de estos derechos entraña «deberes y responsabilidades especiales», se consignan ciertas limitaciones al mismo: *a*) «para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás»; *b*) «para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas». Estas posibles limitaciones al derecho a la libertad de expresión han de estar, «sin embargo, fijadas por la ley».

• *Prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en la correspondencia*: Esta garantía halla su reconocimiento en el art. 17.1 y 2 del Pacto Internacional. A la protección al secreto de la correspondencia se añaden la vida privada, la familia, el domicilio, la honra y la reputación de las personas.

• *Derecho de reunión pacífica y de asociación*: El primero viene reconocido por el art. 21, exigiéndose como único requisito para el ejercicio del mismo, su carácter «pacífico» con exclusión, en consecuencia, de las reuniones «violentas». El mismo precepto señala que este derecho puede ser restringido, legalmente, en interés de: *a*) la seguridad nacional; *b*) la seguridad pública o el orden público; *c*) la protección de la salud o la moral pública; *d*) las libertades de los demás.

El derecho de asociación se recoge en el art. 22 del Pacto Internacional, cuando en su n.º 1 se establece la posibilidad de «asociarse libremente con los demás». Asimismo, a continuación se completa con el «derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses». También, en su momento, y por lo que al ámbito penitenciario se refiere, se analizará el posible ejercicio de estos derechos fundamentales por la población reclusa, las disposiciones normativas en torno a los mismos, y,

especialmente, las discusiones parlamentarias y las enmiendas presentadas a los proyectos de leyes penitenciarias, en lo que a este tema se refiere.

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

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

b.2) *El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*

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

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

> Estado cuyos poderes se controlan recíprocamente para asegurar la libertad del individuo [*op. cit.*: 18].

Si bien tales afirmaciones podrían ser matizadas en varios aspectos, interesa por ahora resaltar solamente la recepción europea —en pleno siglo XX— de esa tradición liberal surgida dos siglos antes. Precisamente esa tradición liberal, unida al desastre de la II Guerra Mundial y, junto a ellas, la necesidad imperiosa que tenía el Viejo Continente de efectuar una reconstrucción acelerada (con el auxilio de la primera potencia mundial) en aras a la participación en la economía de mercado, trazaron las pautas que darían inicio a la idea de la construcción de una «unidad europea». Éste es el marco en el cual hay que entender la tarea iniciada por Europa occidental tras la II Guerra Mundial. Es en esta época cuando comenzará a transitarse el camino hacia un movimiento unificador que, limitado a la región que se analiza, se enmarcará en el ámbito de la ONU, cuya Carta —en su art. 52.1— permitió, precisamente, la acción regional con el fin de alcanzar aquellos fines y principios de las Naciones Unidas entre los cuales figura el respeto y la protección de los derechos humanos.

Dentro de este contexto surgió el Estatuto por el que se creó el Consejo de Europa en mayo de 1949. Ésta fue la primera vez que surgía en Europa una organización que agrupaba a los países democráticos. Años más tarde surgiría la Comunidad del Carbón y del Acero (en 1951), la Comunidad Europea de Energía Atómica y la Comunidad Económica Europea (en 1957). Como señala Morenilla Rodríguez,

> [...] el Consejo de Europa se proponía como uno de sus objetivos principales «la salvaguarda y el desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales» y se organizaba con una Asamblea Consultiva como órgano deliberante e integrada por representantes de los Parlamentos de los Estados Miembros, un Comité de Ministros como órgano ejecutivo que se forma con ministros (de Asuntos Exteriores) de los respectivos Estados Partes —o con sus Delegados— con facultades para hacer «Recomendaciones» a los gobiernos de los Estados sobre las medidas que estima procedentes para la consecución de los fines del Consejo, y un Secretario General, como órgano que dirige la Oficina de la Organización y la preparación de las actividades del Consejo, con el concurso de los Comités de expertos gubernamentales [*op. cit.*: 19].

La perspectiva que dominará esta integración regional no será ya de simple cooperación, como en las Naciones Unidas, sino que será de integración institucional. Tal y como apunta Fernández Rozas,

> [...] el Consejo de Europa es el núcleo central de la ideología democrática que impregna constitutivamente todo el ámbito de las Comunidades Europeas y ha desarrollado a partir de su constitución en 1949 la protección de los derechos humanos de acuerdo con el espíritu de la Carta [*op. cit.*: 121].

Cuestión distinta es que, en el ámbito de la privación de libertad, los resultados obtenidos hasta la fecha, en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales de los reclusos, sean positivos. La principal tarea emprendida por el Consejo de Europa fue la elaboración del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la línea de la Declaración Universal de la ONU de 1948. A continuación, se analizará con cierto detenimiento este trascendental documento que sentó en Europa las bases de un modelo político penal del que emanarían numerosas decisiones y disposiciones.

Naturaleza y alcance del CEDH

El día 4 de noviembre de 1950 se firmó, por quince democracias europeas, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (en adelante, CEDH) que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Este documento, si bien fue elaborado en la línea de protección de los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal de 1948, limitó dicha tutela a aquellos derechos que encontraban menores dificultades para una eficaz protección internacional (Morenilla Rodríguez *op. cit.*: 19).[21]

La gran novedad que introdujo este Convenio consistía en que, desde ese momento, se permitía que los particulares que se considerasen víctimas de una violación de los derechos reconocidos quedasen legitimados para acudir a la Comisión que el documento establecía. Ello supuso una novedad sin precedentes en el derecho internacional. En efecto, hasta ese momento era el Estado —y nunca los particulares— el único «sujeto de derecho internacional».

---

21. Para un análisis profundo en torno a los numerosos aspectos que plantea el CEDH pueden consultarse, además de la ya citada obra de Morenilla Rodríguez, las de: Bandrés Sánchez-Cruzat, *El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*, Barcelona 1983; García Morillo, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid 1985; Fernández de Casadevante, *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*, Madrid 1988; o la Monografía de Civitas dirigida por Antonio López Pina, titulada *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, en la cual se reseñan numerosas contribuciones de los más prestigiosos especialistas europeos en esta materia (Madrid 1991).

Como afirma Morenilla Rodríguez,

> [...] era siempre el Estado el que asumía la representación y defensa del individuo y, por ello, en caso de ser denunciado no podía ser defensor y acusado al mismo tiempo [*op. cit.*: 20].

A partir del CEDH, pues, cualquier persona podía dirigirse ante los organismos que el mismo ha creado directamente aunque, claro está, esta legitimación queda supeditada a una «Declaración» expresa del Estado Parte. En este sentido, Fernández Rozas ha manifestado que...

> [...] tiene la novedad de atribuir directamente a los individuos la titularidad de los derechos reconocidos en el Convenio y otorgarles la capacidad procesal para actuar directamente ante la Comisión [...] La protección otorgada en este marco afecta a cualquier derecho reconocido en el Convenio y en los Protocolos, cuya violación se realice en el ámbito de la jurisdicción de cada uno de los Estados Partes [...]. En tal sentido, el Convenio afecta a nacionales y extranjeros [*op. cit.*: 121-122].

De todos modos, entiendo que habrá que matizar estas afirmaciones pues el complejo entramado procedimental establecido para dirigirse a los organismos de protección de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH, no permite que los particulares accedan directamente ante el Tribunal Europeo (sí, ante la Comisión).

Al revestir la forma jurídica de un Tratado Internacional, bien directamente, o bien mediante una ley especial de incorporación, el CEDH pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno siendo de aplicación directa por las autoridades —y órganos jurisdiccionales— en los países miembros. De este modo, se convierte en una garantía internacional de protección de determinados derechos fundamentales mediante la asunción, por los Estados Parte en el Tratado Internacional, de unas obligaciones que pueden ser exigidas, no sólo por los Estados contratantes, sino por los particulares, convirtiéndose en una «garantía colectiva» complementaria, y no sustitutiva, de la obligación de protección que incumbe a todo Estado de derecho, condición indispensable para ser admitido como miembro en el Consejo de Europa (Morenilla Rodríguez *op. cit.*: 20).

Por lo que se refiere a la vigencia del CEDH en España, es preciso señalar que fue ratificado por instrumento de 26 de septiembre de 1979 (B.O.E. de 10 de octubre del mismo año). Posteriormente, España ha ratificado el Protocolo II (que atribuye al

Tribunal Europeo de Derechos Humanos la competencia necesaria para dar dictámenes consultivos, mediante instrumento de 18 de marzo de 1982 —B.O.E. de 11 de mayo del mismo año—) y el Protocolo VI (sobre abolición de la pena de muerte, por instrumento de 20 de diciembre de 1984 —B.O.E. de 17 de abril de 1985—). Todo ello supone que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución Española de 1978, las estipulaciones del Convenio han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico español, pudiendo, cualquier persona, invocar sus disposiciones ante los tribunales y autoridades administrativas directamente. Y, de acuerdo a lo establecido en el art. 10.2 de la Constitución, ésta ha elevado el CEDH —y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— a la categoría de fuente primaria de interpretación de la Constitución en materia de derechos humanos.

Derechos fundamentales reconocidos

• *El derecho a la vida:* Su regulación se contiene en el art. 2.1 del CEDH, para «toda persona» (sin distinción, en consecuencia, entre nacionales y extranjeros). Este artículo aclara, asimismo, que «nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente» pero, de inmediato, comienzan a establecerse varias limitaciones al derecho a la vida:

a) «salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena».

La concreción a esta disposición hay que buscarla en el Protocolo VI (firmado y ratificado por España) en el cual, a pesar de estipularse la abolición de la pena de muerte (art. 1), se permite que un Estado pueda prever «en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra, o de peligro inminente de guerra» (art. 2).

b) «La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario» (art. 2.2):

— «en defensa de una persona contra una agresión ilegítima» (art. 2.2,a);

— «para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente» (art. 2.2,b);

— «para reprimir de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección» (art. 2.2,c).

• *Prohibición de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes*: Este derecho fundamental se regula en el art. 3 del CEDH, y está destinado a todas las personas, sin exclusión (de ahí la utilización de las palabras «nadie podrá ser sometido a ...»).

La concreción de estos vocablos, en especial de la palabra «tortura», se encuentra en la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas, o degradantes.

No existe limitación alguna con respecto al derecho fundamental de no ser sometido a tortura. Mayores problemas se plantean cuando se han de precisar las palabras «penas o tratos inhumanos o degradante», especialmente, en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad (piénsese, por ejemplo, en los llamados regímenes cerrados, celdas de castigo o aislamiento, etc.).

• *Prohibición de realizar un trabajo forzado u obligatorio*: La consagración de este derecho fundamental se contiene en el art. 4.2 del CEDH. En principio, la prohibición se extiende a todos, por la utilización de los términos «nadie podrá ser constreñido a...». Sin embargo, el n.° 3 del mismo artículo estipula una basta relación de excepciones en las cuales «no se considera como trabajo forzado u obligatorio», una serie de situaciones. Interesa resaltar aquí tan sólo aquellas que atañen al ámbito penitenciario, excluyendo las demás excepciones (servicio militar, objeción de conciencia, situaciones de emergencia o calamidad, etc.) que, al menos directamente, no se refieren a la privación de la libertad. Señalada esta limitación, las excepciones que merecen aquí ser destacadas son las siguientes:

a) «todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el art. 5.° del presente Convenio» (art. 4.2,a). El art. 5 al que se remite la disposición comentada estipula las condiciones que ha de revestir la privación de libertad. Me remito a lo que se manifestará cuando analice esa específica disposición, la cual, también, contiene excepciones.

b) «o durante su libertad condicional».

• *Derechos fundamentales y garantías procesal/penales*: A continuación se expondrán, primero, en los siguientes apartados, las estipulaciones normativas relativas a las garantías de índole procesal de las personas acusadas en un procedimiento penal. Se consignarán, en consecuencia, las disposiciones del CEDH que afectan a las siguientes cuestiones:

I) derecho a la libertad,

II) derechos de toda persona detenida,

III) derecho a ser conducido a presencia judicial,

IV) derecho a ser juzgado en un plazo razonable (o a ser puesto en libertad),

V) derecho a presentar un recurso sobre la legalidad de la detención,

VI) derecho a la presunción de inocencia,

VII) derechos fundamentales del acusado en un proceso penal (que incluyen los derechos a ser informado de la causa de la acusación, el derecho de defensa y el derecho a la prueba),

VIII) y el principio de legalidad.

El derecho a la libertad.

En relación, pues, con el derecho a la libertad, el art. 5.1 del Convenio Europeo señala que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley». Las excepciones a este enunciado de carácter general son las siguientes:

a) «Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente» (art. 5.1,a);

b) «Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley» (art. 5.1,b);

c) «Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido» (art. 5.1,c);

d) «Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente» (art. 5.1,d);

e) «Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo» (art. 5.1,e);

f) «Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición» (art. 5.1,f).

Información de derechos a la persona detenida.

El art. 5.2 del Convenio establece que «toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella». Hay que señalar que esta disposición no excluye a nadie (por la utilización de los términos «toda persona») y que no se encuentran restricciones ni excepciones de ningún tipo en el texto del Convenio Europeo constituyendo esta disposición, en consecuencia, una garantía fundamental de todos los individuos.

Derecho a ser conducido a presencia judicial.

Este derecho fundamental también se establece en el art. 5.2 del Convenio para «toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo». La remisión a dicho apartado supone, en consecuencia, que este derecho es aplicable a aquellas personas sobre las cuales existan indicios racionales de haber cometido una infracción, o se suponga que va a cometerla, o que hayan huído tras la comisión de la misma. Este derecho-garantía fundamental supone, citando textualmente la disposición, el ser conducido «sin dilaciones a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales».

Derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad.

También el art. 5.2 del Convenio consagra este derecho fundamental. Por lo que respecta a la puesta en libertad, se añade que la misma «puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio». Hay que destacar que si bien se proclama el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, dicho plazo no se estipula ni, tampoco, se determina el alcance del término «razonable». Evidentemente, vuelve aquí a plantearse el problema de la posible colisión de esta disposición con la establecida en el art. 6.2 del Convenio que reconoce la presunción de inocencia de toda persona «hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada».

El derecho a ser juzgado en un plazo razonable se completa con las disposiciones contenidas en el art. 6.1 del Convenio que establece que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de ca-

rácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

A continuación, esta norma estipula cómo ha de fallarse el proceso, mediante «sentencia que debe ser pronunciada públicamente». Sin embargo, el pronunciamiento público de la sentencia contiene ciertas excepciones relativas al acceso, del público y de la prensa, a la Sala de Audiencia —durante la totalidad o parte del proceso— en interés de:

a) la moralidad;
b) el orden público o la seguridad nacional en una sociedad democrática;
c) los intereses de los menores;
d) la protección de la vida privada de las partes en el proceso;
e) los intereses de la justicia.

Derecho a presentar un recurso sobre la legalidad de la detención.

El art. 5.4 del Convenio Europeo establece que «toda persona privada de su libertad, mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal».

Se trata, nuevamente, de una garantía procesal que ha de asegurar la legalidad de una detención o prisión preventiva, toda vez que la persona a la cual se le aplique esa medida cautelar, está, ante todo, amparada por la presunción de inocencia. En caso de prosperar el recurso interpuesto por el detenido, o internado, éste ha de ser puesto inmediatamente en libertad, pero, además, tendrá el derecho a una reparación, tal y como establece el art. 5.5 *in fine* del Convenio Europeo, disposición que complementa la anterior.

Presunción de inocencia.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia se establece en el art. 6.2 del Convenio para todas las personas «hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada». En principio, el derecho a la presunción de inocencia no tiene límites ni excepciones respecto a nadie. Sin embargo, la regulación de medidas restrictivas de libertad, con carácter preventivo, suponen, jurídica y fácticamente, limitaciones a la misma. En su momento se analizará la institución de la prisión preventiva, en relación con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Derechos fundamentales del acusado en un proceso penal.

En primer lugar, hay que señalar, con carácter previo al análisis que se expondrá a continuación, que a los derechos-garantías que se relacionarán en este apartado hay que añadir —en el caso de que el acusado se encuentre privado punitivamente de su libertad— aquellos/as que se estudiaron anteriormente. En efecto, unos y otros suponen garantías procesales en el procedimiento penal cuyo ejercicio estará obviamente condicionado a la situación de prisión o libertad de la persona acusada.

En segundo lugar, se ha de advertir que, a pesar de referirse los derechos del acusado a una misma circunstancia, cual es la de ser ejercidos en un procedimiento penal, serán aquí analizados por separado debido a las evidentes diferencias que revisten unos en relación a los demás.

Derecho a ser informado de la naturaleza y de la causa de la acusación.

El reconocimiento de este derecho se haya previsto en el art. 6.3,a del Convenio Europeo. Este derecho a la «información de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada» se complementa con unas especificaciones tan fundamentales como el propio derecho, a tal punto que, sin ellas, aquél quedaría vacío de contenido. En efecto, el acusado tiene derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación «en el más breve plazo», «en una lengua que comprenda» y «detalladamente». Con respecto a la primera especificación, se ha de señalar que el Convenio no establece qué se entiende por «más breve plazo», lo cual habría entonces de entenderse como sinónimo de «inmediatamente a ser formulada la acusación». Como se verá, ello es de suma importancia para el ejercicio del derecho de defensa que se reconoce seguidamente.

En cuanto al idioma en el cual se ha de informar de la acusación a la persona, éste se ha de expresar «en una lengua que comprenda». Esta disposición se ha de integrar con aquella contenida en el apartado *e)* del mismo artículo, que establece el derecho «a ser asistido gratuitamente, sino comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia».

En último término, la información acerca de la naturaleza y causa de la acusación se ha de efectuar «detalladamente». El uso de este término indica que se han de proporcionar cuantos medios sean necesarios, y cuantas veces haga falta, para que el acusado comprenda perfectamente el motivo de la acusación, los hechos que se le imputan, la pena que se solicita, las circunstancias modificativas de su posible responsabilidad, etc. Todo ello serán

cuestiones previas, y de capital importancia, para que una vez informado perfectamente de la acusación, el acusado pueda ejercer el derecho de defensa; de otro modo, éste se vería vulnerado.

Por último, señalar que este derecho a la información de la naturaleza y causa de la acusación no está restringido a nadie, ni limitado por ninguna circunstancia.

Derecho de defensa.

Su plasmación se encuentra en los apartados *b*) y *c*) del art. 6.3 del Convenio Europeo. En primer lugar, el apartado *b*) establece el derecho «a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa». La importancia de esta disposición está fuera de duda y así lo ha establecido la jurisprudencia de los organismos creados por el Convenio Europeo para la tutela efectiva de los derechos reconocidos en él. El acusado ha de disponer, no sólo de una asistencia letrada por él elegida, sino que ha de contar, asimismo, con el tiempo y con las facilidades que sean necesarias para la preparación de su defensa. Tal y como anteriormente se ha señalado, el correcto ejercicio de este derecho exige, previamente, una correcta y detallada información sobre la naturaleza y causa de la acusación; un derecho ha de ser presupuesto del otro.

El derecho de defensa puede ser ejercido: por el propio acusado, por un defensor libremente escogido por él, y «si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan» (letra c del art. 6.3).

La persona que se encargue de la defensa del acusado puede, en consecuencia, no ser siempre un Letrado. Respecto a la actuación de este último es necesario hacer alguna precisión. Si es elegido por el acusado, y éste dispone de medios para pagarlo, parece claro que el tribunal siempre ha de aceptar la designación efectuada por el acusado. Pero si éste no puede satisfacer los honorarios de un profesional que le defienda, «podrá solicitar» el nombramiento de un abogado de oficio y el tribunal decidirá haber lugar o no a dicha designación si «los intereses de la justicia así lo exigen».

Esta redacción parece rebajar de categoría el reconocimiento de un derecho, que sin duda es fundamental, para la tutela de los intereses y necesidades de la persona acusada en un procedimiento penal. En efecto, la estricta aplicación del tenor literal de esta última disposición dejaría en una situación de indefensión al acusado, el cual podría, en consecuencia, tener que defenderse a sí mismo —no ya porque lo desee, sino porque carezca de medios

económicos para sufragar los gastos de una defensa— en procedimientos normalmente complejos para una persona que sea lego en derecho. Entiendo que, no obstante la redacción de la norma aquí analizada, su estricta aplicación vulneraría el principio de igualdad ante la ley y su inmediata consecuencia, cual es la prohibición de discriminación «por el origen social» del acusado que, especialmente, se consagra en el art. 14 del propio Convenio Europeo.

Derecho a la citación e interrogatorio de testigos.

Este derecho es, en realidad, una especie del género «derecho a la prueba», el cual, no se menciona en el Convenio Europeo. Hay que tener presente, de todos modos, que el art. 6.3 establece que «todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos...» que son los tres que se están aquí analizando. Si, como mínimo, el acusado tiene derecho a que se le informe claramente sobre todos los puntos de la acusación, derecho a una defensa y derecho a la citación e interrogatorio de los testigos, no pareciera que pueda ponerse en duda su genérico «derecho a la prueba». Por otra parte, el reconocimiento de la presunción de inocencia como derecho fundamental, obliga a reconocer el derecho a la prueba; lo contrario supondría dejar sin contenido efectivo el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El «derecho a la prueba testifical» se establece en el apartado d del art. 6.3: (derecho a) «interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra».

La finalidad principal de esta disposición parece ser la búsqueda de una igualdad procesal entre las partes personadas en un procedimiento contradictorio como lo es el penal, más que el específico derecho a citar e interrogar a los testigos. A esa conclusión puede llegarse si se comparte la tesis de que la «prueba testifical» no es más que una especie del género «derecho a la prueba» (que incluye, además, la prueba documental, pericial, etc.) y que, asimismo, este «derecho a la prueba» (o a valerse de todos los medios de prueba), está implícitamente, no específicamente, reconocido en el Convenio por lo que se ha apuntado con anterioridad.

Principio de legalidad.

El principio de legalidad, que constituye una de las garantías más importantes de los individuos —y de la sociedad en general—, se encuentra recogido en el art. 7.1 del Convenio Europeo cuando establece que «nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no cons-

tituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida».

Este precepto establece las dos vertientes del principio de legalidad. La primera se refiere a la legalidad que ha de revestir una condena impuesta: sólo pueden sancionarse aquellas acciones (u omisiones) que estén legalmente previstas como delitos en el momento de su comisión. Y, asimismo, la pena que se imponga por esa acción (u omisión) delictiva ha de estar prevista legalmente y no puede ser más grave que la estipulada en el momento de la comisión.

Si bien, en principio, esta disposición es aplicable a todas las personas, sin distinción de ningún tipo (por el uso de las palabras «nadie podrá ser condenado...»), en el n.° 2 del art. 7 se estipula una excepción importante. En efecto, esta norma dispone que «el presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

Es decir que, así como el art. 7.1 establece que la acción u omisión ha de estar definida como delito por el derecho nacional o internacional, el n.° 2 del mismo artículo posibilita que esa acción u omisión sea enjuiciada y castigada aunque no esté —legalmente— prevista como delito. La definición del carácter delictivo de una acción u omisión se permite, en consecuencia, que sea efectuada por los «principios generales del derecho» que, además, sean «reconocidos por las naciones civilizadas». Evidentemente, el problema que produce esta excepción a una garantía tan fundamental como el principio de legalidad es doble: por una parte, no se concretan cuáles son esos «principios generales del derecho», y, por otra, mucho más espinoso será conocer entonces qué principios —no especificados— son los que comparten las naciones «civilizadas», concepto que, por lo demás, tampoco se define puesto que no se hace referencia a los Estados que han elaborado el Convenio Europeo.

• *Derecho al respeto de la vida privada y familiar y de la correspondencia*: Estos derechos fundamentales se establecen en el art. 8.1 del Convenio Europeo: «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar y de su correspondencia». En principio, como se ve, el reconocimiento de los mismos no excluye a nadie de su ejercicio. Sin embargo, y pese a ello, el n.° 2 del art. 8 establece una serie de excepciones al mismo que se relacionan a continuación:

a) que la «injerencia» en la correspondencia «sea necesaria para la seguridad nacional»;
b) o para «la seguridad pública»;
c) o para «el bienestar económico del país»;
d) o para «la defensa del orden y la prevención del delito»;
e) o para «la protección de la salud o de la moral»;
f) o para «la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Ahora bien, tales excepciones al derecho al respeto de la correspondencia han de observar dos requisitos: *a*) que «esta injerencia (de la autoridad pública) esté prevista por la ley»; *b*) que la injerencia se realice en una «sociedad democrática».

El requisito de la previsión legal, que permitiría no respetar estos derechos fundamentales, supone una aplicación del principio de legalidad, en este caso, referido a la actividad de la administración que ha de desarrollarse conforme a derecho. En cuanto al segundo requisito, el Convenio no precisa qué entiende por «sociedad democrática».

• *Derecho a la libertad de expresión*: El art. 10.1 del Convenio Europeo dispone que «toda persona tiene el derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». En consecuencia, este derecho fundamental se compone de una serie de libertades: libertad de opinión, libertad de recibir informaciones o ideas y libertad de comunicar informaciones o ideas.

El reconocimiento de las mismas no excluye, en principio, a nadie («toda persona...») y la circulación de tales opiniones, informaciones o ideas, no puede restringirse a ningún ámbito geográfico («sin consideración de fronteras»). Este amplio reconocimiento encuentra, sin embargo, numerosas restricciones y/o excepciones, tal y como se expone a continuación:

a) Una, genérica, al establecerse que «el presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa» (art. 10.1 *in fine*);
b) Otras que pueden someterse a «ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para:
b.1) «la seguridad nacional»,

b.2) «la integridad territorial»,
b.3) «la seguridad pública»,
b.4) «la defensa del orden y la prevención del delito»,
b.5) «la protección de la salud o de la moral»,
b.6) «la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial» (art. 10.2).

Como puede observarse, pese al reconocimiento de estas libertades individuales —que pueden disfrutarse sin consideración de fronteras—, los límites al ejercicio de las mismas son de diversa índole. En primer lugar, el Convenio Europeo faculta a los Estados para establecer un «régimen de autorización previa» a ciertas empresas dedicadas a medios de comunicación de masas: radio, cine y televisión. No sucede lo mismo, por tanto, con la prensa escrita la cual, entonces, no podría estar sometida a ningún régimen semejante.

En segundo lugar, el ejercicio de las libertades señaladas puede, además, ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones. La disposición comentada señala expresamente que tal ejercicio «entraña deberes y responsabilidades», lo cual, en realidad, sucede con todos los derechos, incluidos los fundamentales, por la propia naturaleza de los mismos las exigencias de la convivencia social. Por ello, la mención especial que esta disposición efectúa acerca del ejercicio de estas libertades, en el sentido e que pueden producir deberes y responsabilidades, parece querer señalar la posibilidad de establecer restricciones «especiales». Y, en efecto, a continuación se señala una vasta serie de limitaciones, excepciones, etc.

En tercer lugar, se ha de señalar que cualquier excepción al libre ejercicio de estas libertades ha de estar «prevista por la ley» (lo cual supone un claro rechazo a cualquier actuación arbitraria de los poderes públicos, y una consecuencia más del principio de legalidad de la actividad administrativa). Y esta previsión legal se exige para cualquier excepción al ejercicio de las libertades comentadas, esto es, para las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones. La necesaria regulación legal de estas limitaciones exige, además, que éstas sean «necesarias en una sociedad democrática» sin que, nuevamente, se precise qué se entiende por tal.

• *Derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación*: El reconocimiento de este derecho fundamental se contiene en el art.

11.1 del Convenio Europeo cuando se dispone que «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses».

Como puede observarse, este derecho fundamental incluye, también, varias libertades individuales: libertad de reunión pacífica, libertad de asociación, libertad de fundar sindicatos con otras personas y libertad de afiliarse a los mismos. Es, pues, un derecho que agrupa varias libertades estableciendo una cierta progresión entre las mismas (reunirse, asociarse y sindicarse).

Se establecen dos requisitos para el ejercicio de las mismas: el primero consiste en que tales actividades han de revestir el carácter de «pacíficas» descartándose, en consecuencia, cualquier actividad violenta. El segundo requisito, referido a la libertad de asociación, a la de fundar sindicatos con otras personas y a afiliarse a los mismos, hace referencia a que el ejercicio de tales libertades ha de tener por finalidad «la defensa de sus intereses». El reconocimiento, pues, de estas libertades es amplio, para «toda persona» sin exclusión, en consecuencia, de nadie.

Sin embargo, el n.° 2 del art. 11 señala una serie de límites y/o excepciones al ejercicio de las mismas. Las restricciones que se señalan han de ser «previstas por la ley» excluyéndose, por consiguiente, todo tipo de actuación arbitraria de los poderes públicos y, a la vez, sin que sea ajustada a derecho la imposición de otras restricciones que las establecidas legalmente, por aplicación del principio de legalidad. Parece excluirse, asimismo, cualquier imposición de restricciones por vía reglamentaria si se observa el tenor literal de esta disposición. También, las medidas limitadoras del ejercicio de estas libertades tienen que «ser necesarias en una sociedad democrática» sin que, tampoco aquí, se precise el significado de ésta. Con tales requisitos, los límites se refieren a los siguientes supuestos:

a) «la seguridad nacional»;
b) «la seguridad pública»;
c) «la defensa del orden y la prevención del delito»;
d) «la protección de la salud o de la moral»;
e) «la protección de los derechos y libertades ajenas»;
f) se permite, asimismo, la imposición de restricciones «para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado».

• *Derecho a la concesión de un recurso efectivo cuando se violen los derechos y libertades reconocidos en el Convenio*: Este dere-

cho fundamental se recoge en el art. 13 del Convenio Europeo para su ejercicio «ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales». El ejercicio del mismo, pues, está sujeto a un único requisito: la violación que se invoque en el recurso se ha de referir, necesaria y exclusivamente, a los derechos y libertades expresamente reconocidos en el Convenio Europeo sin que sea posible, por tanto, alegar otro tipo de violaciones.

El reconocimiento de este derecho no tiene otro límite que el señalado y es aplicable a «toda persona». Tal y como se señaló anteriormente, al hacer referencia a la naturaleza y alcance del Convenio Europeo, esta protección alcanza a cualquier violación que se realice en el ámbito de la jurisdicción de cada uno de los Estados Partes, comprendiéndose, en consecuencia, tanto a nacionales como a extranjeros.

El ejercicio del derecho a un recurso efectivo contra las violaciones de derechos y libertades previstas en el Convenio, permite la presentación del mismo «ante una instancia nacional». En realidad, dicha posibilidad se traducirá en un requisito esencial si, posteriormente, se pretende invocar este precepto ante los organismos creados por el Convenio Europeo para la tutela efectiva de los derechos y libertades reconocidos en el mismo.

• *Prohibición de discriminación*: La fundamental garantía de impedir que se produzcan situaciones discriminatorias se contempla en el art. 14 del Convenio Europeo, cuando dispone que «el goce de los dereohos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

Si bien a lo largo del articulado del Convenio Europeo no se establece expresamente el principio fundamental de igualdad ante la ley, la consagración de la prohibición de discriminaciones («distinción» es el término empleado en el art. 14) supone la otra cara de un mismo derecho fundamental. Uno es corolario inmediato del otro. Por otra parte, la redacción de la práctica totalidad de los artículos del Convenio contenidos en su Título Primero —«toda persona tiene derecho a ...», o bien «nadie podrá ser sometido a...»— y que se han transcripto aquí, no parece dejar lugar a dudas en cuanto al reconocimiento del principio de igualdad ante la ley.

Esta prohibición de discriminaciones por razón de sexo, raza, color, etc., lo es para «el goce de los derechos y libertades reco-

nocidos en el presente Convenio», es decir, que no alcanza a otros derechos que no sean los previstos en el Convenio Europeo.

Finalmente, y en lo que respecta a la situación de los extranjeros, en principio, el art. 14 del Convenio prohibe efectuar distinciones «por razón de [...] origen nacional, pertenencia a una minoría nacional, nacimiento...». Ello se refiere, como ya se ha apuntado, al «goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio». No se refiere, pues, a los derechos y/o actividades políticas de los extranjeros, puesto que el Convenio no trata acerca de tales cuestiones. Tan sólo en el art. 16 hay una referencia a las mismas.

• *Posibilidad de derogación y/o restricción de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo*: El art. 15 del Convenio Europeo, en sus apartados 1, 2 y 3, establece la posibilidad de que los Estados Partes puedan ejercer un «derecho de derogación» (art. 15.3) de aquellas «obligaciones previstas en el presente Convenio» (art. 15.1). Ello puede «ejercerse», según estipula esta disposición «en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la Nación». Ahora bien, la práctica de semejante medida limitadora de los derechos y libertades garantizados previamente, ha de observar una serie de requisitos:

a) la derogación de las obligaciones previstas sólo puede llevarse a cabo «en la medida estricta en que lo exija la situación» (art. 15.1);
b) se ha de cuidar que «tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanan del Derecho internacional» (art. 15.1.);
c) así y todo, el «derecho de derogación» de las Altas Partes Contratantes «no autoriza ninguna derogación al art. 2.°, salvo para el caso de muertes resultantes de actos ilícitos de guerra» (art. 15.2). Se trata de establecer un respeto al derecho a la vida —reconocido en el art. 2 del Convenio— pero al cual, en realidad, se le agrega ahora un nuevo supuesto de restricción a los ya contenidos en ese artículo y que se han analizado anteriormente;
d) tampoco pueden ser derogadas las disposiciones contenidas en los arts. 3 (prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes), 4.1 (garantía de no sometimiento a esclavitud o servidumbre) y 7 (principio de legalidad). Ello, en aplicación de lo previsto en el párrafo 3 del art. 15;
e) el «ejercicio de este derecho de derogación» obliga a la Alta Parte Contratante a tener «plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los

motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación» (art. 15.3).

Además de estas restricciones que, con carácter general, puede imponer un Estado Parte en el ejercicio de su «derecho de derogación», el Convenio dedica otra disposición relativa a los derechos políticos de los extranjeros. Así, su art. 16 establece que «ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de que prohibe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros».

En este sentido, el reconocimiento de los derechos a la libertad de expresión —con sus libertades derivadas: de opinión y de recibir o comunicar informaciones o ideas— (art. 10), el derecho de reunión pacífica y libertad de asociación (art. 11) o la garantía de prohibición de discriminaciones (art. 14), no implica que los Estados Partes no puedan limitarlos para el ejercicio de derechos políticos para los extranjeros. Esta nueva restricción supone, nuevamente, otra genérica y añadida a las limitaciones ya señaladas expresamente tras el reconocimiento de cada uno de esos derechos y libertades fundamentales.

Eso sí, las restricciones y/o derogaciones que se han señalado «no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas», según estipula el art. 18 del Convenio Europeo, agregándose así un requisito de carácter general a la amplia posibilidad que se reconoce a los Estados Partes para ejercer limitaciones, excepciones y derogaciones de los derechos y libertades reconocidos.

Por último, otra disposición genérica completa el cuadro expuesto, en el sentido de prohibir que cualquier estipulación contenida en el Convenio se interprete para «dedicarse a una actividad o realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo» (art. 17). Y ello, se aclara, está dirigido a un «Estado, grupo o individuo», es decir, sin excluir a nadie.

* * *

Como ha podido verse, este Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas primero, cuanto en el del Consejo de Europa des-

pués, levantaba un edificio —al menos en el plano normativo— que, teniendo muy presentes los efectos de los totalitarismos y de la Guerra Mundial, entonces tan recientes, fundó un nuevo orden internacional con especiales repercusiones político penales.

A continuación, se examinarán algunas direcciones más específicas que, en el continente europeo se plasmarían en aspiraciones profundamente democráticas y, en algunos casos, en propuestas críticas, superadoras y alternativas en el campo del Sistema Penal.

4) **Italia: el *garantismo penal* y la propuesta político-criminal de *un derecho penal mínimo***

Tal como se vio al inicio del presente capítulo, Ferrajoli sostiene la tesis relativa a que en la segunda mitad del siglo XX ha tenido lugar un auténtico cambio de paradigma en el derecho positivo de las democracias avanzadas, el cual impuso una revolución epistemológica en las ciencias penales y, en general, en la ciencia jurídica en su conjunto. Tal cambio de paradigma, en la estructura del derecho positivo se habría producido, en Europa, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, gracias a las garantías de la rigidez de las Constituciones introducidas con la previsión de procedimientos especiales para su revisión, además del control de legitimidad de las leyes por parte de tribunales constitucionales (*op. cit.*: 22-23). Y, como también se ha visto ya, no es casual que semejantes transformaciones hayan tenido lugar tras la derrota del fascismo y del nazismo. Como ha señalado también el citado autor, en el clima cultural y político que acompañó el nacimiento del constitucionalismo actual —la Carta de la ONU de 1945, la DUDH de 1948 y las Constituciones italiana y alemana de la inmediata post-guerra— se tomó consciencia de que el consenso de las masas en el cual también se había fundado las dictaduras fascistas no bastaba para garantizar la calidad de un sistema político y, en consecuencia, se volvió a descubrir el significado y el valor de la Constitución como límite y vínculo de cualquier poder, incluso mayoritario.

El sistema político —y jurídico— que emergería de un modelo semejante, de acuerdo a Ferrajoli sería, precisamente, el modelo garantista. En él, no sólo la producción jurídica misma se halla disciplinada por normas de derecho positivo en lo que hace a su procedimiento de formación, sino también a sus contenidos.

> A este sistema de legalidad podemos denominarlo como modelo o sistema garantista [...]. Gracias a él, el derecho contemporáneo

> no sólo programa sus *formas de producción* (a través de procedimientos sobre formación de las leyes) sino que, además, programa sus *contenidos sustanciales*», vinculándolos normativamente a los principios, valores y derechos inscritos en sus Constituciones mediante técnicas de garantía que la cultura jurídica tiene el deber de elaborar [*op. cit.*: 25].

Ferrajoli recuerda así las clásicas preguntas relativas a la legitimación del derecho penal: «¿cuándo y cómo prohibir, juzgar y castigar?». Tales interrogantes que se vinculan con el problema de la legitimación de ese terrible derecho (en alusión al *ius puniendi*), se resuelven ahora por los principios garantistas de las Constituciones: lesividad y materialidad de los delitos; culpabilidad; garantías del juicio; carga acusatoria de la prueba; derechos de la defensa.

Semejantes principios han dejado de ser simples orientaciones teóricas para convertirse en normas jurídicas vinculantes para el legislador. He ahí un ejemplo claro, pues, de una política criminal del Garantismo penal. Fruto de todo ello, es la *nueva forma de interpretación de la ley* conforme al modelo garantista, donde la validez de las leyes ya no es un dogma unido a su mera existencia o validez formal, sino una cualidad contingente ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. Como destaca el citado autor italiano, la interpretación de la ley es siempre también un juicio sobre la propia ley, de la cual jueces y juristas deben elegir únicamente los significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por ellas (*ibídem*).

Esta nueva forma de interpretación de la ley debe reflejar una tensión constante entre los distintos niveles del ordenamiento jurídico: entre el nivel constitucional, que incorpora normas y principios de justicia bajo la forma de derechos fundamentales y el nivel legislativo, cuyas normas siempre serán censurables como ilegítimas en el supuesto de incoherencia con la Constitución.

Ferrajoli destaca así la función y la dimensión político-criminal del nuevo paradigma constitucional, en una doble dirección: *a*) como *crítica del derecho existente*, mediante el análisis y la censura de sus perfiles de invalidez constitucional (o sea, proposiciones desde «dentro»); y, *b*) como *diseño del derecho que debe ser*, identificando las lagunas, las garantías que aún faltan y que deben ser introducidas con apoyo en los derechos sancionados en las Constituciones (es decir, recomendaciones desde «afuera»).

En tal sentido, el modelo político-criminal garantista es, nunca, el derecho conseguido sino el derecho por alcanzar, un modelo a seguir. Y, así, ese modelo político-criminal, asume el rol de trazar una determinada *política del derecho*, o mejor, *una política «por»*

los derechos humanos. Se trata, entonces, de un rol político-militante en esa dirección. Ferrajoli lo indica con notable claridad:

> Aunque esta orientación es todavía minoritaria en la cultura académica, es precisamente ésta la perspectiva que ha tomado cuerpo en los últimos años a través del desarrollo de movimientos de jueces y de juristas democráticos, o en los grupos de magistrados democráticos surgidos en Italia, Francia, España y América Latina, en el movimiento de la criminología crítica, en las asociaciones comprometidas en la reforma de la cárcel y en la defensa de los derechos de los presos y, en fin, en el movimiento por una refundación democrática y garantista del derecho penal [...]. Estos movimientos han nacido siempre de la conciencia y de la denuncia de la ilegalidad, de la práctica del derecho respecto de sus propias fuentes de legitimación jurídica, y por ello del compromiso de transformarlo. Si bien es posible que esta perspectiva se base en una confianza excesiva en el papel garantista del derecho, yo creo que con independencia de nuestro optimismo o pesimismo, para la crisis del derecho no hay otra respuesta que el propio derecho. Como hemos visto, el paradigma garantista del constitucionalismo democrático, no sólo expresa un modelo de derecho y de Estado, sino también un modelo de democracia; por ello lo sostiene la fuerza de la razón y de los valores de la libertad, igualdad y justicia, cada vez más universalmente compartidos [*op. cit.*: 30-31].

Ahora bien, para acabar de comprender mejor la propuesta y la *praxis* garantista, debe todavía profundizarse en el modo y forma de sus inicios y en el clima cultural que alimentó su gestación.

Para comprender el sentido global del programa de Ferrajoli pueden recordarse las palabras que escribe Bobbio en el Prólogo de *Derecho y Razón:*

> [...] es la conclusión de una extensísima y minuciosa exploración llevada a cabo durante años en las más diversas disciplinas jurídicas, especialmente en el derecho penal, y de una larga y apasionada reflexión nutrida de estudios filosóficos e históricos sobre los ideales morales que inspiran o deberían inspirar el derecho de las naciones civilizadas [...]. La idea que guía el conjunto de la obra es la ilustrada y liberal, ilustrada en filosofía y liberal en política, según la cual, frente a la gran antítesis entre libertad y poder que domina toda la historia humana [...] es buena y por consiguiente deseable y defendible la solución que amplía la esfera de la libertad y restringe la del poder [*op. cit.*: 13 y 14].

En relación con cuanto acaba de decirse, es preciso señalar que, como se ha ido viendo ya, Ferrajoli identificará Garantismo

con un ideal modelo de Estado de Derecho, no sólo como Estado liberal (y por ende protector de los derechos individuales), sino también como Estado social (garante también de toda una serie de «intereses difusos», de derechos sociales). Es decir, queda claro en su trabajo que no puede existir una determinada concepción en torno al derecho (también el penal), sin una previa concepción relativa a la forma-Estado. Por ahora, baste señalar que Estado concebido por Ferrajoli se fundará en el respeto (efectivo) por los derechos individuales, en el nexo de unión entre legalidad y libertad, en la separación entre derecho y moral, en la aceptación de la diversidad y de la desobediencia civil, en la independencia (real) del poder judicial. Es decir, la tradición ilustrada, como ya se apuntó, aparece claramente en los presupuestos de su trabajo. Pues bien, es en esa tradición en la cual nacieron y donde han de recuperar su plena virtualidad las garantías penales y procesales.

Pero, ¿de qué garantías se está hablando? Ferrajoli (*op. cit.*: 93 y ss.) recuerda sobre qué bases edificar un modelo de derecho penal garantista —«modelo sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible». En este sentido, el *Garantismo Penal* habría de estar presidido por ciertos principios, los cuales, a su vez, derivan de una serie de axiomas generales del derecho penal liberal:

1. No puede haber pena sin delito > Principio retribucionista.
2. No puede haber delito sin ley > Pr. de legalidad.
3. No puede haber ley (penal) sin necesidad > Pr. de necesidad.
4. No puede haber necesidad sin injuria > Pr. de lesividad.
5. No puede haber injuria sin acción > Pr. de exteriorización.
6. No puede haber acción sin culpa > Pr. de responsabilidad.
7. No puede haber culpa sin enjuiciamiento > Pr. de jurisdiccionalidad.
8. No puede haber enjuiciamiento sin acusación > Pr. acusatorio.
9. No puede haber acusación sin pruebas > Pr. de verificación.
10. No puede haber pruebas sin defensa > Pr. de contradicción.

El citado autor señala que «estos diez principios, que ordenados sistemáticamente, definen —con gran fuerza lingüística— el modelo *garantista* de derecho o de responsabilidad penal, han de sentar las reglas del juego fundamentales del Derecho Penal» (*ibídem*). Dicho esto, y aunque más tarde se volverá sobre las concretas propuestas de Ferrajoli, puede intentarse previamente trazar panorámicamente algunas notas generales de lo que se conoce como Garantismo penal.

Suele mencionarse que dicha corriente surgió durante los años de 1960 y 1970 en el contexto italiano (Baratta 1985, Pavarini 1985). Zaitch y Sagarduy precisan que el garantismo nació arraigado al marxismo de la nueva izquierda y en la ideología (y en la práctica) antiinstitucionalista, principalmente extendida entre profesores de izquierda, jueces y abogados progresistas y activistas de movimientos sociales. Ello habría sucedido, agregan los citados autores, combinando dos características: *a)* una fuerte tradición en derecho escrito, principios constitucionales y conquistas liberales históricas (legalismo, proporcionalidad, etc.); y, *b)* una práctica estatal autoritaria con ausencia de un Estado benefactor, una débil democracia y una variada gama de violaciones a aquellos principios del derecho penal liberal (cfr. 1992: 43-44).

En el seno de la contestación articulada por la cultura jurídica progresista italiana de aquellos años, el garantismo, en la *teoría*, luchó por una redefinición de los bienes jurídicos protegidos «que implicaba la criminalización de nuevos campos (bienes sociales o difusos como la salud y la seguridad en el puesto de trabajo, el entorno ecológico, etc.) o el intento de desarrollar un enfoque marxista y materialista de la cuestión criminal» (Zaitch y Sagarduy *op. cit.*: 44). En la *práctica*, continúan señalando los citados autores, adoptó la forma de un «uso alternativo del derecho», es decir, «la utilización como jueces y abogados de las herramientas legales en la idea de defender una de las partes en que se divide la sociedad, un uso "clasista" del derecho con la Constitución democrática como principal referente. Tomó, asimismo, la forma del asociacionismo judicial, del uso del *habeas-corpus* y de las sentencias de anti-constitucionalidad» (*ibídem*). Todo ello para que no «se cometiera el error de abandonar el sistema de garantías del Estado de Derecho» (Bergalli 1986: 108).

No es sencillo describir el substrato teórico y epistemológico del Garantismo penal. No obstante, puede intentarse alguna síntesis. En primer lugar, cabe señalar la distinción entre derecho y moral, que ya fue apuntada, como dos momentos o niveles distintos de legitimación. En un nivel extrajurídico *(legitimación externa)* estarán presentes las ideas de un modelo conflictivo de la sociedad, con intereses contrapuestos y con la decisión sobre qué bienes jurídicos deben ser protegidos en primer término. En el momento jurídico *(legitimación interna)*, la tradición iluminista (el legalismo beccariano *y* una reformulación del utilitarismo benthamiano*)* surge claramente. Como se verá a continuación, precisamente el último de los citados elementos permitirá la legitimación del derecho penal al limitarse su intervención.

En íntima relación con cuanto se acaba de decir a propósito del utilitarismo penal, Ferrajoli comienza por advertir que las diferentes doctrinas de prevención elaboradas históricamente (y que se corresponden con las aquí examinadas en los primeros epígrafes de la presente obra), poseen un límite claro:

> [...] el ajuste del fin utilitario de la pena al exclusivo parámetro beccariano *y* benthamiano de la «máxima felicidad dividida entre el mayor número». En razón de este límite, que depende a su vez de la atribución a la pena del único fin de prevenir los delitos, he caracterizado al moderno utilitarismo penal como un *utilitarismo a medias*, referido sólo a la máxima utilidad de la mayoría, expuesto a tentaciones de autolegitimación autoritaria e incapaz de proporcionar —además de criterios de justificación— criterios de deslegitimación de los sistemas penales concretos y de cada una de sus instituciones [1995: 331].

A ese respecto, Ferrajoli agrega que un utilitarismo semejante, al orientar el derecho penal únicamente hacia el fin *ne peccetur*, encamina sus opciones hacia la adopción de modelos penales *máximos* e ilimitadamente severos. Para superar esas deficiencias «y fundamentar una doctrina adecuada de la justificación externa y al mismo tiempo de los límites del derecho penal» (*ibídem*), Ferrajoli señala que es imperioso recurrir a un segundo parámetro de utilidad: además del máximo bienestar posible de los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados (*op. cit.*: 332). Conviene aquí detenerse un momento para el análisis de su propuesta.

El segundo de los parámetros mencionados por el autor italiano, no puede referirse al fin de la prevención de los delitos. Citando a Carrara, Ferrajoli recuerda aquello de que «pretender que la pena impida el delito en todos los facinerosos es imposible y, el intentar lograrlo, fue causa fatal para el progresivo encarnizamiento de los suplicios» (*ibídem*). Dicho de otro modo, la existencia del delito, confirma el fracaso de la (previa) pena. A partir de estos presupuestos, Ferrajoli desarrolla su teoría de legitimación. Conviene recordar sus propias palabras:

> Hay, sin embargo, otro tipo de fin al que cabe ajustar el principio de la pena mínima, y es la prevención no ya de los delitos, sino de otro tipo de mal antitético al delito que suele ser olvidado tanto por las doctrinas justificacionistas como por las abolicionistas. Este otro mal es la mayor reacción —informal, salvaje, espontánea, arbitraria, *punitiva pero no penal*— que a falta de penas podría devenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella. Es el impedir este mal, del que sería

> víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal [*op. cit.*: 332].

Por si existe alguna duda en torno a las ideas expresadas, Ferrajoli añade a continuación que la pena no sirve sólo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos;

> [...] que no se amenaza con ella y se la impone sólo *ne peccetur*, sino también *ne pumetur;* que no tutela sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas [*ibídem*].

En tal sentido, agrega más adelante que la pena mínima de la que hablaban los ilustrados no sólo es un medio sino que constituye un fin en sí misma: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito.

> Y a diferencia del de la prevención de los delitos, este fin es también idóneo para indicar, en razón de su homogeneidad con el medio, el *límite* máximo de la pena por encima del cual no se justifica el que se sustituya a las penas informales [*ibídem*].

Inmediatamente después de esbozar estas ideas, Ferrajoli reconoce que las mismas no son extrañas a la tradición ilustrada en torno a la pena. En efecto, se ha dicho que la pena era el producto de socializar primero y estatalizar después la venganza privada, concebida ésta, en la tradición iusnaturalista, como una expresión del derecho natural «de defensa» (que en el Estado de Naturaleza correspondía a cada hombre para su supervivencia y conservación). De allí que se halla concebido y justificado el derecho penal como un derecho (ya no natural, sino positivo) de «defensa social» que habría perfeccionado el derecho natural de «defensa individual».

Mas, pese al inicial reconocimiento mencionado, el autor italiano advierte que «esta tesis ha de ser vuelta del revés. No se trata de una tesis explicativa, sino más bien de una doctrina normativa» (*op. cit.*: 333). Ferrajoli refresca la memoria al decir que, históricamente, el derecho penal no nació como desarrollo de la venganza sino, antes al contrario, como negación de la misma; no en continuidad sino en descontinuidad con la venganza.

> Y se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirla [...]. En este sentido, bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza [*ibídem*].

El citado autor recuerda que esa lucha tuvo dos grandes momentos: *a*) cuando la venganza se regula como derecho-deber privado, que incumbe al ofendido y a su grupo de parentesco según los principios de la venganza de la sangre y de la regla del talión; y, *b*) cuando se produce la disociación entre juez y ofendido y la justicia privada (los linchamientos, suplicios, etc.) deja de tutelarse y se la prohíbe.

> El derecho penal nace precisamente en este momento: cuando la reacción bilateral parte ofendida/ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que se sitúa en una posición de tercero o imparcial una autoridad judicial [*ibídem*].

Lo indicado hasta ahora, continúa señalando Ferrajoli, no significa que la prevención general de los delitos no sea una finalidad esencial del derecho penal. Esa sería la finalidad primordial, no de las penas, pero sí de las prohibiciones penales destinadas a la protección de los derechos fundamentales de los asociados. Así, el derecho penal tendría una doble función preventiva: *a*) la prevención general de los delitos y, *b*) la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función indicaría el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas. Ahora bien, continúa señalando,

> [...] de los dos fines, el segundo —por lo general olvidado— es sin embargo el más significativo y el que en mayor medida merece ser subrayado. En primer lugar porque, mientras que es dudosa la ideoneidad del derecho penal para satisfacer eficazmente el primero [...], es por el contrario bastante más segura su idoneidad para satisfacer el segundo. En segundo lugar porque, mientras la prevención de los delitos y las exigencias de seguridad y de defensa social siempre han ocupado el lugar más alto en el pensamiento de los legisladores y de las demás autoridades públicas, no puede decirse lo mismo de la prevención de las penas arbitrarias y de las garantías del acusado. En tercer lugar, y sobre todo, porque sólo el segundo fin y no el primero es a la vez necesario y suficiente para fundamentar un modelo de derecho penal mínimo y garantista [...]. Más aún: sólo el segundo fin, esto es, la tutela del inocente y la minimización de la reacción al delito, sirve para distinguir el derecho penal de otros sistemas de control social —de tipo policial, disciplinario o incluso terrorista— que de un modo más expeditivo y probablemente más eficiente serían capaces de satisfacer el fin de la defensa social respecto al que el derecho penal, más que un medio, es por consiguiente un coste, o si se quiere un lujo propio de sociedades evolucionadas [*op. cit.*: 334].

A partir de allí, Ferrajoli afirmará que el fin general del derecho penal es la protección del más débil. De acuerdo con la doble finalidad que el derecho penal puede cumplir (mencionada anteriormente), este modelo de derecho penal buscará la protección del débil u ofendido o amenazado por el delito y la protección del débil ofendido o amenazado por la venganza. Por ello, las dos finalidades preventivas están conectadas sobre esta base: «legitiman conjuntamente la "necesidad política" del derecho penal como instrumento de *tutela de los derechos fundamentales,* definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto *bienes* que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos» (*op. cit.*: 335).

Ahora bien, dicho esto, el autor italiano advierte que semejante legitimidad no es —al menos, necesariamente— «democrática», en el sentido de que no proviene del consentimiento de la mayoría. Pero sí es «garantista» pues, garantismo, en efecto, «significa precisamente, tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal» (*ibídem*). Concluye este apartado Ferrajoli precisando que, un sistema penal, está justificado sólo si la suma de las violencias —delitos, venganzas y castigos arbitrarios— que está en condiciones de prevenir es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas establecidas para éstos. Al tener que aceptar que un cálculo semejante es imposible, Ferrajoli admite que la pena sólo puede ser justificada como *mal menor* respecto a otras reacciones no jurídicas que pudieran producirse y que,

> [...] más en general, el monopolio de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos sean los costes del *derecho penal* respecto a los costes de la *anarquía punitiva* [*op. cit.*: 336].

Para concluir, pueden enumerarse las razones que Ferrajoli sintetiza para demostrar que su modelo normativo de justificación satisface las condiciones de adecuación ética y de consistencia lógica exigidas. Serían las siguientes:

a) al orientar el derecho penal hacia el fin preventivo general negativo (de las penas —informales— y de los delitos) se excluye la confusión entre derecho (penal) y moral que caracterizaba a las anteriores teorías;

b) además, se respondería a las preguntas de «¿por qué prohibir?» y «¿por qué castigar?» imponiendo a las prohibiciones y a las penas dos finalidades distintas: el máximo bienestar posible de los no desviados y el mínimo malestar necesario para los desviados;

c) al asignar al derecho penal el fin de minimizar las lesiones de los derechos de los desviados además del de minimizar las lesiones de los derechos de los no desviados, se excluirían autojustificaciones apriorísticas de modelos de derecho penal *máximo y* permite sólo justificaciones a *posteriori* de modelos de derecho penal *mínimo;*

d) este modelo de derecho penal permitiría una réplica —«persuasiva, aunque siempre condicionada, contingente, sectorial y problemática»— a las doctrinas abolicionistas. «En efecto, si estas doctrinas ponen de manifiesto los costes del derecho penal, el modelo de justificación aquí presentado subraya los costes, del mismo tipo pero potencialmente más elevados, que no sólo para la generalidad sino también para los reos pueden provenir de la anarquía punitiva subsiguiente a la ausencia de derecho penal» (*op. cit.*: 337). Tales riesgos son: el del abandono del sistema social al *bellum omnium y* a las reacciones salvajes o desenfrenadas contra las ofensas (con el inevitable predominio del fuerte sobre el débil); y el de la regulación disciplinaria de la sociedad, capaz de prevenir las ofensas y las reacciones a ellas con medios tal vez más eficaces que las penas, pero más costosos para la libertad de todos.

5) **Países Bajos y Escandinavos: la política del *abolicionismo penal***

Se presenta ahora una rápida descripción de los denominados *planteamientos abolicionistas* del Derecho penal, tal y como se anunció al inicio de este trabajo. Obviamente, *tales planteamientos no se han orientado a la búsqueda de una legitimación de la potestad punitiva del Estado*, sino todo lo contrario. Pese a ello, se incluyen en el presente ensayo por entender que no quedaría completo el debate relativo a la pena, si no se examinaran en el mismo aquellas ideas que abogan por una superación de las tradicionales formas punitivas.

Por ello, y aunque pudiera objetarse que no puede hablarse de «abolicionismo penal» en el interior de un trabajo dedicado a los «fundamentos del *ius puniendi* estatal», porque ambas fórmulas son contradictorias entre sí, desde un punto de vista exclusivamente didáctico puede entenderse su inclusión en esta sede. Como se verá, además, el término *abolicionismo* no es unívoco y presenta diferentes significados históricos.

Señala Larrauri que «la primera dificultad que surge cuando se estudia el "movimiento" abolicionista es precisamente la de determinar si éste puede ser adecuadamente descrito como un movimiento. Al amparo de los planteamientos abolicionistas se

han desarrollado diversas organizaciones especialmente en Escandinavia en los años sesenta y setenta [...] que declaran como objetivo estratégico la abolición del sistema carcelario» (1987: 95).

Por su parte, Mauricio Martínez indica que «por abolicionismo se conoce una corriente de la criminología moderna o crítica, que como su nombre lo indica, propone la abolición no sólo de la cárcel, sino de la totalidad del sistema de la justicia penal» (1995: 13). Pese a definirlo de tal modo, el citado autor también coincide en señalar a continuación que la propuesta abolicionista ha sido tan controvertida que su sola definición es problemática.

El autor mencionado precisa aún más indicando que el posible objeto de estudio de esa «criminología» comprendería:

a) el derecho penal como conjunto de textos, doctrinas y conceptos;
b) las actividades de un cierto número de organismos públicos relacionados entre sí como policía, juzgados, administración penitenciaria, etc., legitimadas por medio del derecho penal;
c) las concepciones de estos organismos relativos al delito y al delincuente;
d) el vínculo especial entre estos organismos y los medios de comunicación;
e) los «productos inmediatos del sistema», como las sanciones penales; y
f) la estructura de poder en el interior de cada uno de los organismos que constituyen el sistema (cfr. *op. cit.*: 14).

En tal sentido, concluye el citado autor, «la desaparición del sistema *en su totalidad* es el objetivo de esta corriente pues se teme que la abolición de sólo alguna de las partes integrantes del sistema pueda ocasionar lo contrario de lo que la corriente se propone; es decir, en lugar de combatir un instrumento autoritario, cual es el sistema penal, según ella, se podría más bien lograr una involución antidemocrática del Estado liberal moderno» (*op. cit.*: 15).

Esa abolición del sistema penal parte de una serie de presupuestos que pueden resumirse en la expresión de que *el propio sistema penal es —en sí mismo— un problema social* a erradicar (Mauricio Martínez 1995: 57). En efecto, tal y como agrega el citado autor, el sistema penal se caracterizaría por las siguientes notas que exponen una suerte de «pliego de cargos» (Mauricio Martínez *op. cit.*: 57 y ss.):

a) *es anómico* (pues las normas no cumplen las funciones esperadas: no protegen a los ciudadanos ni a las relaciones socia-

les, la intimidación de las normas no evita la comisión de delitos, es falsa «la igualdad de su aplicación», es sumamente selectivo, no reeduca al infractor sino que lo destruye [...];

b) transforma las relaciones sociales en actos individuales (porque el acto tomado como «delito» es sólo la interrupción de una relación compleja y prolongada entre los protagonistas);

c) tiene una concepción falsa de la sociedad (pues el sistema penal parte de una ideología que presupone un consenso social en el cual sólo el acto desviado es la excepción; en consecuencia, no se considera el disenso, el conflicto, la diversidad, etc., como componentes aceptables y normales del orden social);

d) reprime las necesidades humanas (porque si la mayor parte de los delitos o conflictos son expresión de necesidades humanas frustradas o insatisfechas, el sistema penal —con su respuesta punitiva— sólo expresa la represión de éstas y no su satisfacción);

e) concibe al ser humano como un enemigo en guerra (pues el sistema penal actúa como un ejército en estado de guerra, donde el hombre es el enemigo a eliminar y muchas veces concebido como un «estado enemigo». De ahí la lucha contra las campañas «bélicas» del derecho penal: «guerra» contra la delincuencia; «guerra» contra las drogas, etc.);

f) defiende y crea valores negativos para las relaciones sociales (porque el sistema penal actúa con los mismos valores e instrumentos que predica combatir. Ejemplo de ello sería la utilización de un instrumento sumamente violento como lo es la cárcel, para luchar contra la violencia);

g) la pena impuesta por el sistema penal es ilegítima (pues al imponerse sin aceptación del condenado o transacción entre aquél y la víctima del delito, pierde legitimidad material y se convierte en puro autoritarismo);

h) la prisión no es sólo privación de libertad (al incidir brutalmente en la esfera personal, social, afectiva, laboral, etc., del sometido a dicha pena);

i) el sistema penal estigmatiza (la vieja «marca» impuesta sobre el cuerpo de los condenados en el Antiguo Régimen, ha sido substituida por una nueva «huella» —del exconvicto— con la que ha de vivir el sometido al sistema penal);

j) el sistema penal sigue siendo una máquina que produce dolor inútilmente (y ese dolor —representado fundamentalmente por la pena— no hace otra cosa que sumarse al daño producido por el delito); y finalmente,

k) al sistema penal no le interesa la víctima (cuyos intereses ocupan un lugar muy secundario en los procedimientos penales, destinados, primordialmente, «a la averiguación de la verdad»).

Más allá de estas premisas actuales, es preciso aclarar que no existe una única manifestación relativa al «abolicionismo» ni, mucho menos, ese movimiento nórdico de las últimas tres décadas representa la tradición abolicionista iniciada hace dos siglos.

En efecto, entre finales del siglo XVIII y principios del XIX se sitúan las primeras manifestaciones en torno a la eliminación de la pena de muerte como sanción punitiva a través de los trabajos de autores como Beccaria, Howard o Bentham.

Si se acude, por ejemplo, a las obras de Cuello Calón publicadas, claro está, varias décadas antes de los años de 1960 y 1970 mencionados por Larrauri, podrá constatarse la «antigüedad» del denominado *movimiento abolicionista*. En efecto, en 1940, el citado autor dedicaba el Capítulo L del primer volumen de su *Derecho Penal* a la exposición de la «corriente abolicionista». Señala este autor que «la campaña contra la pena de muerte comenzó a finales del siglo XVIII. Cítase en primer lugar a Beccaria, que más bien que atacar la pena de muerte combatió su frecuente aplicación [...]. Entre los primeros abolicionistas debe contarse a Robespierre, que la combatió con ardor no obstante lo cual envió a miles de hombres al cadalso» (*op. cit.*: 632).[22]

Agregaba aún Cuello Calón que los abolicionistas utilizaban a veces argumentos de índole moral —«que parten de la ilicitud natural de esta pena»— y, otras veces, razonamientos fundados en consideraciones de carácter práctico —«de utilidad social»— (*ibídem*). Más adelante, el citado autor destacaba que, gracias a los trabajos del «movimiento abolicionista, son numerosos los países que han abolido la pena de muerte» (*op. cit.*: 636 y ss.), a partir de lo cual, efectúa un estudio relativo al «abolicionismo en las legislaciones», decimonónicas. Como se ve, parece fuera de toda duda que la *tradición abolicionista* (en su primera versión, es decir, en su manifestación contra el empleo de la pena capital), proviene desde los inicios del propio Derecho penal liberal.

Ahora bien, más allá de esa *tradición*, es verdad que en las últimas tres décadas, aproximadamente, en el ámbito de los países nórdicos surgieron determinados movimientos que tuvieron en común una lucha contra el empleo de otra pena: la pena privativa de libertad.[23]

---

22. En efecto, pese a ello, Robespierre presentó a la Asamblea Constituyente una proposición pidiendo la abolición de la pena capital.

23. En torno al momento al cual ahora se alude, pueden consultarse, entre otros, los trabajos de Bahl (1991), Blad (1991), Festinger/Schachter/Back (1950), Franke (1991), Haan (1986, 1991a, 1991b), Hulsman (1986), Kelly (1991), Kommer (1990), Mathiesen (1974), Mathiesen/Schafft (1991), Ryan/Ward (1992), Tulkens (1991), Van Swaaningen (1991 y 1996) o Zaitch/Sagarduy (1992). También *The European Group*

En el caso de los Países Escandinavos, por ejemplo, señalaba Bergalli (1983) que fue seguramente en ellos donde por primera vez comenzaron a formularse propuestas concretas y alternativas al pensamiento penal tradicional. Para explicar en qué contexto se formularon algunas de esas propuestas y, específicamente, aquellas que se dedicaron al ámbito de lo carcelario, el citado autor indica que «es justo señalar que el Instituto de Criminología de la Universidad de Oslo (Noruega), desde su fundación en 1954 por John Andenaes en el ámbito de la Facultad de derecho, pero mucho más desde que Nils Christie es su director, trabaja con una inclinación diferente. Sus primeros trabajos son poco conocidos pues su alcance estaba limitado a quienes conociesen idiomas escandinavos. Mas a medida que se van publicando los *Scandinavian Studies in Criminology* —obviamente en inglés— se difunden las orientaciones alternativas que de ellas emergen [...]. El más afamado hasta ahora de todos los trabajos publicados es el que difunde la obra de Thomas Mathiesen, *The Politics of Abolition*. En él se vierte el análisis de los movimientos y agrupaciones de detenidos en establecimientos penitenciarios escandinavos, los cuales actúan en pro de la reivindicación de sus derechos humanos y para que se les reconozca la posibilidad de constituir sindicatos con aptitud para luchar por la vigilancia de tales derechos» (1983: 231-232).

Bergalli se refería al surgimiento, hacia mediados de 1960, de diversos movimientos de apoyo a los reclusos en los países escandinavos: Krum en Suecia, Krim en Dinamarca y Krom en Noruega.[24] La importancia de estos colectivos fue tal que pueden encontrarse permanentes referencias a los mismos en cuantas publicaciones europeas se han ocupado de este tema.

Numerosas modificaciones se han operado desde que los citados movimientos aparecieron hasta la actualidad. También el propio Mathiesen, quien ha participado activamente desde su creación en estos movimientos (principalmente en el de su país, Noruega) ha experimentado una importante evolución que se aprecia en sus escritos de la década de los años setenta en comparación con los tiempos posteriores.[25]

---

for the Study of Deviance and Social Control, en sus numerosos Boletines publicados en los últimos años, ha generado una importante literatura sobre las estrategias del movimiento abolicionista.

24. Para una información detallada en torno a la aparición y a las principales actividades emprendidas por estos movimientos, durante los primeros años tras su creación, véase por todos, Mathiesen (1974).

25. Puede ser interesante, en consecuencia, constatar cómo se ha producido una transformación en los objetivos y en las estrategias de estos importantes colectivos. Señalaba Mathiesen (1974), que durante los primeros años de las actividades de Krum,

Pero, al margen de la lucha por la abolición estratégica de la cárcel, los abolicionistas plantean la necesidad de acabar con las penas y, más aún, con el propio derecho penal (y con el «lenguaje» penal).[26] A ello se ha referido, entre otros, Hulsman, cuando aboga por la «devolución» del conflicto a sus protagonistas (víctima del delito y ofensor) para que el conflicto no sea (la «situación problemática», como califica a los problemas relacionados con el delito), «apropiado» por las instancias de control formal del Estado (policía, jueces e instituciones penitenciarias). Para ello, señala este autor, han de establecerse mecanismos de «compensación» entre la víctima y el ofensor, en un intento de volver al ámbito «civil del derecho penal» (cfr. 1986).[27]

Krim y Krom, la perspectiva abolicionista era la dominante (tanto del sistema penal en general, cuanto del penitenciario en particular) y, precisamente por ello, las relaciones con las autoridades penitenciarias no eran especialmente buenas.

En relación con las posterioress orientaciones de estos movimientos, en especial de Krom, señala el citado autor a propósito de analizar el contenido del *Norwegian national report*, elaborado por Mathiesen y Schafft (1991), que sus principales acciones en la actualidad pueden resumirse del modo siguiente:

a) sin abandonar el tono crítico, Krom está hoy más abierto a *«reformas positivas»* que, en el ámbito penitenciario, eran categóricamente rechazadas por Mathiesen en su obra de 1974.

b) Actualmente, dicha organización estaría intentando elaborar estrategias limitadoras —defensivas— frente a la constante expansión de la cárcel. En el pasado, como se ha visto, la única estrategia válida —ofensiva— consistía en la abolición directa de las instituciones penitenciarias.

c) En el presente se atiende más al sistema de justicia penal en su totalidad que al sistema penitenciario en particular, preocupación más específica de la actividad de Krom en los años sesenta y setenta.

A ello puede agregarse que, en los últimos años, estos movimientos —sin abandonar la perspectiva abolicionista de la cárcel— han comenzado a mostrar una preocupación cada vez mayor en cuanto a los derechos fundamentales de los reclusos se refiere (para mayor información en relación a cuanto puede configurar una «cultura de la resistencia» en el ámbito carcelario, v. Rivera Beiras 1993).

26. En efecto, como indican Zaitch y Sagarduy, el abolicionismo pretende encaminarse «hacia un nuevo vocabulario [...] un nuevo conjunto de definiciones, muchas de las cuales recuperan ideas muy antiguas como "santuario" o "reparación", y otras dan una nueva dimensión a vocablos de uso común como "dificultades", "conflictos", o "situaciones problemáticas"» (1992: 34).

27. Aunque con otra terminología, es interesante destacar que algunas de las ideas que acaban de transcribirse, como propias del movimiento abolicionista, en realidad han sido expresadas muchas veces en otros contextos. Por ejemplo, cuando se alude, en el ámbito propio del Derecho penal, de la «función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos» (cfr. Octavio de Toledo y Ubieto 1990) se alude precisamente a la idea de que mientras «para llevar a cabo el control que pretende el Derecho, se observa que son suficientes otros mecanismos jurídicos menos traumáticos que los penales, se tiene que recurrir a aquéllos y desechar éstos» (9). Como se verá posteriormente, ésta es también una de las ideas centrales de la corriente identificada con una «reducción» del Derecho penal (o Derecho penal mínimo).

Para entender ese razonamiento, es preciso tener en cuenta el contexto histórico-cultural en el cual se han desarrollado estas modernas versiones del abolicionismo penal. En primer lugar, como indican Zaitch y Sagarduy, se ha de señalar que «los abolicionistas rechazan la definición de delito, o mejor dicho, lo definen por su negación» (1992: 33). Ello proviene, a juicio de estos autores, del cruce de diversas tradiciones culturales e intelectuales. Efectuando un «retrato epistemológico» del abolicionismo, los citados autores encuentran influencias del *interaccionismo simbólico* (pues otorgan mucha importancia a los procesos de definición y construcción de la realidad social); de la *fenomenología* (al entender que la objetividad del mundo institucional es un producto humano u «objetividad construída»); del *utopismo* (nunca negado por los propios abolicionistas); de una *tradición libertaria* (al ser los abolicionistas muy hostiles a toda forma de institucionalización); del *humanismo* (al reclamar la incorporación de un «humanismo ético» dentro de una teoría crítica del derecho penal y de la sociedad) e, incluso, de ciertos *pensamientos religiosos* (lo cual recuerda las ideas de Hulsman cuando indica que el delito ha de entenderse en una relación del hombre con Dios y con las normas religiosas que Dios ha impartido a la humanidad). Convendría aquí tener presente cuanto se mencionó anteriormente a propósito de una posible conexión entre los precedentes propios de la corriente o tradición anarquista, con las formulaciones y las *praxis* del movimiento abolicionista.

Es Blad quien relata algunas de las experiencias destinadas a «civilizar el derecho penal» que mencionaba Hulsman. Así, el primer autor señala que uno de los intereses fundamentales de uno de los grupos abolicionistas holandeses (Voices), como ejemplo de la estrategia abolicionista que le es propia, era crear las condiciones necesarias para posibilitar mecanismos de mediación entre el ofensor y la víctima, al creer que el delito debía ser visto como un problema social y por lo tanto no sólo concerniría únicamente al ofensor. Considerando a este último sujeto, iniciaron un proyecto experimental llamado «acuerdo penal» (*penal settlement*) consistente en que la víctima y el ofensor lleguen a un acuerdo sobre el modo de reparar el mal causado. El logro del pacto liberaría de los cargos de una acusación y, si alcanzado el acuerdo éste no se respeta, dicha infracción debería ser considerada como un incumplimiento de contrato que daría lugar a una reclamación civil (como se ve, se trata de un intento de «civilizar» el carácter penal del proceso).[28]

---

28. Para ayudar al ofensor a cumplir el acuerdo, Voices también inició un proyecto de «posibilidades de ganar dinero» («*Money-earning-possibilities*») persuadiendo a los empresarios a contratar al ofensor.

Blad concluye señalando que, en los pocos años de su existencia, Voices, a través de sus proyectos ha dejado clara que su crítica consiste en ofrecer alternativas. El proyecto de «acuerdo penal» reseñado, ha sido concebido para sustituir el procedimiento criminal existente y, en ese sentido, tiene algo de la «alternativa inacabada» de Mathiesen.[29]

Las distintas experiencias implementadas por el abolicionismo, sus diversos fundamentos epistemológicos (que resumidamente fueron citados) y las tradiciones también distintas que nutren a esta «corriente», han llevado a diferentes autores a preguntarse si *el abolicionismo ¿es una teoría, un nuevo paradigma, un movimiento social...?* Al respecto, Mauricio Martínez indica lo siguiente:

a) no obstante no constituir un nuevo paradigma «en el sentido exigido por Kuhn para las revoluciones científicas», se reconoce que el abolicionismo provoca una crisis de paradigma en cuanto logra debilitar la fe que se tenía en el sistema penal, poniendo en discusión todos los conceptos que tradicionalmente lo han sostenido (1995: 17).

b) El mismo autor, al analizar si el abolicionismo expresa (o se nutre de) una nueva teoría, destaca que, siempre, determinados objetivos de política criminal estimulan el desarrollo de determinadas teorías criminológicas. En tal sentido, precisa, si hay necesidad de una teoría criminológica que pueda servir de fundamento científico al abolicionismo [...] es necesario recurrir a los enunciados principales del *labelling approach* (*op. cit.*: 17-18).

c) En cuanto al debate que el abolicionismo ha suscitado en torno a si es (y a si debe ser) un movimiento social y/o político, Mauricio Martínez expresa que esta corriente ha sido criticada tanto por «ser» un movimiento de tal índole, como por «no serlo». «Mathiesen, considerado el estratega del abolicionismo, plantea concretamente la

---

29. Junto a todo ello, Voices ha elaborado, dentro de lo que denomina «reformas positivas», un Código del Visitante de Cárceles («*Visitor's Code*»). Estas reglas deberían uniformar la política de visitas a las cárceles para los grupos y asociaciones de carácter no gubernamentales que, en la actualidad, se basa en la decisión individual del director del Centro.

Por lo que se refiere a la incidencia efectiva que han tenido en Holanda las críticas y las propuestas de éste y de otros grupos abolicionistas, Blad destaca que se las ingenian para tener un fuerte soporte en los medios de comunicación: los más importantes periódicos cuentan con sus opiniones para comentar acontecimientos y son tratados como una organización respetable. De acuerdo con Willem de Haan (1986 y 1991), miembro él mismo de otra asociación abolicionista (la Liga Coornhert), ésta ha hecho una sustancial contribución a la creación y mantenimiento de un clima penal en Holanda en el que el pensamiento crítico sobre la justicia criminal y las reformas penales, puede ser aceptado.

necesidad de que los ideales abolicionistas sean llevados adelante por un movimiento social o político, en el sentido de un comportamiento colectivo que cubra un gran número de personas intencionalmente dirigido a transformar las estructuras autoritarias del Estado capitalista moderno. Las personas indicadas para llevar a cabo dicha empresa, para constituir el movimiento, serían en primer lugar los marginados, los desviados, los desempleados, las mujeres y los prisioneros» (*op. cit.*: 19). Sin embargo, y pese a ello, las críticas llegaron precisamente por el lado de la supuesta confusión entre actividad científica y lucha política (*ibídem*).

Las críticas que se le han señalado a los abolicionistas, fundamentalmente de los sectores que propician un «reduccionismo» penal, son diversa índole. Sin perjuicio de cuanto se dirá al respecto en el siguiente epígrafe, conviene anticipar por ahora que unas críticas se centran en el hecho de objetar que ese proceso de «civilizar al derecho penal» puede acabar transformándose en un proceso de «criminalización de la Ley civil». Otras, advierten de la desigualdad existente entre víctima y ofensor, lo cual, normalmente, no puede asegurar una «compensación» equitativa por el daño causado.

También se ha objetado que la posibilidad de que el ofensor realice «trabajos en beneficio de la comunidad» no supone otra cosa que volver a unas formas de penalidad que han sido conocidas en la antigüedad y que, precisamente, su carácter utilitario y de explotación de una mano de obra gratuita o barata, fueron los argumentos que motivaron su abolición.

Se ha señalado, asimismo, que no es posible «exportar» el modelo abolicionista a otras áreas en las cuales existe un índice de conflicto social elevado y en donde, en consecuencia, el Derecho penal sigue siendo necesario pues, su abolición, acarrearía consecuencias más negativas que su mantenimiento (en este sentido, como se verá más adelante, Silva Sánchez 1992).

Finalmente, se critica que los mecanismos «civiles» de compensación entre víctima y ofensor, corren el riesgo de no prestar atención a las garantías que son propias del Derecho penal y del Derecho procesal penal, garantías que provienen de la Modernidad. Como se ve, una vez más, las distintas tradiciones tienen un peso decisivo en el enfoque que se examina (para conocer el alcance de estas todas estas críticas, v. Pavarini 1985).

Pese a tales críticas, existe un generalizado acuerdo en señalar que *el abolicionismo* contribuyó a desvelar la «inflación punitiva» que padecen los sistemas penales contemporáneos. También se reconoce que sus ideas ayudaron a potenciar mecanismos de

arbitrajes no penales y al diseño de formas de regulación de conflictos tales como, por ejemplo, la reparación. Asimismo, algunas de las iniciativas *abolicionistas* que anteriormente se han citado, como, por ejemplo, la relativa a los trabajos al servicio de la comunidad, han sido incorporadas paulatinamente en diversos ordenamientos penales, como es el caso del nuevo CP que en España fue aprobado recientemente, sin que muchas veces se reconozca la tradición de la que provienen institutos de esa índole.

Por otra parte, como ha señalado Scheerer (1997), la constante descalificación que se hace del abolicionismo (de la cárcel), al ser tachado de «utópico», es muy frágil. Tan en contra puede estarse de la cárcel como de la tortura; aun cuando esta última subsista, ha de ser combatida, y no por creer que no pueda ser erradicada se ha de dejar de denunciarla. ¿No podría, acaso, decirse lo mismo de la institución carcelaria?

Más allá de todo ello, como recientemente revelara Hulsman, existen tantos puntos de unión entre el abolicionismo y el garantismo que resulta evidente que ambas corrientes pretenden la reducción de la intervención penal hacia lo mínimo que pueda ser posible. Tal vez, sinceramente, como el profesor holandés nos revelara hace tan poco tiempo, sería mejor conocer ciertos aspectos biográficos de la vida de quienes han sido enrolados en estas corrientes, sin pretensiones estrictamente académicas que pueden desdibujar un panorama de compromiso.[30]

6) **Reino Unido: la formulación político-criminal del Realismo de Izquierdas**

Como destacan Zaitch y Sagarduy, desde 1973, Taylor, Walton y Young habían iniciado el camino hacia un enfoque materialista del problema del delito[31] que daría origen a la llamada *Criminología, «nueva», «crítica» o «radical»* (1992: 36 y ss.). Esta nueva aproximación desafió los paradigmas por entonces hegemónicos en la Criminología, fruto de contribuciones político culturales que procedían de la *New Left* británica y de la *New Deviancy Theory* norteamericana. El «cambio de paradigma» se había iniciado:

---

30. Me refiero a la entrevista que he podido realizar a Louk Hulsman en la que revela aspectos biográficos muy trascendentes para conocer el auténtico *background* abolicionista, y que recientemente ha sido publicada por Anthropos Editorial en la *Revista Anthropos. Huellas del Conocimiento* en homenaje a la memoria de Alessandro Baratta (cfr. 2004).

31. Aluden con ello a la aparición de la Nueva Criminología.

> Esto significó sin duda un ataque fuerte contra aquellas explicaciones, nociones y planteos tradicionales sobre el delito: el *consenso* de valores fue reemplazado por el *pluralismo*; la *determinación* del comportamiento humano por la concepción voluntarista de *libre arbitrio y espontaneidad*; la *patología* por definiciones diferenciales de *normalidad*; la *realidad ontológica* del delito por la *construcción social* del etiquetamiento; el *correccionalismo* por una *no-intervención radical;* la *condena moral* del desviado por la *simpatía e identificación* con los extraños; la *acción* por la *reacción*; el problema *etiológico* del delito por el problema *etiológico* de la criminalización; la definición *legal* del delito por definiciones *sociales y subjetivas,* etc. [*op. cit.*: 37].

Semejantes cambios epistemológicos sobre la forma de abordar teóricamente, pero también de intervenir en la *praxis* político-criminal de forma diferente, provocaron el surgimiento de diversas tendencias en la *nueva criminología radical* británica de entonces. Pueden así identificarse paradigmas marxistas e interaccionistas, algunas con visiones muy radicales sobre el delito. Así, por ejemplo, los trabajos de Quinney quien atacó duramente los planteamientos positivistas hasta entonces dominantes defendiendo la idea de la existencia de una «subjetividad radical» para la cual «nada» existe objetivamente y, en cuanto al delito, asegura que éste sólo existe si se dan tres condiciones: *a*) una tarea de etiquetamiento oficialmente realizada sobre una persona; *b*) por instituciones autorizadas para ello; *c*) en el marco de una sociedad políticamente organizada para ello (cfr. Zaitch y Sagarduy *op. cit.*: 38).

También en el sentido «radical» que se menciona, pueden citarse los trabajos de Schwendinger en los que se sostiene que ya no es posible restringir el concepto de delito a las violaciones de las leyes. En esa dirección, sostuvieron que era necesaria una verdadera tarea de redefinición del concepto de delito en la que debía primar el aspecto de «violación de los derechos humanos». En consecuencia, situaciones tales como la pobreza, el racismo, el sexismo o la guerra imperialista, podían y debían ser consideradas como delitos (Zaitch y Sagarduy *op. cit.*: 38-39).

Pese a estas contribuciones que estuvieron en la base de la revolución epistemológica de la misma disciplina criminológica, dentro del propio movimiento de la Criminología crítica surgieron discrepancias y autocríticas en la segunda mitad de los años setenta que se intensificarían más aún en la década posterior. El «idealismo» inicial, fue dando paso a un «realismo» posterior. Diversos fueron los aspectos de esta «evolución».

En primer lugar, puede decirse que el propio enfoque materialista propició las acusaciones de «idealismo» al asegurar que el

acto desviado y delictivo no es, solamente, el resultado de un etiquetamiento, sino que detrás de él hay una base material que no puede ser negada. A partir de 1975 con la nueva obra de Taylor, Walton y Young («Criminología Crítica»), la crítica y autocrítica se hizo más contundente y fue sentando las bases de lo que se conocería como «Realismo de izquierdas» (*Left Realism*). Zaitch y Sagarduy explican las nuevas bases teóricas y prácticas del modo siguiente:

> Así, el delito no era una mera etiqueta sino el producto de la brutalización, el individualismo competitivo, algo determinado; no una actividad de gente viviendo en el ocio sino en el mundo del trabajo; no algo sólo mistificado por las estadísticas y la ideología, sino reflejando necesidades reales, miedos justificados, contradicciones históricas; no una auténtica expresión de pluralismo sino un acto que dañaba directamente intereses más o menos consensuados (vida, propiedad, etc.); no un ataque contra los poderosos sino una actividad en gran medida intra-clase en su objetivo, impacto y distribución [*op. cit.*: 39].

Los nuevos tiempos «realistas» se iniciaban con profundas revisiones de planteamientos anteriores. Tony Platt, por ejemplo, señalaba en 1978 que los intereses de la clase trabajadora no se veían agredidos tan sólo por la guerra y explotación imperialista sino por la violencia doméstica, las violaciones a mujeres, el maltrato a niños, el homicidio, etc. Y, lo más importante, agregaba, es que ello no sólo causa sufrimiento evidente a las víctimas directas de tales agresiones sino, lo que es más grave, semejante situación socava la solidaridad colectiva. Por allí, se volverá a entender entonces que el delito es *«realmente» un problema*; que el sufrimiento humano y el fracaso personal, muchas veces provocado el delito son *acontecimientos y situaciones «reales»;* que el delito está localizado y fiscalizado —geográfica y socialmente— sobre los sectores *realmente* vulnerables de la sociedad;

> [...] que el delito no es una actividad de los Robin Hood modernos —la vasta mayoría de los delitos de la clase trabajadora tiene lugar dentro de ella. Es en su esencia intra y no inter-clasista. Es más bien intra que inter-racial. Tanto los delitos de la clase trabajadora como los de cuello blanco ocurren contra las personas más vulnerables económica y socialmente [Zaitch y Sagarduy *op. cit.*: 40].

En el mismo sentido, señalaban en 1992 Matthews y Young que los estudios sobre victimización han logrado demostrar que el impacto del delito es muy desigual, recayendo desproporcionadamente sobre los sectores más pobres y vulnerables de la población

(cfr. 1992: 14). En consecuencia, y de manera paradójica, entienden los citados autores que son los grupos sociales más desfavorecidos quienes terminan pagando desproporcionadamente el costo de financiación de un sistema de justicia criminal cada vez más caro. Este convencimiento llevó a Taylor a señalar que «ley y orden», entonces, representa una fórmula que debería verse más propiamente como un tema de la izquierda y no de la derecha, emergiendo la necesidad de reformular una respuesta social democrática (de izquierda) que esté en contacto con los miedos reales y las ansiedades de los habitantes (cfr: 1981).

Por todo ello, y este sería uno de los rasgos distintivos del Realismo «de izquierda» del identificado como «de derecha» (*Right Realism*), el delito es entonces un poderoso símbolo significante de la naturaleza profundamente antisocial del sistema capitalista y contribuye seriamente a la producción de situaciones como el desempleo, el individualismo competitivo, etc., pero nunca podría se concebido como una forma de rebelión política. Este Realismo de Izquierdas volverá a hablar de «*causas*» de la conducta delictiva. La teoría de la *privación relativa* será útil para ello. Por medio de la misma se explicará que la gente experimenta un nivel de injusticia en la distribución de recursos y utiliza medios individualistas en el intento de salir de esa situación. En ese sentido, el Realismo de Izquierdas pretende separar «realidad de fantasía» entendiendo que es la Política la que, en definitiva, determinará las condiciones sociales que causan el delito, el grado de igualdad o selectividad del sistema penal, la conformación y actuación de sus agencias de aplicación, etc. A esa actividad y proyección «políticas» es, pues, hacia donde debe atraer su campo de actuación. Si bien el positivismo erró en las causas del delito, indican, la Criminología debe considerar como importante tema a tratar, precisamente el de las causas de aquel tipo de comportamiento; ello será una importante tarea política a desarrollar para mejorar las condiciones de vida materiales, cuya privación pueden llevar al delito.

También, y además del substrato epistemológico que se está comentando, no puede olvidarse otro de naturaleza profundamente política. Los años a los que se está haciendo referencia —fundamentalmente los de la década de 1980— son los propios de la hegemonía de la derecha conservadora en la que ocupó el poder Margaret Thatcher. Por tanto, el Realismo de Izquierdas fue una auténtica «política criminal de la oposición» (aunque posturas «realistas» británicas pueden hallarse antes) y en ese contexto deben ser vistas sus propuestas y los conceptos que se han mencionado. Así podrán entendidas sus ideas y propuestas acerca de que

el delito es un problema real que debe abordarse a través de procesos estatales centralizados y formalizados (a través de la legislación penal, el trabajo social, la justicia criminal, etc.). Pero también, y es otra profunda diferencia con los «Realistas de Derecha», ello debe de ir acompañado de profundas mejoras que pasan, no tanto por la política criminal, sino por la política social (mejora de la calidad de vida de los habitantes, de los barrios, de los equipamientos sociales, etc.). Respecto a la época que se ha señalado, Matthews y Young señalaron que...

> La aparición en Gran Bretaña de trabajos de realismo criminológico radical ha sido asociada generalmente al crecimiento del thatcherismo. Sin duda que el mismo creó una serie de problemas y desafíos, pero el realismo criminológico no fue simplemente un producto gubernamental, más bien ambos fueron producto de los cambios en las condiciones socioeconómicas durante la década de 1970. En el terreno de «ley y orden», el problema del delito y de su control había empezado a tomar nuevas dimensiones y significados. Cuando en la víspera de las elecciones de 1979 se le preguntó a Margaret Thatcher si habría del problema de «ley y orden» un tema central, ella respondió, con cierta justificación, que no era ella sino la propia gente la que aseguraría que dicho tema fuera prioritario. Numerosas encuestas de opinión llevadas a cabo durante la década siguiente, indicaron que el problema del delito fue después del desempleo, la segunda causa de preocupación pública [1992: 13-14].

Indican además Matthews y Young por qué califican de «radical» a ese Realismo de Izquierdas, lo cual explican desde distintas ópticas que integran su propuesta política. En primer lugar, porque «la reconocida seriedad del problema del delito» es tal que requiere una respuesta que vaya más allá de la ingeniería asistemática y de ajustes a corto plazo. En segundo término, la adjetivación de «radical» sugiere la construcción de una respuesta política que no quede subsumida en el consenso liberal-conservador tradicional. En tercer lugar, es «radical» porque pretende atacar la raíz del problema del delito. Finalmente, también lo es porque se inspira libremente en la tradición del pensamiento crítico que pretende la desmitificación de las relaciones sociales (cfr. 1992: 17-18).

> El término «realismo» viene a indicar el surgimiento de una Criminología que, aun manteniéndose «radical», es simultáneamente alternativa y aplicable. Es una Criminología que expresa un compromiso con la investigación empírica minuciosa, reconoce la objetividad del delito, hace frente a los efectos dañinos y

> desorganizadores del mismo, y enfatiza la posibilidad y el deseo de involucrarse en reformas progresistas [*op. cit.*: 18].

En cuanto a los rasgos más específicos que diferenciarían al Realismo de Izquierdas del «de Derechas», indican Matthews y Young que son «lo opuesto». En efecto, indican que mientras los Realistas de Derecha priorizan «orden sobre justicia», los «de Izquierdas» dan prioridad a la justicia social como un medio para conseguir una sociedad equitativa y ordenada. Así, agregan, mientras los primeros vuelven a las teorías genéticas e individualistas para echarle la culpa a la «clase baja», los segundos señalan la injusticia social que margina a amplios sectores de la población y genera delito. Eso sí, admiten que «si algo tienen en común los dos realismos», es el rechazo del «utopismo» al señalar que no hay soluciones mágicas y que todas las intervenciones en el control del delito tienen un costo social que debe considerarse en relación con su efectividad (*op. cit.*: 19).

En tal sentido, finalizan su estudio con las siguientes palabras que sintetizan su programa de actuación política y el horizonte de la misma:

> [...] el Realismo de Izquierdas involucra la repolitización del delito. Sostiene que éste no puede reducirse efectivamente a través de políticas individualistas, tecnocráticas o administrativas, como sugieren los neoconservadores. Por el contrario, como la Criminología radical siempre ha enfatizado, la reducción del delito requiere apreciar una amplia gama de procesos políticos y estructurales que escapan a las fronteras de la Criminología tradicional. Esto no significa que no puede hacerse nada, más que una fundamental transformación de la estructura social, sino que la efectividad de las estrategias particulares estará seguramente condicionada por esos procesos más amplios. De esta manera, la Criminología marcha ineludiblemente hacia la esfera política más general, y el control del delito debe de forma inevitable volverse parte de un programa político global. Por demasiado tiempo pretendimos que podía ser de otra manera [*op. cit.*: 35].

CAPÍTULO V

LA CRISIS DEL *WELFARE* Y SUS REPERCUSIONES EN LA CULTURA POLÍTICA EUROPEA

Iñaki Rivera Beiras
y Gemma Nicolás Lazo

1) Orígenes y razones de la de-construcción del *welfare* (*Iñaki Rivera Beiras*)

Recordaba O'Connor los titulares de los periódicos norteamericanos de la década de los años de 1960 y principios de los de 1970:

> «La Compañía Lockeed consigue garantías crediticias»; «Según el Presidente la guerra de Vietnam no ha proporcionado beneficios»; «Nueva emisión de cincuenta millones de dólares de la BART»; «Los gastos del programa de asistencia médica para ancianos suben un 20 %»; «Incremento del 30 % del presupuesto de la ciudad»; «La huelga de maestros entra en su tercera semana» [1973: 19].

Tales noticias, en forma de titulares periodísticos, reflejan un conflicto social latente que será precisado de inmediato por el citado autor aún con más detenimiento, y expresa algunas causas explicativas del inicio de una profunda crisis:

> Cada clase y grupo económico y social quiere que el Gobierno gaste crecientes sumas de dinero en un número creciente de cosas. Pero ninguno quiere pagar nuevos impuestos o mayores índices sobre los viejos impuestos. En realidad, casi todo el mundo quiere impuestos más bajos y muchos grupos han llevado a cabo, con éxito, campañas en pro de una reducción de los mismos. Las demandas de la sociedad sobre los presupuestos locales y estatales parecen ilimitadas, pero la voluntad y la capacidad de los ciudadanos de pagar los gastos que éstas conllevan resultan estrechamente limitadas. Y a nivel federal, los gastos se han incrementado con más rapidez que la producción total [*op. cit.*: 20].

Refiere O'Connor que en los años de 1970 el director del Sistema de la Reserva Federal señalaba que se hallaba ante una verdadera encrucijada respecto a sus planes fiscales. Aceptaba así este director de la Reserva Federal que muchos ciudadanos estaban profundamente alarmados por la creciente proporción en que los impuestos federales, estatales y locales reducen sus ingresos. En tal sentido, la tendencia a gastar más de lo que se está dispuesto a financiar a través de los impuestos estaba llegando a arraigar y a convertirse en profundamente amenazadora. Admitía el mencionado director que, en aquel entonces, no se vislumbraba un fin próximo del déficit federal. Numerosos programas federales conllevaban un enorme aumento del gasto y había propuestas para ser discutidas en el Congreso cuyo efecto sería incrementar enormemente el gasto en los años sucesivos. Con semejante horizonte, precisaba O'Connor:

> Hemos denominado «crisis fiscal del Estado» a esta tendencia del gasto gubernativo a aumentar más rápidamente que los ingresos. No es que haya una ley inflexible por la que el gasto tenga que crecer siempre con mayor rapidez que los ingresos, pero es un hecho que las necesidades crecientes a las que sólo el estado puede hacer frente producen mayores demandas sobre el presupuesto estatal [*op. cit.*: 21].

Diversos factores en forma individual o combinada, podían contrarrestar la crisis. Por ejemplo: se podían desatender las necesidades de las personas que dependen de los servicios públicos (como ocurrió en Nueva York con la reducción de la asistencia social durante la recesión de 1970-71); puede ocurrir que las grandes compañías que desean préstamos y subvenciones gubernamentales no los obtengan (como sucedió en el Congreso con la propuesta de subvencionar el desarrollo del avión supersónico civil); puede llegar el Gobierno a congelar los salarios y los sueldos en un intento por paliar la crisis fiscal. Además, agrega O'Connor, se puede obligar a los ciudadanos a pagar impuestos más elevados y precisa que...

> [...] ni el volumen ni la composición del gasto del Gobierno ni la distribución de las cargas fiscales están determinados por las leyes del mercado, sino que reflejan los conflictos sociales y económicos entre grupos y clases y están estructuralmente determinados por ellos.

En síntesis, tal y como se va viendo, el Estado del Bienestar empieza a quebrarse, la base presupuesta que había sido uno de sus presupuestos fundantes tambalea y el dinero no alcanza.

> Necesitamos un modo de comprender esta crisis fiscal y, en último tiempo, de actuar sobre ella [...]. Necesitamos una teoría del presupuesto gubernamental, un método para descubrir su significado en la economía política y en la sociedad entera [*op. cit.*: 21].

O'Connor aclara que su obra tratará sobre la problemática de la política fiscal, recordando que el objetivo de la misma consiste en descubrir qué principios rigen el volumen y la distribución de los recursos y gastos estatales y la distribución de la carga impositiva entre distintas clases económicas. Recuerda a los fundadores de la política fiscal —Rudolph Goldscheid y Josep Schumpeter— y del último rememora sus esperanzadoras palabras sobre la política fiscal, optimismo que juzgará como «prematuro»:

> La hacienda pública constituye uno de los mejores puntos de partida para el análisis de la sociedad, especialmente, aunque no de un modo exclusivo, en lo que se refiere a su vida política. La plena fecundidad de esta aproximación se aprecia singularmente en los momentos cruciales, o mejores épocas, en que las formas existentes comienzan a desaparecer y a transformarse en algo nuevo. Esto es verdad tanto para la significación causal de la política fiscal [...] como para la significación sintomática [...]. A pesar de todas las salvedades que siempre hay que hacer podemos referirnos a un campo especial: la sociología fiscal, de la que puede esperarse mucho [*op. cit.*: 22].

Evidentemente, la obra de O'Connor se refiere a la situación de los Estados Unidos de Norteamérica tras el final de la segunda Guerra Mundial, frente a lo cual, y a los fines que aquí interesan, cabría formular la pregunta de si ¿es ello extrapolable a la situación europea? Para comprender el sentido de su obra y, en consecuencia, penetrar en las explicaciones y razones de la crisis fiscal del Estado, es preciso recordar que O'Connor parte de unas premisas (tomadas de la economía marxista y adaptadas al problema del análisis presupuestario), que él mismo identifica claramente:

> *El Estado capitalista debe tratar de satisfacer dos funciones básicas y a menudo contradictorias: acumulación y legitimación*. «Esto quiere decir que el Estado debe intentar mantener o crear condiciones en las cuales sea posible la acumulación rentable de capital. Además el Estado debe tratar también de mantener o crear las condiciones necesarias a la armonía social».[1]

1. «Un Estado capitalista que empleara abiertamente sus fuerzas coercitivas para ayudar a una clase a acumular capital a expensas de otras clases, perdería su

En el indicado sentido de que la crisis fiscal solamente puede comprenderse partiendo de las categorías económicas marxistas básicas, O'Connor explica que los gastos estatales tienen un doble carácter de *consumo social* y de *gasto social*. Respecto al primero, explica que se trata de los proyectos y servicios que disminuyen el coste de reproducción del trabajo. Ejemplo clásico: la seguridad social, la cual hace aumentar el poder de reproducción de la fuerza de trabajo a la vez que disminuye el coste del trabajo. Por cuanto se refiere al *gasto social*, aclara que semejantes gastos no son «productivos», sino que se trata de los proyectos y servicios necesarios para el mantenimiento de la armonía social, para que el Estado cumpla la función de legitimación. Ejemplo: la asistencia social, cuyo objetivo principal es mantener la paz social entre los trabajadores en paro (para evitar rebeliones que supondrían más gasto). Como se puede observar, O'Connor pone de manifiesto el carácter dual y contradictorio del Estado capitalista[2] y sobre la base de esa estructural contradicción, que generará crisis económicas, sociales y políticas, se desarrollará toda su obra.

Por otra parte, esas crisis (que en el fondo son derivaciones de la crisis fiscal del Estado) se agravan cuando la actividad privada pretende apropiarse de poder estatal para la defensa de sus propios intereses de acumulación. La lucha que presentan las reivindicaciones de sectores particulares y corporativos (empresas y sindicatos) son un claro exponente de que esa lucha se dará en un terreno político.

Ahora bien, si ese panorama ya se vislumbraba como estructuralmente contradictorio en los años 60 y primeros 70 (no puede olvidarse que todo lo mencionado antes fue escrito con anterioridad a la crisis energético-económica de 1973-74), dicha crisis mostró los límites de las políticas *keynesianas* del Estado Social para afrontar la recesión económica, la inflación y el desempleo. Como señala Silveira Gorski (1998), nuevos signos indicaban una

---

legitimidad y socavaría por tanto el fundamento de la lealtad y el apoyo de que gozara. Pero un Estado que ignorara la necesidad de favorecer el proceso de acumulación de capital se arriesgaría a agotar la fuente de su propio poder: la capacidad de la economía de generar excedentes y los impuestos sobre este excedente (como sobre otras formas de capital) (O'Connor *op. cit.*: 26).

2. Indica que debido precisamente a ese carácter dual y contradictorio del Estado capitalista, «casi todos los sectores de la Administración estatal se encuentran comprometidos en la acumulación y en la legitimación, y los gastos de casi todos los Estados presentan este carácter dual. Por ejemplo, algunos gastos de educación representan un capital social (por ejemplo, los maestros y el equipo necesarios para reproducir y aumentar el nivel técnico y la habilidad de la fuerza de trabajo), mientras que otros desembolsos representan gastos sociales (por ejemplo, los salarios de los policías de los *campus*)» (*op. cit.*: 27).

era nueva y plena en problemáticas desconocidas: 1) quiebra del modelo de *Bretton Woods* sobre los tipos de cambio de moneda (el dólar pierde su hegemonía como moneda de reserva); 2) paso a un sistema de cambios flexibles y ya no más fijos; 3) aumento del precio de las materias primas; 4) disparo de la inflación económica y de las devaluaciones monetarias; 5) consecuente inestabilidad de los mercados financieros.

En muy pocos años la recesión golpearía con mucha fuerza a los países industrializados y, en ellos, se comenzaría entonces a vislumbrar unas nuevas estrategias para luchar contra la crisis. Tomemos el caso de Italia, país como vimos emblemático en el nacimiento de aquel Constitucionalismo social.

En 1975 se presenta el Informe a la «Comisión Trilateral» sobre la gobernabilidad en las democracias occidentales. Como destaca Silveira se indicaban allí tres tipos de «amenazas» para estas democracias:

a) las externas: o provenientes de la Inflación y de los cambios económicos que a nivel internacional se estaban operando;
b) las sociales: propias de la irrupción de nuevos valores y de la descomposición social consecuente;
c) las internas: la pérdida del control social o de la generación de un exceso de demandas sociales.

En síntesis, como destaca Silveira, empieza a difundirse la idea de que cuanto más democrático es un sistema político, más expuesto está a las amenazas internas (*op. cit.*: 89). Se aboga en el «Informe» por poner límites a la democracia «sin mesura» del Estado social porque un espíritu de democracia demasiado difuso e invasor puede constituir una amenaza intrínseca y dañar cualquier forma de asociación. La crisis, y las consecuencias de la misma, estaban anunciadas.

2) El paso del sistema de organización *fordista* al *post-fordista* en el ámbito de la vida laboral, social y cultural (*Iñaki Rivera Beiras*)

Destaca Silveira que diversas lecturas pueden hacerse sobre la crisis del Estado social. Al menos, dos:

1) *Una primera lectura de tipo «Institucionalista»* (Huntington). Esta explicaría que la crisis se provocó al darse una «situación ingobernable» provocada por: las demandas sociales, las

demandas salariales (en definitiva, una «sobrecarga de demandas»). En consecuencia, debería reforzarse la disciplina y restringirse las demandas. Todo ello, además, muestra precisamente, los «límites fiscales del Estado».

Sin embargo, una interpretación semejante no penetra en la complejidad del problema y, en consecuencia, deviene necesario ahondar en la:

2) *lectura que pone en relación la crisis con la quiebra del modelo «fordista» de sociedad.* Ese modelo se basó en determinadas características: asentado en el trabajo en serie (la cadena de montaje de Henry Ford), donde se preveía que el crecimiento de los salarios estaría en directa relación con el aumento de la productividad, ello llevaría a una distribución de los recursos económicos contándose, también, con un generalizado sistema de Seguridad Social. Semejante modelo, en definitiva, redundaría en la extensión del Bienestar a la mayoría de la población.

Es decir, la «vida segura», el trabajo hasta la jubilación, la aspiración por «colocar en la fábrica» a los hijos y seres queridos, todo ello iba construyendo una particular «ética del trabajo» y un auténtico «estilo de vida» que coadyubava al nacimiento de una verdadera «conciencia de clase».

A este respecto, Silveira indica que...

> [...] en la postguerra europea, los poderes económicos y políticos respondieron a la crisis económica, social y política de los años treinta y cuarenta con el modelo fordista de sociedad. Este se caracterizó a grandes rasgos por: la organización taylorista del trabajo, el crecimiento de los salarios en función de la productividad, una distribución pública de recursos económicos, el establecimiento de un sistema generalizado de seguridad social, el desarrollo del consumo de masas y la extensión del bienestar a la mayoría de la población. La extensión de este modelo de sociedad, que Galbraith llamó «sociedad opulenta», no hubiera sido posible sin el sistema de equilibrios internacionales surgido de la segunda guerra mundial y sin la creación de organizaciones económicas internacionales —GATT, Bretton Woods, FMI, BM— dedicadas a favorecer la expansión del conjunto de las economías capitalistas occidentales. El eje del sistema fordista de sociedad fue el Estado social. En la base de esta forma de Estado estaba la denominada «ecuación keynesiana»: la idea de que era posible combinar crecimiento ilimitado con una mejor distribución de la riqueza y una mayor equidad social. El Estado social de la postguerra significó la institucionalización de una forma de mediación entre las necesidades sociales y la lógica de valorización del capital [134-135].

En ese «marco de seguridad», partidos políticos y sindicatos participaban en el intercambio, en la negociación de conflictos. Pero el modelo fordista de sociedad entró en quiebra con la crisis del Estado social y las transformaciones económico-políticas del contexto internacional de los años 70 y 80. Esto nos sitúa ya en las puertas del proceso de globalización económica.

Se penetraba de este modo en el llamado *post-fordismo*. Como señala Silveira, esquemáticamente, se sucederían determinados acontecimientos que contribuyen al proceso señalado: una ofensiva neoconservadora en los años de 1979/80 (Reagan y Thatcher), que iría provocando un vuelco autoritario en las relaciones entre Estado y Sociedad; en el ámbito económico, se asistiría a una gran movilidad —mundial— del capital, acompañado de un proceso de privatización de empresas públicas. En definitiva, el trabajo —como elemento fundante de aquel orden social— se diluye poco a poco y, sobre todo, se precariza. Empieza a cambiar la legislación protectora del trabajo. El puesto de trabajo se hace precario y el Estado empieza a retirarse de su función de garante y protector. Como señala Silveira:

> [...] la crisis del Estado social no se puede aislar de la ofensiva neoconservadora iniciada por Reagan y Thatcher en los años ochenta y continuada después por los gobiernos europeos occidentales. El remedio sugerido en el *Informe a la Trilateral* encontró respuesta en casi todos los países capitalistas occidentales con un cambio en las formas de gobierno. Las políticas neoconservadoras lograron autonomizar el sistema político de las demandas sociales y dieron un vuelco autoritario a las relaciones entre el Estado y la sociedad civil. Se pusieron en práctica medidas de reducción o de contención del gasto público, legitimadas muchas veces como medidas urgentes y temporales (eliminación de la escala móvil y de la seguridad en el empleo, privatización de las empresas estatalizadas, etc.) [...]. Con estas medidas el capital materializó su ruptura con el compromiso sociopolítico del estado social. Como es conocido, la crisis económico-energética internacional de 1973 fue una crisis de oferta. Pero los costes crecieron no sólo porque aumentó el precio del petróleo sino porque el capital se negó a continuar produciendo y, en consecuencia, a invertir, mientras no cambiaran las políticas social, económica y laboral del estado social. Para el capital, las políticas de pleno empleo, seguridad y bienestar social habían actuado como caldo de cultivo para el surgimiento de movimientos sociales con nuevas demandas. El capital quería volver a establecer mecanismo reguladores del trabajo y a disciplinar a los trabajadores. La crisis del Estado social surgió, por tanto, de la ruptura del «compromiso político» establecido entre los trabajadores y el capital [137-138].

Dentro de todo este proceso es muy importante considerar la importancia de las nuevas tecnologías y de la informática, que permitieron que las empresas puedan actuar en diversas partes del mundo derrumbándose la «cadena de montaje». En efecto, la nueva industria, las «empresas en red», distribuidas por los Continentes donde se pueda pagar poco, muy poco, el trabajo y se logre flexibilidad en las prestaciones de las máquinas y sincronización en el proceso de unión del trabajo semielaborado, el producto final y la introducción en el mercado. Ello ha provocado importantes transformaciones en la concepción del *tiempo* y del *espacio*. En efecto, como señala Silveira,

> [...] el modo de producción fordista implicaba una determinada forma de organizar el tiempo y el espacio de trabajo Esto permitía a su vez que los trabajadores establecieran comunicaciones personales y vínculos comunes y que se formara una consciencia de clase colectiva. Entre los trabajadores, los empresarios y los sindicatos existía una *praxis* concreta. Pues bien. El post-fordismo ha transformado estos vínculos y esta *praxis* separando los lugares donde se forman las necesidades sociales y se realiza la reproducción social de aquéllos donde se lleva a cabo la producción de bienes. El nuevo paradigma productivo ha restablecido el trabajo fragmentario, precario, flexible e inestable [140].

En efecto, los trabajadores de antes han perdido su propia identidad como colectivo, ahora están aislados y sin vínculos. Ahora, en el mejor de los casos, han pasado de ser ciudadanos a ser consumidores si tienen medios para consumir, si no, quedarán reducidos a habitar en los espacios de la exclusión social. Entramos poco a poco, en una nueva sociedad: la llamada «sociedad del riesgo».

3) **La desembocadura en la «sociedad del riesgo». Su marco teórico europeo (*Gemma Nicolás Lazo*)**

La modernidad desarrollada parece que tiene adscrito un destino de peligro del que no hay forma de escapar. La sociedad industrial clásica, con sus nociones de Estado nacional soberano, de confianza en el progreso, de clases, de conocimiento científico y de bienestar, se transforma en una nueva figura: la «sociedad del riesgo». Esta nueva sociedad se organiza alrededor del concepto de riesgo y gestiona sus conflictos en términos discursivos y tecnológicos igualmente de riesgo.

La «sociedad del riesgo», tal y como fue definida por Ulrich Beck en 1986, representa la agonía de una civilización que se ha puesto en peligro a sí misma. Sus mismos progresos desencadenan la producción de nuevos riesgos que se revisten de una importancia inédita y particular. La sociedad actual se enfrenta a amenazas de catástrofes ecológicas, al desmoronamiento del sistema intrasocial propio de la sociedad industrial que genera miedo e inseguridad al individuo (Beck 1998: 2000) y a otros «grandes peligros» o «inseguridades fabricadas» como consecuencia de las crisis económicas y de las erosiones del Estado de bienestar —allí donde llegó a existir—, de la legitimidad del sistema político y del Estado de derecho (Beck 2000: 138). La sociedad vivirá obsesionada por la seguridad (Lea 2004).

Beck considera que la lógica de la sociedad industrial occidental, que consistía en la producción y distribución de la riqueza, se substituye en la «modernidad reflexiva»[3] o posmodernidad, por la lógica de la producción y la distribución del riesgo (1998: 25-92). En la primera, el conflicto entre quien poseía y quien no poseía riqueza generaba situaciones de clase. En la segunda, genera situaciones de peligro. Este cambio de lógica se fundamenta en la expansión de cierto bienestar que ha hecho que en los países occidentales pierda urgencia la lucha por el abastecimiento de las necesidades básicas. El Estado de bienestar, opina, ha acabado con la miseria material auténtica (*ibídem*: 26). En cambio, han aparecido riesgos que amenazan con la destrucción de las bases naturales de la vida en una medida desconocida hasta el momento.

Nada de todo esto significa, sin embargo, que en la «modernidad reflexiva» hayan desaparecido las desigualdades sociales, ni que los riesgos incidan por igual a todos los miembros de la población. Muy al contrario hay zonas de solapamiento entre la sociedad industrial estamentalizada en clases y la «sociedad del riesgo» (*ibídem*: 40-41).

De igual forma, surgen desigualdades internacionales entre diferentes zonas geográficas del globo terráqueo. Los países del tercer mundo sufren en mayor grado los peligros y catástrofes ecológicas (*ibídem*: 47-50). El propio sistema económico globalizado les hace víctimas de la cara más oscura del progreso tecnológico e industrial.

---

3. Beck no considera que haya surgido una etapa distinta a la Modernidad, pese a que se producen alteraciones sustanciales en los parámetros modernos. Así, opina que la sociedad del riesgo en la que vivimos es la misma sociedad moderna que se ha modernizado («modernidad reflexiva») (2000: 140).

Las capas de la población más pudientes podrán «comprarse» la tan ansiada seguridad que les proteja de estos riesgos, como por ejemplo cambiarse de lugar de residencia, o de configuración de la vivienda, o adquirir otros alimentos de mejor calidad.

Es en este punto en el que se alzan la mayoría de las críticas[4] a la teoría de la sociedad del riesgo. Se considera que los teóricos del riesgo otorgan una insuficiente atención a las bases estructurales y de clase y a la diferente capacidad que tienen los individuos y las comunidades a la hora de enfrentar el riesgo. Se considera, por el contrario, que la distribución del riesgo sí tiene una lógica de distribución como aquella de las clases sociales y que el riesgo constituye un elemento de conflicto más (Rigakos y Hadden 2001: 73; Robertson 1999).

Estas teorías consideran que los riesgos que acechan a la posmodernidad son en su mayoría invisibles y sus consecuencias incalculables o impredecibles. Ante esta situación, el poder de definición del riesgo se convierte en una posición sociopolítica clave. En la discusión pública, ornamentada con una pluralidad de interpretaciones sobre el alcance, la urgencia y la existencia de los riesgos, acontece una fractura entre la racionalidad social y la científica en el trato con los potenciales de peligro (Beck 2000: 35). Será de suma relevancia el acceso a los medios de comunicación para definir el riesgo en un sentido o en otro (*ibídem*, 38).

Paralelamente al reparto y la definición de los riesgos globales, la «modernidad reflexiva» está transformando las estructuras sociales de la sociedad industrial —clases sociales, formas familiares, roles de género, matrimonio, profesión, etc.— generando riesgos e incertidumbres personales. El proceso de individualización y destradicionalización crea un individuo carente de nexos que le inspiren seguridad o certidumbre.

Pese a la subsistencia de las diferencias, en los países occidentales las clases sociales ven desmantelarse los entornos sociales marcados estamentalmente y las formas de vida propias de su cultura. Las clases sociales pierden su conciencia de pertenencia a un grupo unido de individuos. Este hecho puede tener dos posibles causas. Por un lado, la aparición de un nuevo paradigma productivo ha roto las comunicaciones personales y los vínculos comunes que se creaban entre los trabajadores y que

4. Otra de las críticas de las que han sido objeto las teorías del riesgo es aquella que señala que el riesgo no es exclusivo de la época posmoderna. El riesgo y su gestión constituyen un proyecto político desde el nacimiento mismo del capitalismo y de la modernidad —el riesgo es una racionalización política del capital. Desde esta postura, la única variación acontece en el refinamiento de la tecnología para su gestión, pero no en su naturaleza (ver Rigakos y Hadden 2001, Rigakos 2001).

favorecían la consolidación de una consciencia de clase colectiva. Estos cambios han provocado una pérdida de la identidad colectiva de los obreros, induciendo al «trabajador a verse como un individuo aislado y sin vínculos» (Silveira 1998: 140).

Por otro lado, se ha de hacer referencia al llamado «efecto ascensor» (Beck 1998: 102-104), cuyas columnas son el incremento de las rentas del trabajo, la reducción de la jornada laboral y el aumento de la esperanza de vida. Este término viene a explicar el fenómeno relativo a la mejora del poder adquisitivo y de las condiciones de vida de la población durante la época del Estado de bienestar. Este fenómeno en ningún momento redujo las situaciones de desigualdad material sino que explica cómo las clases sociales han subido todas un piso hacia arriba manteniendo las diferencias económicas entre ellas.

Actualmente, sin embargo, se está dando también un «efecto ascensor» hacia abajo. Una nueva pobreza, creada por el desempleo masivo y por esas zonas grises que se mueven entre la precariedad laboral y el trabajo ilegal, se instala en las sociedades occidentales.

Los riesgos del mundo laboral (precariedad, despido, paro, traslado del puesto de trabajo...) que los individuos han de enfrentar son transformados y desmontados políticamente como fracaso personal (*ibídem*: 117; Lea 2004). Será el individuo el único responsable de su situación, ya no la sociedad. Problemas de esta magnitud son, pues, aceptados sin trascendencia política. Son eliminados mediante la individualización.

Paralelamente, los individuos se liberan de las asignaciones «estamentales de rol». Sobre todo es la mujer, con la incorporación al mundo educativo y al laboral, la que rompe con las formas tradicionales de vida que le imponían un papel de subordinación y reclusión en la domesticidad de la casa, a pesar de que continúen las contradicciones en los proyectos de vida —compaginar la autonomía económica y profesional con la maternidad y la vida en pareja. Este hecho, además de otros factores, provoca la puesta en cuestión de las bases de la familia nuclear, es decir, el matrimonio, la sexualidad y la paternidad.

En todas las dimensiones de la biografía personal aparecen posibilidades y obligaciones de elección. El futuro es más abierto, existen mayores oportunidades y, también, innumerables incógnitas que elevan la incertidumbre de las vidas y generan, por lo tanto, riesgo (Giddens 1999: 42). El proceso de individualización aboca al individuo a una nueva dependencia, la dependencia del mercado en todos los aspectos de la vida —mercado de trabajo y mercado de bienes de consumo— (Beck 1998: 168; Bauman 1999: 110).

Esto va acompañado de una «muerte de lo social» como consecuencia del exacerbado individualismo que debilita la sociedad en su conjunto como lugar de solución de conflictos. En el ámbito político, se produce una pérdida del interés por la cohesión social general, que provoca un debilitamiento de la esfera pública, minando, así, el propio sistema democrático (Lea 2004).

El concepto de «riesgo» va aparejado de términos como probabilidad, futuro, incerteza. Su gestión, ya que los riesgos no son erradicables, ha de ir acompañada de algún tipo de garantía o aseguramiento que minimice sus efectos o, simplemente, los distribuya. La gestión del riesgo pasaría en primer lugar, por una fase de definición o concepción, que llevaría a la realización de un cálculo probabilístico. Bajo la base de este cálculo se podría elaborar algún plan de aseguramiento que permitiese su redistribución. Se trata de una previsión basada, pues, en un cálculo actuarial[5] (Giddens 1999: 42-43).

La gestión del riesgo pretende ser amoral o neutra, pero esta postura es en sí ideológica. El *actuarialismo* o gestión actuarial del riesgo está fuertemente vinculado con los ataques neoliberales contra el Estado de bienestar keynesiano (O'Malley 2001: 98). El *actuarialismo* emergerá, así, como una herramienta de gobierno propio de la lógica mercantilista y neoliberal de la posmodernidad.

En las postrimerías del siglo XX, han proliferado en numerosas áreas de estudio los análisis actuariales sobre riesgos que se nutren del marco teórico arriba descrito. También la criminología ha hecho uso de este discurso para explicar la relación entre delito, posmodernidad y nuevas formas penales, así como la centralidad del riesgo en las formas emergentes de control penal (Kemshall 2003).

En la «sociedad del riesgo» la criminalidad es considerada y gestionada como un riesgo no erradicable, pero éste «no es el resultado de un peligro concreto del que es portador un individuo o incluso un grupo determinado, sino que es un efecto de la correlación de datos abstractos o factores que hacen más o menos probable la materialización de comportamientos indeseables» (Castel cit. en Zysman 2000: 110).

---

5. «Actuarial» es un adjetivo que significa «relativo al actuario de seguros o a sus funciones», es decir, relativo a cálculos matemáticos y a conocimientos estadísticos, jurídicos y financieros concernientes a los seguros y a su régimen, propios de las entidades aseguradoras (*Diccionario de la Lengua Española*).

La criminología llamada actuarial y *managerial* ha ido configurándose y expandiéndose desde los años ochenta, aunque ha sido en la década de los noventa cuando sus técnicas han comenzado a ser mucho más visibles tanto en el ámbito anglosajón como en el europeo continental. *Actuarialismo* y *managerialismo*, pese a no significar exactamente lo mismo, responden a una misma lógica tecnocrática y han sido asimilados como manifestaciones de una misma racionalidad que impregna las técnicas de control del delito en la actualidad (Van Swaaningen 2000: 104; Zysman 2000: 96-97).

La criminología actuarial supone un cambio de paradigma ya que abandona el discurso correccionalista propio del *welfare* y rechaza los esquemas teóricos modernos del control del delito. Durante el siglo XX el interés de la criminología había residido en suministrar explicaciones teórico-empíricas que dieran respuesta a cuáles eran las causas del delito. De las diferentes hipótesis que se generaban, se desprendían diversas técnicas o procedimientos que tenían como finalidad eliminar, atajar o reducir las causas que provocaban la delincuencia. Subyacía la confianza en que la previa eliminación de las causas podría comportar la desaparición de su efecto-consecuencia, esto es, el delito.

La mayoría de las teorías sociológicas sobre las causas de la desviación presuponían la transformabilidad del individuo si se le aplican las modalidades de intervención oportunas. El objetivo de esta intervención sobre el individuo era, pues, el de corregir, tratar y modificar el comportamiento del delincuente para evitar que delinquiera en el futuro. Era el auge de las teorías de la rehabilitación o la reinserción. La penalidad se torna útil con el modelo definido como «correccional» que conlleva una fuerte inversión de los Estados en estrategias de reinserción social y de prevención de la criminalidad (De Giorgi 2004).

El surgimiento del paradigma actuarial transforma este modelo, que supone el rechazo de la focalización sobre los individuos y la causación transformando la tecnología del poder misma. Ya no va a ser el proyecto disciplinario,[6] entendido en el sentido *fou-*

6. Durante el periodo del *welfare* en los países occidentales y la hegemonía del modelo correccional suele considerarse que la disciplinariedad *foucaultiana* sufrió transformaciones que la extendieron de las instituciones compactas —cárcel, hospital, Escuela, cuartel, etc.— a otros ámbitos sociales o instituciones de tratamiento en los que se tornaba algo más difusa pero no menos poderosa (De Giorgi 2004). Hay otros autores, sin embargo, que consideran que durante el periodo del *welfare* ya se ejercía otra modalidad de poder, distinta de la disciplina, basada en controles regulatorios que estaban focalizados en la gestión de poblaciones, no de indivi-

caultiano como la modalidad de poder que garantiza la docilidad y la utilidad de los individuos mediante técnicas que permiten el control minucioso y la intervención en las operaciones del cuerpo y el alma (Foucault 1986), el eje en torno al que van a girar las prácticas de control de la actualidad. El propio Foucault ya anunció la emergencia de técnicas —de *gobermentalidad*— que se separarían del modelo disciplinario y se dirigirían a colectividades consideradas como conjunto de agregados configurando una estrategia distinta a aquella diseñada por él (De Giorgi 2004). El poder actuarial avanza por todos los campos sociales y reemplaza «la ciudad punitiva» por la «sociedad del riesgo» (O'Malley 2004).

A partir de los años setenta, crece la desilusión sobre la gran máxima de «progreso, reforma y humanitarismo» típica de la modernidad y va desapareciendo el optimismo respecto a la resocialización, tanto en el plano teórico como en el político-criminal. Se considera que la rehabilitación y otros métodos de control individual no son efectivos para la prevención de la delincuencia. Ello es debido, por un lado, a las incisivas críticas que se han alzado contra ella respecto a su ineficacia para reducir la criminalidad que se basaban en las elevadas tasas de reincidencia que hacían públicas muchos estudios del momento. Por otro lado, el ideal rehabilitador también fue rechazado porque la sociedad para la cual fue ideada había desaparecido (Matthews 2003). En el modelo posfordista de sociedad, en la que un empleo seguro es un espejismo y donde los mecanismos socializadores establecidos se encuentran en un notable declive, no es posible seguir hablando de rehabilitación. Se abandona el modelo «correccional» y surge el «actuarial».

El sistema de justicia criminal moderno entra, por tanto, en crisis, lo cual se interpreta como un problema o asunto de eficacia. Ante esta crisis, podrían apuntarse dos opciones. La primera consistiría en el replanteamiento de las causas de la crisis, para intentar solucionar los problemas por una vía social mediante la reimplantación de las redes que han sido eliminadas por el desmantelamiento del Estado del Bienestar. La segunda opción consistiría en la aceptación de la inevitabilidad de la sociedad del riesgo, dominada por la racionalidad económica e intentar gestionar la criminalidad con técnicas de *manage* actuarial (Van Swaaningen 2000: 95).

---

duos, a través de la regulación en términos de distribuciones estadísticas. Ejemplos de ello serían la seguridad social, el subsidio de desempleo o el seguro público de salud. Esa modalidad comportaría tácticas y categorías basadas en el riesgo, pero con la finalidad de realizar una gestión socializada. Sería una especie de actuarialismo socializado (O'Malley 2004).

Para entender por qué triunfó la segunda opción, provocando sustanciales cambios político-criminales incluso un viraje de paradigma, es necesario hacer referencia al contexto cultural y político de fines de los años setenta y ochenta. El *actuarialismo* no es únicamente la tecnología de gestión de la delincuencia en el marco de la «sociedad del riesgo» sino que es una nueva racionalidad penal fruto del auge del neoconservadurismo o de la nueva derecha en los países occidentales —sobre todo en los anglosajones.

La llamada «nueva-derecha» considera que el *welfare* fomenta la dependencia de los individuos respecto del Estado, que supone un elevado costo económico para las arcas estatales —crisis fiscal del Estado— y que limita y obstaculiza la productividad del sector privado. Abogan por la privatización y el aumento de la mercantilización. En este contexto, la administración pública —de tipo weberiana— adoptará técnicas *manageriales* del sector privado, con la finalidad de una mayor eficiencia y desburocratización (Estévez 2001). Es el *New Public Management*, más influido por las disciplinas económicas o contables que por aquellas de las ciencias sociales (Faulkner 2000: 82; Young 2003: 112).

En el ámbito criminológico, se abandona la idea de que la delincuencia existe como causa de determinadas privaciones o problemáticas sociales. No se muestra interés en las causas del delito, ni en las condiciones en que éste se comete, ni en la responsabilidad que la sociedad puede tener en ello (De Giorgi 2004; Faulkner 2000: 82; Kemshall 2003). Se adopta un escepticismo respecto a la utilidad de las prácticas penales que se traduce en la expresión *nothing works* (Martinson 1974). En un sentido distinto, la eliminación de las causas —sociales— del delito restaura la responsabilidad del delincuente sobre sus actos y eso produce también efectos sobre el castigo[7] (O'Malley 2004).

En la expansión de las concepciones neoliberales y de sus repercusiones en la política criminal se ha de destacar el rol desarrollado por los *think tanks* de Estados Unidos y de Inglaterra. Estos institutos o centros de estudios elaboran ideas, teorías y políticas neoliberales de las que se nutren los gobiernos y sus programas políticos. Suelen destacarse el *Manhattan Institute, Heritage Foundation, Amerian Enterprise Institute* y *Cato Institute* en Estados Unidos y el *Centre for Policy Studies, Institute of Economic Affairs* y *Adam Smith Institue* en el Reino Unido (Wacquant 2000: 25 y 40).

En este contexto tiene vital importancia el movimiento de corte ultra-neoliberal *Law and Economics* —análisis económico

7. Ver lo referente al *just desert* en el capítulo siguiente.

del derecho—, liderado por la Escuela de Chicago, que desde finales de los años sesenta se ha ido expandiendo desde los Estados Unidos hasta la Europa continental (Zysman 2003). Este movimiento pretende realizar una explicación económica del derecho configurando una teoría del comportamiento que pronostica cómo responderán los individuos ante los cambios en las leyes (Cooter y Ulen 1998: 14). El método es, obviamente, matemático y estadístico y se aplicará muy especialmente a la implementación de políticas públicas —fase de aplicación del derecho (Becker 1974: xiii; Roemer 2002: 495).

En el ámbito de la política criminal, este movimiento considera que «los conceptos económicos básicos, como racionalidad, maximización, costos y beneficios esperados, arreglos institucionales, intereses especiales, derechos de propiedad, equilibrio y eficiencia son también fundamentales para entender, explicar, predecir y combatir de manera efectiva la actividad criminal» (Roemer 2002: 495).

La teoría económica del delito y del castigo tiene como principal objetivo la disuasión en la comisión de delitos, mediante la modificación del «precio» del delito para todos los delincuentes, potenciales o reales (Ehrlich 1981: 311; Cooter y Ulen 1998: 550). Se trata de encontrar las políticas óptimas que minimicen la pérdida social del delito de forma eficiente (Becker 1974: xiv; Cotter y Ulen 1998: 566), es decir, aquellas políticas criminales que maximicen la disuasión para un gasto dado —público, pero también privado—,[8] ya que los recursos siempre son limitados.

La premisa de la que parte este discurso economicista es que el delito es una elección racional. El delincuente es una «persona racional amoral» (Cooter y Ulen 1998: 552-556; Ehrlich 1982: 126-129; Roemer 2002: 136-152), que escoge el delito tras un previo análisis en el que el beneficio esperado —ganancias— sea percibido mayor que los costos del delito —castigo, resistencia de la víctima, etc. Se trata del *homo economicus* que habita el mundo de los seguros —ámbito tan estrechamente ligado a la gestión de los riesgos y a las prácticas actuariales. En este análisis, se excluye cualquier valoración al respecto que no sea la pura racionalidad económica del delincuente (De Giorgi 2004). La elección de los instrumentos óptimos de castigo para aumentar los costos del de-

8. Es importante resaltar la función que se le otorga a la seguridad privada y a la intervención de los ciudadanos en la protección contra el delito y en la disuasión. Desde una perspectiva económica, aumentan el costo del delito (ver Becker 1974: 35-36, Cooter y Ulen 1998: 574-576). Ver en las páginas 14 y 15 el papel de la víctima en el control del delito.

lito y conseguir, así, la disuasión serán la única cuestión de discusión académica entre los defensores del movimiento *Law and Economics*. Los autores se debaten entre la multa y la cárcel, utilizadas alternativamente para conseguir ese efecto disuasivo.

Generalmente, entre los instrumentos de castigo considerados óptimos, se destaca muy especialmente la incapacitación selectiva, que busca restringir la comisión de delitos, por un tiempo más o menos prolongado, a través de la imposición de impedimentos físicos, esto es, mediante el internamiento en la prisión (Zysman 2004). También, algunos autores han llegado, incluso, a justificar la pena de muerte, como el instrumento más eficiente en el control del delito (barato y disuasivo).[9]

En este contexto, la pena no cumple ninguna función de utilidad de las declaradas hasta el momento. No tiene más finalidad que la de gestionar o *manage*, no erradicar, eficazmente, a bajo costo, una delincuencia que se supone preexistente y normal. La política criminal tan sólo es una técnica para evaluar y manejar la criminalidad casi de la misma forma con que se gestiona el tráfico vial (Garland en Lea 2004).

El control economicista del delito como gestión de un riesgo. La criminología actuarial o administrativa

La política criminal actuarial se nutre, pues, de las dos fuentes explicadas; en primer lugar, de la concepción de riesgo y su manejo centrales en la sociedad posmoderna y, en segundo lugar, del auge del neoconservadurismo economicista.

De entre las primeras teorizaciones sobre *actuarialismo* cabe destacar las de Malcom Feeley y Jonathan Simon a principios de los noventa que bautizaron estas novedosas tendencias de la política criminal con el término «nueva penología».[10] La «nueva penología» surgiría en los Estados Unidos hacia el final de los años setenta y se extendería posteriormente por todo el mundo occidental. Su lógica actuarial modifica los presupuestos básicos del sistema penal sobre los que se había desarrollado la penología durante el siglo XX (Feeley y Simon 1995: 99).

---

9. Ver en este sentido, el análisis sobre el efecto disuasivo de la pena capital en Cooter y Ulen 1998: 601-608.

10. Con este concepto de «*new penology*» o «nueva penología» también se conoció el sistema de *sentencing* surgido tras el Congreso Penitenciario de Cincinnati de fin del siglo XIX y que estuvo vigente hasta la segunda mitad del siglo XX en los Estados Unidos (ver cap. 6 de la presente obra). Feeley y Simon recurren al mismo término para referirse a la política criminal actuarial.

La nueva penología es descrita de la siguiente forma por sus teorizadores:

> La justicia actuarial es nebulosa, pero significante. La justicia actuarial envuelve el cómo concebimos y hablamos sobre política criminal, pero no es una ideología en el sentido estrecho de un conjunto de creencias e ideas que restringen la acción. Envuelve prácticas, pero no es reductible a una tecnología específica o conjunto de comportamientos. En verdad, es poderosa y significante precisamente porque carece de una ideología bien articulada y de una identificación con una tecnología específica. Su amorfia contribuye a su poder [cit. en Zysman 2004].

La «vieja penología» tenía como unidad de análisis al individuo, siendo relevante para el sistema penal el principio de culpabilidad. De esto se derivaban unas teorías de la pena orientadas hacia la persona. A esta vieja penología se contrapone la nueva penología, que busca regular los niveles de desviación sin intervenir ni responder a individuos desviados o a malformaciones sociales (Feeley y Simon 1995: 36). Feeley y Simon opinan que:

> [...] la «nueva penología» se encuentra marcadamente menos preocupada por la responsabilidad, la falta, la sensibilidad moral, el diagnóstico o la intervención y el tratamiento al individuo ofensor [*ibídem*: 36].

A la nueva penología le corresponden nuevos discursos, nuevos objetivos y nuevas técnicas. Su lenguaje es actuarial de cálculos probabilísticos y distribuciones estadísticas aplicables a la población, que proporcionarán una forma de visualizar la población en categorías y subpoblaciones según criterios de riesgo. El discurso es similar al de la responsabilidad extracontractual; sin principio de culpabilidad y en base al principio de utilidad social (*ibídem*: 37-39).

El objetivo de la justicia actuarial es el manejo de grupos poblacionales clasificados e identificados previamente como permanente o puntualmente peligrosos y riesgosos. La identificación y manejo de estos grupos se realiza por medio de técnicas de vigilancia y control, a través de estadísticas de clasificación y agrupación en base a su potencial desestabilizador. El objetivo es perfilar medidas que neutralicen el riesgo (Lea 2004) confiando en la capacidad predictiva de los métodos estadísticos (Logan 2000: 595). En estos procesos de identificación, clasificación y manejo, la informática y las nuevas tecnologías constituyen un indispensable instrumento para el almacenaje y procesamiento

de datos (perfiles, antecedentes delictivos, educación, lugares de residencia, etc.) y para una más eficaz vigilancia y control.

En Estados Unidos y en el Reino Unido, por ejemplo, se utilizan métodos actuariales para gestionar la reincidencia de los delincuentes sexuales que ya han cumplido condena (Hood 2002; Logan 2000). El riesgo que pretenden gestionar, tomando a los delincuentes sexuales como grupo (Logan 2000: 605), es aquel consistente en las elevadas tasas de reincidencia que parecen constatarse en este colectivo.[11]

Estos métodos quizá resulten desconocidos en la Europa continental, pero existen, sin duda, iniciativas concretas que comparten la misma lógica actuarial. Por ejemplo, el Partido Popular (PP) en el gobierno del Estado español propuso hace unos tres años la publicación de una lista que contuviera los nombres de aquellas personas que hubieran sido condenados por maltrato a sus compañeras sentimentales. La finalidad era poner en aviso a las víctimas para evitar el riesgo de que maltratasen de nuevo.

La justicia actuarial no piensa en términos de culpabilidad sino de riesgo. Por este motivo, se persigue más la pertenencia de un individuo a un determinado grupo social, previamente clasificado como riesgoso, que conductas o hechos concretos constitutivos de delito (Rutherford 2000: 61). Ello provoca un enturbiamiento o debilitamiento de la identidad del delincuente, que ya no va a ser

---

11. El procedimiento consiste en la previa valoración y clasificación del delincuente sexual y la cuantificación del riesgo que genera, para aplicar consecuentemente unas medidas temporales o perpetuas que traten de evitarlo. La valoración se realiza a través de unas tablas estadísticas dadas —*guidelines*— que contienen diferentes puntuaciones para las circunstancias que se considera que inciden en el nivel de riesgo de reincidencia —edad, nacionalidad, singularidades en la comisión del delito, características de la víctima, número de delitos cometidos, distancia temporal entre ellos, comportamiento durante la condena, etc. Tras un cálculo matemático y según la puntuación adquirida, la persona queda incluida en una categoría de riesgo que oscila, *grosso modo*, entre muy alto y muy bajo.

Según esta clasificación, las medidas que pueden tomarse son, por ejemplo, la inclusión de la persona en el registro de delincuentes sexuales, al que se le da una debida publicidad —internet, tablones, etc.— y que provoca restricciones a determinados derechos —libertad de residencia, elección libre de la ocupación, cambio de nombre, etc.—; o, también, la notificación a la comunidad —por medio de panfletos, cartas, medios de comunicación, etc.— de que esa persona ha sido identificada, valorada y clasificada como portadora a la comunidad de un riesgo de delincuencia sexual.

Los procedimientos varían según el Estado y el municipio. En el caso de Estados Unidos existen diferentes modelos que se solapan, ya que tanto el Estado federal como los diferentes Estados y municipios sancionan legislación al respecto. Los organismos que resuelven sobre la clasificación y las medidas a adoptar son también variados y pueden ir desde el tribunal o juez, las juntas de libertad condicional —*parole board*—, la oficina del fiscal, hasta, incluso, una junta formada por miembros de la administración (Hood 2002; Logan 2000).

sólo aquel que realiza una conducta tipificada por las leyes como delito. Delincuencia es una categoría más amplia que incluye elementos de riesgo haciendo borroso su contenido. «La criminalización es simplemente una táctica para tratar con los grupos que constituyen riesgos u obstrucciones» (Lea 2004).

Esto se refleja en el aumento de la «delincuencia administrativa» (*ibídem*) que tiene como finalidad desalentar la comisión de delitos o conductas riesgosas mediante el establecimiento de sanciones en el ámbito del derecho administrativo. Desde mediados de la década de los noventa se ha tendido hacia la utilización de medidas administrativas para el control de comportamientos «anti-sociales» (Rutherford 2000: 43). El derecho administrativo asume técnicas propias del derecho penal, configurando una nueva faceta de la «cultura de la emergencia» (Ferrajoli 1997), entendida como el hecho de evitar el uso del derecho penal para rehuir la aplicación de las garantías que se derivan del Estado de derecho. El derecho administrativo se torna, así, un medio más eficaz y más eficiente que el derecho penal para lograr el manejo de poblaciones riesgosas. La consecuencia es la existencia de *quasi*-delincuentes o *quasi*-delitos como resultado híbrido de infracciones y sanciones administrativas y/o penales (Green y Rutherford 2000: 9 y 58).

Este último aspecto de la criminología actuarial se pone claramente de manifiesto en la regulación española y europea de inmigración. Su filosofía político-legislativa considera la población inmigrante como un grupo social desviado al que hay que prevenir sus comportamientos y limitar sus flujos. Los inmigrantes son representados como portadores de un riesgo en sí mismos, pero no como individuos determinados, sino como pertenecientes a un colectivo de sujetos en riesgo: los inmigrantes. Se podría afirmar que el inmigrante, por el mero hecho de serlo, se convierte en delincuente, cometa o no algún delito (De Giorgi 2004). De su gestión se encargará, mayoritariamente, el ámbito jurídico administrativo que adopta formas y técnicas represivas más propias del derecho penal por su flagrante restricción de derechos y libertades fundamentales —privación de libertad, expulsión, etcétera.

Existen otros ejemplos de técnicas de manejo grupal que configuran lo que antes hemos denominado «delincuencia administrativa». El objetivo es eliminar o neutralizar los momentos o lugares en los que existe el riesgo de la comisión de una transgresión del orden público. Se trata de medidas que pretenden el manejo actuarial de los grupos riesgosos alterando la probabilidad de cometer un futuro delito y cuya instauración se decide, generalmen-

te, por medio de una ordenanza municipal. Se podrían citar como técnicas actuariales administrativas el toque de queda,[12] la normativa española «anti-botellón»[13] o la instalación de cámaras de video-vigilancia[14] en calles públicas. El grupo riesgoso que en los dos primeros casos se pretende gestionar tratando de neutralizar los riesgos que produce son los jóvenes. En el tercer caso, también deberíamos incluir de nuevo, además de los jóvenes, el colectivo inmigrante y otros grupos pobres o excluidos.

No sólo el hecho de ser inmigrante, joven o pobre, sino cualquier indicador que se encuentre en los grupos considerados portadores de riesgo va a considerarse un fundamento del delito e inmediatamente productor de peligro. Así, la raza, la clase social, el género, la nacionalidad, etc. constituyen predictivos de comportamiento riesgoso (O'Malley 2004). En ningún momento, sin embargo, los defensores de la criminología actuarial se plantean la posibilidad de discriminación que ello pueda generar.

A estas alturas del relato, no resulta sorprendente la constatación de que la construcción de las categorías de riesgo y su *manage* tienen correspondencia con las desigualdades sociales y con determinados pronunciamientos morales sobre poblaciones peligrosas (Chan y Rigakos 2002: 747). La categoría de riesgo se superpone a la clase social, siendo las poblaciones de riesgo los habitantes de los territorios de la exclusión.

---

12. El municipio canario de Agüimes fue el primero que estableció un toque de queda para jóvenes en el Estado español. Lo hizo en mayo de 2002 por medio de una ordenanza municipal en la que prohibía a los menos de 16 años permanecer sólos en la calle después de las 23 h. La finalidad de la medida era, tal y como manifestó su alcalde, «evitar la utilización perversa de la libertad, que lleva a la drogadicción y a la violencia». También en Francia, varios municipios, como Orleans, Cannes, Niza o Antibes, han establecido toques de queda para jóvenes. En Estados Unidos también existe esta medida que tiene diferentes modalidades. Además de aquellos toques de queda que afectan a los jóvenes como colectivo genérico, también existen otros que se aplican selectivamente a reincidentes, incapacitados, etcétera.

13. Las leyes «anti-botellón» son normas que intentan prevenir el consumo indebido de bebidas alcohólicas prohibiendo que los jóvenes beban alcohol en lugares públicos —parques, plazas, etc. Estas normas provienen tanto del gobierno central y del autonómico como del local. La finalidad es evitar los riesgos que genera la ingestión de alcohol por los jóvenes durante las noches de fiesta. Se han sancionado estas normas en ciudades como Madrid y en Comunidades Autónomas como Valencia, Andalucía y Extremadura. A nivel estatal, este mismo año (2003) se sancionó la «Ley de prevención del consumo indebido de bebidas alcohólicas».

14. En varias ciudades del Estado español se han instalado cámaras de videovigilancia en calles públicas muy transitadas y con un alto índice de delincuencia callejera. En verano de 2001 en Barcelona se instalaron dos cámaras, en la calle Escudellers y en la plaza George Orwell. Recientemente se han instalado otras dos en la calle Moncada y en la calle Princesa. Otras ciudades como Málaga y Santa Cruz de Tenerife siguen esta iniciativa.

Los pobres son concebidos como la nueva «clase peligrosa» (Gordon cit. en Lea 2004) generadora de riesgos. Los problemas sociales aparecen como cuestiones delictivas, al mismo tiempo que el delito se funde en problemas más amplios de riesgo y de seguridad (Lea 2004). En este contexto, el derecho y el sistema penal adoptan «las formas de violencia estatal legitimada para descargarla sobre las manifestaciones de la nueva pobreza y la exclusión» (Bergalli 2001: 124). El capitalismo necesita manejar de alguna forma a los pobres, ya sea a través de la represión, la contención o la exclusión (Parenti cit. en Matthews 2002: 92).

El hecho de que se hable de manejo —o *manage*— significa que la nueva penología no pretende reeducar o rehabilitar al delincuente, ni tan sólo eliminar la delincuencia, sino simplemente hacerla tratable o tolerable minimizando el daño que pueda causar en la sociedad. El *managerialismo* es una expresión clara de la «sociedad del control», que no se preocupa de mejorar, sino tan sólo de gestionar (Scheerer 2000: 249), donde la criminología se ha transformado en un tema del discurso generalizado de análisis de la implementación de políticas públicas y la gestión de situaciones más o menos problemáticas.

La justicia actuarial tenderá, como se desprende de los ejemplos que han sido citados, a la reducción de las circunstancias ambientales que favorezcan los comportamientos desviados, tratando de establecer límites, casi siempre físicos, a los grupos que son objeto de vigilancia y control. Uno de los métodos de la justicia actuarial va a ser, por tanto, la alteración directa del ambiente de las potenciales víctimas para evitar la comisión delito. Es lo que algunos autores denominan «prevención situacional» (De Giorgi 2004; O'Malley 2004). En un mismo sentido, algunos autores han apuntado que la política criminal tiende al abandono de la prevención primaria, aquella no dirigida a individuos directamente sino a la sociedad en su conjunto, y al auge de la secundaria, dirigida a delincuentes potenciales —grupos riesgosos—, y de la terciaria, dirigida a aquellos que ya han sido condenados —pero aún se consideran generadores de riesgo— (Rutherford 2000: 58). La idea que subyace es que en la medida en que las oportunidades para cometer delitos se reduzcan, lo mismo ocurrirá con el número de delincuentes.[15]

El *actuarialismo* pretende el funcionamiento del sistema con un mínimo costo (Feeley y Simon 1995: 48; De Giorgi 2004: 95-

15. Éstos son algunos de los puntos que señaló el National Crime Prevention Institute en 1986 para delinear «la perspectiva contemporánea» en criminología (cit. en O'Malley 2004).

96) y elabora estrategias que permitan un control rentable del riesgo. El vocabulario y la práctica de la justicia criminal están impregnados del discurso del *business management* propio de las empresas (Van Swaaningen 2000: 91). Es aquí donde se manifiesta con más fuerza la influencia de la teoría económica del delito y del castigo defendida por el movimiento *Law and Economics*.

La justicia actuarial, igual que todos los sistemas de control del delito, requiere credibilidad y legitimidad ante la ciudadanía o comunidad para permitir un funcionamiento estable y un control de la delincuencia efectivo (Lea 2004). La estrategia actuarial pretende su legitimación ante la población mediante la difusión de un discurso, repleto de contenido simbólico, de peligrosidad social, de grupos y zonas de riesgo, etc. Es lo que se ha llamado populismo punitivo (Bergalli 2001: 124; De Giorgi 2004: 91).

La ciudadanía, al igual que las instituciones públicas, también respondería con una actitud actuarial ante el delito como riesgo, actitud de precaución, de cálculo y de reflexión (Young 2003: 118). En la sociedad occidental de la actualidad, al margen de las tasas delictivas, la población es más consciente de la existencia y de las características de la delincuencia, debido a la información que difunden los medios de comunicación. A esto, ha de añadírsele el menor conocimiento que los individuos tienen entre sí, cosa que genera precaución y recelo hacia los extraños (Young 2003: 115-118). La consecuencia de ello es el sentimiento de que la delincuencia es un riesgo generalizado, normal y cotidiano (Lea 2004).

Como la percepción del riesgo nunca es objetiva, sino que es un concepto social y culturalmente construido (Chan y Rigakos 2002: 756), el papel de los medios de comunicación para crear una opinión pública temerosa de la delincuencia es de vital importancia en el desarrollo de un sistema de justicia penal basado en principios actuariales o *manageriales* (Fionda 2000: 112-114). Los medios parecen tener interés en presentar el delito como si de una «amenaza social» se tratara. La manipulación que se lleva a cabo a través de los *mass media* respecto a los riesgos de ser víctima de un delito explicaría cómo la ciudadanía, incluso las clases más humildes, reclama muchas veces más represión y más sistema penal.

En este contexto, se considera que la misma ciudadanía, entendida como un conjunto de individuos responsables y libres —al igual que los delincuentes—, debe ser la depositaria de la responsabilidad de su protección frente al delito. La idea que la prevención y protección es responsabilidad de los individuos impregna actualmente el pensamiento sobre la prevención del delito en todos los niveles (Lea 2004; O'Malley 2004).

La comunidad adopta, así, un rol activo en el manejo del riesgo delictivo, produciéndose una descentralización del modelo moderno de control del delito. Esta descentralización no supone un hecho aislado en el mundo post-moderno, sino que es parte de un proceso de liberación de responsabilidades estatales más amplio como consecuencia del desmantelamiento del Estado de Bienestar (Lea 2004).

Estas «comunidades activas» (*ibídem*) intervienen en el control del delito mediante la contratación de agencias de seguridad privada, de mecanismos de seguridad —alarmas, cerraduras, vallas, vigilancia, etc.— o de prácticas domésticas de seguridad —*neighbourhood watch*—,[16] poniendo el acento en los patrullajes y en la exclusión de los extraños.

Las víctimas, además de ser responsables de la prevención del delito, también habrán de asumir los costos de los medios empleados para su protección, sean estos públicos o privados. Es el usuario el que paga. Este sistema perjudica a los más pobres que no podrán costearse su seguridad (O'Malley 2004).

La privatización en el control del delito no es en absoluto contradictoria con el aumento de la punitividad estatal. Ambos comparten las mismas nociones de responsabilidad individual y elección racional. Por el contrario, las fuerzas policiales no disminuyen sus poderes y recursos con la intervención de las comunidades en los temas de seguridad, sino que se complementan y refuerzan (*ibídem*). Lo que sí que altera esta descentralización es la relación entre policía y ciudadano. La «comunidad activa» se convierte en un cliente de los cuerpos de seguridad del Estado, apropiándose de sus recursos y añadiéndole los de la seguridad privada (Lea 2004).

La privatización del control del delito y su gestión como riesgo afectan a la estructuración de los espacios urbanos. La ciudad se fragmenta generando una «crisis urbana» (*ibídem*) que desemboca en la configuración de unas relaciones sociales de inseguridad y riesgo. Mediante el *manage* de los grupos riesgosos a través de formas de control espaciales —segregación—, se pretende la prevención del delito a través del diseño ambiental. Es lo que ha sido llamado «espacismo» (Matthews 2003: 321).

Las clases pudientes se refugian en condominios cercados, separados e inaccesibles para las poblaciones subalternas —*underclasses*—, que quedan recluidas en los guetos. A las clases más adineradas se unen las clases trabajadoras estables, que también

16. Se entiende por este concepto las brigadas vecinales de vigilancia de un determinado barrio con la finalidad de poner en conocimiento de la policía cualquier riesgo delictivo que descubran.

intentan cercarse y protegerse. Estas dos comunidades tienen tan sólo una cosa en común; les une el temor al delito y la voluntad de mantener el riesgo fuera de sus casas. En sus recintos vallados es especialmente relevante el papel de la seguridad privada y de las nuevas tecnologías que permiten una constante vigilancia garantizando la seguridad de sus propiedades y de su vida e integridad. La población se protege unos de los otros configurando en los núcleos urbanos verdaderas «ciudades fortaleza» (Davis cit. en *ibídem*: 322), donde las personas no van a ser consideradas ciudadanos, sino extraños o intrusos.

Todo lo arriba expuesto nos traslada de un modelo de justicia criminal socio-liberal, propio del *welfare*, a un modelo autoritario en el que se promueven definiciones imprecisas de delitos, en el que la presunción de inocencia muchas veces se diluye, en el que se promueve una justicia criminal que es ejercida no sólo por los tribunales sino por las agencias administrativas y policiales —cada vez con más autonomía— y en el que se realiza un manejo generalizado de los pobres (Lea 2004; Rutherford 2000: 59).

4) **Repercusiones de la crisis en Europa occidental. La paulatina construcción de la *cultura y legislación de la emergencia o excepcionalidad penal* (*Iñaki Rivera Beiras*)**

En efecto, como ya ha sido tratado, tras la segunda Guerra Mundial Europa inauguró el movimiento del llamado *constitucionalismo social*. Emblemáticas en tal sentido fueron las Constituciones alemana e italiana. Poco tiempo después, la mayoría de los países europeos emprendían sus procesos de reformas penitenciarias bajo aquel firmamento constitucional indicado. La resocialización —la prevención especial positiva— se erigía en finalidad suprema de las «nuevas» penas privativas de libertad.

Mas, contemporáneamente a ello, el fenómeno de la violencia política y el terrorismo también irrumpían en Europa y, para atajarlos, los Estados recurrieron a unas legislaciones y a unas prácticas antiterroristas que fueron después conocidas con el nombre de la «*cultura de la emergencia y/o excepcionalidad penal*». Veamos un poco en qué consistió semejante «*cultura jurídica*».

Retomando la célebre formulación binaria de Beccaria, dejemos por un momento la cuestión relativa a las penas (que se verá más adelante) y analicemos lo relativo a los delitos, en este caso, políticos.

Como indica Olarieta, el primer problema con el cual se enfrenta todo estudioso de estas cuestiones reside en el concepto mismo de «delito político» (1996).[17] Tales problemas derivan, como mínimo, de las siguientes razones. En primer lugar, porque desde la irrupción del llamado *«constitucionalismo social»* (tras al el final de la segunda postguerra mundial, e iniciado con la Constitución italiana de 1948), se ha pretendido siempre su «desaparición». Dicho de otro modo: en un régimen democrático no puede haber delitos políticos porque la disidencia está legalizada. Así se expresan numerosos autores, medios de comunicación, representantes gubernamentales, etc., todo lo cual pretende instalar, efectivamente, una imagen que teñiría de falaz cualquier pretensión de mencionar que existen delitos (y presos) políticos. Sin embargo, semejante pretensión se va a contradecir por sí misma. En efecto, como tendremos ocasión de ver más adelante, quienes niegan la existencia de delitos (y presos) políticos, deberán aceptar, al menos, que sí existen leyes (sustantivas y procesales), cuerpos de seguridad, magistraturas y regímenes penitenciarios, todos ellos «especiales», «excepcionales» o, en todo caso, no ordinarios ni normales. Retomaré esta cuestión más adelante.

Pasemos ahora a otro de los aspectos problemáticos del concepto mismo de «delito político». Aludo a la controversia originada en el hecho de que, *para quienes lo cometen*, no puede haber delito: sólo aceptarán, normalmente, la existencia de una confrontación política. En cambio, *para quienes lo persiguen*, sólo habría delito («común»), sin implicaciones políticas de ninguna índole.

Con todas estas dificultades que impiden una conceptualización homogénea o consensuada, diversos autores intentan una definición de «delito político» señalando que el mismo traduce aquellas infracciones a las leyes penales cometidas con una intencionalidad política (López Garrido 1987, Serrano Piedecasas 1988: 136 y ss.). Otros autores alcanzan a reconocer que se trata en efecto de infracciones que se cometen en el contexto de una lucha o conflicto político y surgen de la ausencia de homogeneidad social (Olarieta *op. cit.*).

Mas, pese a tales intentos, inmediatamente surge otro inconveniente que dificulta su tratamiento. Aludo a su naturaleza «colecti-

17. Se trata, por cierto, de un tema más que centenario de la reflexión jurídico penal. En efecto, para la caracterización del delito político puede acudirse a las teorías de Jiménez de Asúa en torno al carácter «objetivo» o «subjetivo» del delito político.

va o grupal» que, sin duda, constituye una de sus características sobresalientes. Y, en efecto, semejante naturaleza causa nuevos problemas de conceptualización pues la misma choca frontalmente con un Derecho penal anclado en la tradición y en los principios de culpabilidad y responsabilidad individual (cfr. Serrano Piedecasas *op. cit.*). A ello se une, muy estrechamente, la circunstancia representada por la progresiva tendencia a la criminalización de nuevas figuras, distintas en todo caso al autor material y directo de las infracciones: colaboradores, cómplices, encubridores, inductores, difusores de comunicados de ciertos grupos (ya sea de medios de comunicación, de imprenta o de empresas editoriales),[18] etc.

Ahora bien, todo lo dicho se vincula muy estrechamente con uno de los temas más espinosos de la cuestión de la *emergencia penal*, que será tratado, debido a su importancia, en un epígrafe aparte.

El tratamiento penal de la figura del «arrepentido»

Señala asimismo Olarieta, tal vez sea éste uno de los puntos que, con más fuerza, evidencia la presencia de lo *político* por encima de lo *jurídico*. A tal punto es así, que pueden constatarse claros ejemplos de legislaciones europeas que han ido —aunque con técnicas legislativas diversas— «legalizando» el tratamiento especial, benévolo y premial, a la figura de los delatores/arrepentidos/colaboradores con la justicia, etc.[19]

Y, en verdad, creo que puede afirmarse sin temor a equivocarse o a exagerar, que ha sido la *normativa sobre «arrepentidos»* la que con más fuerza terminaría por cambiar profundamente el carácter de la legislación penal y de sus principios inspiradores. En efecto, fue ésta la tendencia legislativa que trastocó los cimientos de un Derecho penal *«de acto, del hecho»*, a los de un Derecho penal *«de autor»*. ¿Por qué se establece un juicio semejante? Veamos ciertos puntos, imprescindibles para ir hilvanando el proceso que intento describir.

---

18. Cfr. al respecto, el cierre del periódico *Egin* que, en Euskadi (País Vasco), ha tenido lugar no hace demasiado tiempo, en aplicación de normas antiterroristas y por un Tribunal (la Audiencia Nacional) al cual se le han dado especiales facultades para la «lucha antiterrorista».

19. En efecto, baste con recordar las legislaciones (ordinarias unas, excepcionales otras), de Gran Bretaña, República Federal de Alemania, Francia, Italia o España. En todas ellas, y aproximadamente en las últimas tres décadas, se han introducido reformas que posibilitaron el tratamiento especial para quienes colaboraran con la justicia delatando a ex compañeros de ciertas organizaciones que practicaron la violencia política.

En primer lugar, ha de señalarse que el «*arrepentimiento*» del sujeto a premiar, no es ni mucho menos el arrepentimiento «*espontáneo*» que siempre ha existido en las legislaciones penales ordinarias. Muy por el contrario, se trata de un arrepentimiento «*calculado*». Y, semejante «*cálculo*» se verifica sobre la base de medir los beneficios —procesales, penológicos o penitenciarios— que el «*arrepentido*» piense que puede obtener.

Dicho de un modo mucho más llano: se trata de alcanzar el «*cambio de bando*» del infractor a cambio de una «*remuneración judicial*» o negociada judicialmente.

Asimismo, y cada vez más el torcimiento del derecho se torna más evidente, se trata entonces de «*instrumentalizar*» al inculpado para, posteriormente, poder utilizar su confesión —como prueba privilegiada— contra sus ex compañeros delatados.

También ha de decirse, en íntima relación con lo anterior, que el «*arrepentido*» suele —de acuerdo con el grado de «*arrepentimiento/delación/traición*» al que llegue—, dejar de ser un acusado para pasar a la categoría de «*testigo*». Desde luego, no se trata de un testigo «*imparcial*» sino profundamente «*interesado*».

A partir de aquí, es evidente que ya no será posible saber cuándo está diciendo la verdad y cuándo está comenzando a exagerar, mentir o simplemente inventar para poder alcanzar los beneficios. Y ello porque sus beneficios pasan a ser «*inversamente proporcionales*» a los perjuicios de las personas delatadas; la regla es simple: cuanto más perjuicio logre sobre sus ex compañeros, más beneficio personal alcanzará.

Se llega así a una de las consecuencias más sobresalientes de todo este sistema: *terminará por cumplir menos condena, no quien delinca menos, sino quien delate más.*

No hace falta argumentar demasiado, me parece, después de las notas comentadas, para concluir afirmando que un sistema penal —sustantivo y procesal— inspirado en los principios que han sido descriptos, constituye una verdadera arma de lucha política que ha terminado por subvertir los principios de un Derecho penal nacido en la tradición liberal-ilustrada.

Un ejemplo concreto y actual de todo cuanto se está mencionando, lo ha constituido el art. 579 del Código Penal español, cuando dispuso que...

> [...] los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la produc-

ción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

Ahora bien, dibujadas rápidamente algunas notas que caracterizan la legislación de emergencia, podemos entonces analizar cómo se verificó la irrupción de una *cultura* semejante en Europa y qué consecuencias produjo.

El reformismo penitenciario europeo, la emergencia de la violencia política y la reacción de los Estados

Como es bien sabido, tras el final de la II post-guerra mundial comenzó a desarrollarse el movimiento conocido como «*constitucionalismo social*». En tal sentido, paradigmática fue la Constitución italiana de 1948, la cual supuso un modelo que sería seguido por otros Estados europeos. La articulación de la fórmula del Estado social y democrático y derecho, la consagración de amplios catálogos de derechos fundamentales y garantías procesales junto a mecanismos de protección de ambos, la plasmación constitucional de la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad, junto a otras notas, dibujan esquemáticamente el movimiento aludido.[20]

Y, dentro de ese contexto, fue en la década de los años 70 cuando la gran mayoría de los países de la entonces Europa occidental verificarían sus procesos de reforma penitenciaria, los cuales se desarrollaron sobre ciertos principios: plasmación de la llamada «*prevención especial positiva*» (como doctrina de justificación de la pena privativa de libertad, basada en la aspiración correccionalista de resocializar a los autores de delitos); prohibición de la penalidad capital y de los trabajos forzados; principio de legalidad en el cumplimiento de las penas (la denominada «*garantía ejecutiva*»); control jurisdiccional de la ejecución penal/penitenciaria (mediante la creación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución Penal); y posibilidad de permitir a los reclusos el disfrute de los llamados «*beneficios penitenciarios*» si reunían ciertos requisitos fundamentalmente de buen comportamiento. En

20. Para conocer ampliamente el mencionado proceso, puede acudirse —en lengua castellana, pues la bibliografía italiana al respecto es vastísima— a la obra de Silveira Gorski, *El modelo político italianao. Un laboratorio: de la tercera vía a la globalización*, 1998.

síntesis, como lo ha señalado Bergalli (1986) se recogía así toda la ideología correccionalista[21] que elevaba la resocialización al fundamental pilar de las opciones reformistas que se están describiendo genéricamente.[22]

Como ha señalado Pavarini, se iría construyendo, de este modo, un verdadero «*sistema de pena flexible en fase ejecutiva*» donde la pena sólo está judicialmente determinada en su límite máximo. Se fue dejando paulatinamente en manos de los Equipos de Tratamiento y Observación de las cárceles la posibilidad de graduar, de modular la intensidad del sufrimiento legal. En efecto, estos Equipos Técnicos, a través de la actividad administrativa de conceder o denegar toda una serie de «premios», podían ya medir un supuesto umbral de resocialización en el condenado que le hiciera ser merecedor (o no) de salidas anticipadas, permisos, etc. Una verdadera «*tecnología punitiva*», un auténtico «*laberinto punitivo-premial*» había sido edificado para alcanzar el gobierno disciplinario de la institución carcelaria. Nada servía mejor a tales fines que unos sistemas penitenciarios orientados en clave preventivo especial positiva (cfr. Pavarini 1997, Rivera Beiras 1997).

Mas, pese a todo ello, pronto los cimientos mismos de esas operaciones reformistas se verían subvertidos por nuevos acontecimientos. En efecto, casi contemporáneamente a la época que se está describiendo irrumpió en diversos países europeos el fenómeno de la violencia política (cierto es que en algunos países, incluso, semejante irrupción ya se había verificado anteriormente). Irlanda, la República Federal de Alemania, Francia, Italia o España, por citar a los más emblemáticos en este sentido, conocieron el problema del terrorismo e, inmediatamente, reaccionarían contra el mismo. En el convencimiento que para combatirlo eran insuficientes los instrumentos *ordinarios* de que disponían los Estados, se decidió echar mano de nuevas herramientas que se consideraron *extraordinarias*. Se iba inaugurando así la denominada legislación, o más precisamente, la «*cultura*» *de la emergencia*.[23] Y ello se verificaría, rápidamente en distintos frentes:

---

21. Con tal expresión se alude al movimiento iniciado a finales del pasado siglo a través de la *Escuela positiva* italiana (con Lombroso, Ferri, Garófalo...), o de la *Escuela de Marburgo* alemana (con Franz von Liszt) y del *Correccionalismo* español (con Pedro Dorado Montero).

22. Italia sancionó su Ley Penitenciaria en 1975, Alemania en 1976, España en 1979.

23. Al respecto indica Bergalli que la «*emergencia*» definió en Europa la penetración de una auténtica *cultura «específica»* producida como resultado del desarrollo de una conflictividad social inédita y de una tensión extrema entre los polos del sistema capitalista de producción. Agrega este autor que, la difusión de una «*cultura*» semejante, fue socavando los principios garantistas sobre los que se asentó el Estado de Derecho y definió, con gran crudeza, una de las últimas crisis del Estado Social (cfr. 1988).

• en el *ámbito legislativo sustantivo*: a través del surgimiento de las llamadas leyes antiterroristas que aumentaron las penas para estos delitos, previeron cierres editoriales y de periódicos, etc.;

• en la *legislación procesal*: permitiendo la incomunicación de los detenidos a quienes se les aplicara esta nueva normativa durante numerosos días en las dependencias de policiales, o restringiendo garantías procesales (recursos contra denegaciones de pruebas, etc.), o legalizando la aludida figura de los «*arrepentidos*»;

• en las *competencias y prácticas policiales*: dotando de mayores márgenes de maniobra a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de los Estados o creando cuerpos de élite en aras a fortalecer el fetiche de la eficacia policial;

• en la creación de *Jurisdicciones y Tribunales especiales*: para el enjuiciamiento de los delitos terroristas fuera de las áreas geográficas donde aquéllos eran cometidos (y vulnerándose así el constitucional principio del «*juez natural*»).

Naturalmente, también esta irrupción de la «*emergencia*» produjo sus especiales consecuencias en el ámbito penitenciario, pero esta cuestión será especialmente abordada en el próximo epígrafe. Interesa ahora señalar, rápidamente, que todo el nuevo entramado normativo «*de emergencia*» surgía en Europa hace unas tres décadas con una doble presentación y justificación: de un lado, se afirmaba que nacía para combatir *un* fenómeno especial (el terrorismo); de otro lado, se señalaba que estaría vigente *sólo* el tiempo estrictamente necesario para aquel combate.

Pues bien, hoy puede afirmarse que, prácticamente desaparecido de los países europeos el fenómeno para cuyo combate se edificó la legislación «*de emergencia*», ésta no ha sido desmantelada y ha terminado por invadir muchas otras esferas de la vida y de la legislación penal ordinarias. La «*aureola o el fetiche de la eficacia*» (policial, judicial, penitenciaria) se fue convirtiendo en un nuevo discurso legitimador, ahora, de la «*expansión de la emergencia*» hacia nuevos ámbitos. La supuesta eficacia de la prevención general, alimentaba también la dirección señalada. Como indica al respecto Olarieta, la misma ha permitido mantener normas y prácticas «*de excepción*» sin necesidad de tener que acudir, formalmente, a la declaración del «*Estado de excepción*» (*op. cit.*).

Para acabar este epígrafe, digamos que, pese a las dificultades de toda definición, la «*emergencia*» ha sido conceptualizada como un...

> [...] conjunto de medidas que se caracterizaron por: *a*) fundamentarse en la urgencia y la excepción; *b*) crear tensión social y activar

el sentido autoritario de la sensibilidad social; *c*) la puesta en práctica de medidas restrictivas e incluso represivas, que quiebran derechos y garantías fundamentales; y, *d*) alterar sin suprimir principios básicos del orden constitucional [Silveira Gorski 1998: 90].

Elemental résulta señalar, frente a todo ello, que cuanto más se recurre al sistema penal —y a la excepcionalidad penal— más se resiente, más afectado resulta el sistema democrático y el principio de igualdad ante la ley, al irse sancionando paulatinamente un sistema punitivo dual.

«*Emergencia y excepcionalidad*» *en el ámbito penitenciario*

La irrupción de la «*legislación y de la cultura de la emergencia*», como se anticipó, produjo naturalmente sus particulares consecuencias en el ámbito penitenciario. Conviene ahora, entonces, tratar específicamente esta cuestión. Son muchos y diversos los aspectos del universo carcelario que fueron paulatinamente trastocados por la irrupción de la «*emergencia*». Podemos citar algunos de ellos:

El primero alude a la cuestión de la *edilicia y arquitectura penitenciaria*. En efecto, la década de los años 70 inauguró la edificación de las llamadas «*cárceles de máxima seguridad*». Estas unidades, diseñadas con los más modernos recursos tecnológicos y telemáticos, levantaron numerosos pabellones de aislamiento celular que demuestran cómo se renunciaba al ideal resocializador desde los mismos planos de construcción arquitectónica de la cárcel (Baratta 1986; y, especial, cfr. *Controinformazione* 1979). La posterior tendencia a la construcción de macrocárceles —para albergar a reclusos, digamos, «comunes»— evidencia la ya aludida «*difusión de la emergencia*» hacia otros ámbitos diversos del combate antiterrorista para el cual había nacido.

El segundo ámbito en el cual los sistemas penitenciarios europeos se vieron trastocados como consecuencia de la emergencia que se comenta, es el relativo a la articulación de específicos *regímenes penitenciarios*. Así, paulatinamente, también se fue verificando una generalizada tendencia a restringir el disfrute de los llamados «*beneficios penitenciarios*» (redenciones de penas por trabajo, permisos de salida, libertades condicionales, entre otros), primero, a reclusos condenados por delitos de terrorismo, después, a otros por cuestiones relativas a la delincuencia organizada, más tarde, por tráfico de drogas, por delitos contra la libertad sexual... Asimismo, se procuró dar continuidad, aho-

ra en fase de ejecución penal, a la posible «*colaboración de los arrepentidos*» quienes podrán volver al régimen general —normal y no excepcional— de cumplimiento dependiendo de que se sustraigan o no a la disciplina de su grupo y colaboren o no con la justicia (cfr. actual art. 78 del Código Penal español y actual Reglamento Penitenciario español).

La tercera consecuencia alude a la *política de traslados de presos*. En efecto, en la misma dirección que se está describiendo, se inauguró la llamada «*política de dispersión*» carcelaria. La misma supone el constante traslado a las cárceles más alejadas del entorno socio-familiar del penado, para vencer su resistencia, sustraerle de una supuesta coacción de otros reclusos y demás justificaciones. Demás está decir que ello, no sólo supone la criminalización de los familiares de los presos dispersados (quienes tienen que recorrer a veces enormes distancias para ver al recluso), sino que se opone también a cualquier ideal resocializador. En el caso de España, como se verá después con mayor detalle, pese a las importantes resistencias opuestas contra esta política por numerosos colectivos sociales e Instituciones públicas, la misma continúa plenamente vigente en la actualidad.[24]

El cuarto aspecto que evidencia hasta qué punto las opciones penitenciarias reformistas de los años setenta en Europa fueron atravesadas por exigencias neutralizadoras, se vincula con la configuración de *sofisticados sistemas de aislamiento carcelario*. Es sobradamente sabido que el aislamiento carcelario busca la paulatina destrucción psíquica (y en ocasiones física) de determinados condenados. Ha sido ésta una arma de permanente utilización contra destacados líderes de grupos que ejercieron la violencia política en la República Federal de Alemania, Irlanda, Italia o España.[25] Ahora bien, más allá del empleo de semejante instrumento contra representantes de la disidencia política armada, en los últimos años se han ido creando determinados «*ficheros*» que consisten en bases de datos informáticos donde son incluidos los pre-

---

24. En efecto, semejante política penitenciaria ha sido repetidamente resistida desde sectores afines a la defensa de los derechos de los presos dispersados (v. Gestoras Pro Amnistía 1993), hasta por las propias Instituciones representativas de la soberanía del País Vasco (v. resoluciones del Parlamento Vasco sobre «reunificación» de los presos dispersados). Véase, respecto de los traslados de presos/as y, en particular, de lo relativo a la llamada «política de dispersión», el estudio realizado por Aranda Ocaña (1999).

25. Respecto a las formas de exterminio —carcelario— de importantes líderes de grupos que en Europa practicaron la violencia política, pueden consultarse, entre muchos otros materiales, los trabajos del Comitato di Lotta Contro la Repressione (1974) y de *Controinformazzione* (ya citado), para el caso de Italia; o el trabajo (también citado) de las Gestoras pro Amnistía para el caso de España.

sos más resistentes a las estrategias antes mencionadas. En el caso español, por ejemplo, desde hace más de una década, se creó (a través de simples Órdenes-Circulares ministeriales, es decir, no a través de normas jurídicas emanadas del Congreso), el llamado *Fichero de Internos de Especial Seguimiento*. En éste fueron incluidos los reclusos más rebeldes a quienes se les endurecen sus condiciones de vida: aislamiento de veintitrés horas diarias (con una hora de patio), intervención permanente de sus comunicaciones escritas, imposibilidad de poseer en el interior de las celdas de aislamiento sus enseres personales, cacheos personales y requisas de la celda cada tres horas, etc. Son numerosos los testimonios de los «*presos FIES*» que van acreditando la impunidad con la cual se verifican los malos tratos y torturas en tales condiciones de vida segregada. Por otro lado, comienzan a ser ya numerosos los casos de suicidios (intentados y consumados) que se producen en semejantes condiciones.[26] Es éste otro ejemplo de aquella «*expansión de la emergencia*», ya comentada.

Podrían citarse más ejemplos sobre la introducción de la «*emergencia*» en el ámbito penitenciario europeo. Pero, entiendo, la relación que se ha presentado es suficientemente elocuente para evidenciar la tendencia que aquí se analiza: primero, la irrupción de la «*emergencia*»; posteriormente, la instalación y expansión de la misma.

Cultura de la emergencia y trastocamiento de los sistemas penales

Para acabar estas notas cabría reflexionar, a modo de síntesis, en torno a tres cuestiones centrales. En primer lugar, puede llamarse la atención sobre un dato cuanto menos, paradójico: pese a tanta excepcionalidad penal y penitenciaria para combatir la violencia política (policías *especiales*, jueces *de excepción*, leyes *antiterroristas* y procedimientos *especiales*, cárceles de *máxi-*

26. Para conocer, de primera mano, los relatos de los vejámenes sufridos en la ejecución de penas privativas de libertad en España, bajo el «régimen FIES», véase el Monográfico editado por la Coordinadora de Solidaridad con las Personas Presas, *Panóptico* 1996. Allí podrán encontrarse los testimonios de los presos afectados quienes describen el régimen FIES, las torturas sufridas, las pésimas condiciones de habitabilidad de las celdas de aislamiento donde actualmente viven, la censura e intervención sistemática de la correspondencia, etc. Abundando en ello, cabe señalar que hace escasos días, se acaba de publicar en España el último Informe de la Asociación pro Derechos Humanos, el cual insiste en las pésimas condiciones de vida que acarrea el mencionado «régimen» de cumplimiento.

ma seguridad, etc.), pese a todo ello, no se acepta la existencia de «*presos políticos*», distintos de los «*comunes*», es decir, de quienes delinquen sin intencionalidad política. Recordar cuanto se dijo al respecto en el inicio de este análisis sobre la *cultura de la emergencia y excepcionalidad penal*: «*en un sistema democrático no existen delitos (ni presos) políticos pues la disidencia está legalizada*». Primera cuestión, pues, que daría para una reflexión tendente a poner en cuestión tales afirmaciones que, por repetidas, se han naturalizado tanto y deberían entonces ser revisadas.

En segundo lugar, y ahora sólo lo menciono pues ya fue analizado anteriormente, cabe recordar asimismo cómo la «*irrupción y difusión de la emergencia*» ha logrado subvertir los principios básicos de un sistema penal de raigambre liberal y ha terminado por «*premiar*» actitudes de delación y colaboración interesada, aunque ello suponga desvirtuar los principios garantistas sobre los cuales se edificó el propio sistema penal.

Finalmente, y en el específico ámbito penitenciario, cabe señalar también que ha sido precisamente «*la emergencia*» la que subvirtió también los principios humanistas y resocializadores de la reforma europea de los años 70. En efecto, como se ha podido ver, en esos años el sistema penitenciario fue reformado en clave de «*prevención especial positiva*»: la resocialización de los condenados era la meta a alcanzar. Sin embargo, veinte o casi treinta años después, la «*emergencia*» volvió del revés la cara del sistema carcelario orientándolo en clave de «*prevención especial negativa*», buscando no ya la resocialización del condenado, sino su drástica neutralización, incapacitación, inocuización y paulatina destrucción. En síntesis, la «*emergencia*» trastocó aquella reforma penitenciaria democrática devolviendo así a la cárcel —en este convulsionado fin del milenio— su auténtica cara aterradora y amedrentadora que aquella reforma había pretendido maquillar.[27]

Tres cuestiones que han sido planteadas para iniciar una reflexión. Si la «*emergencia*» surgió para combatir a los «*focos subversivos*» de la sociedad, pero la misma es la que terminó por

---

27. Y piénsese que, en el presente trabajo, se ha omitido deliberadamente toda referencia a otros instrumentos empleados por diversos gobiernos de Estados europeos en el combate contra las iniciales expresiones de violencia política. En efecto, no se analizó aquí el fenómeno de las llamadas «*guerras sucias*», o el «*terrorismo de Estado*», fenómenos que, impulsados en no pocas ocasiones desde las cúpulas de Ministerios del Interior, emplearon fondos económicos «reservados» para la contratación y mantenimiento de mercenarios que, a sueldo de las autoridades, cometieron secuestros, torturas y asesinatos contra activistas de grupos clandestinos. No se abordó esta cuestión, en el presente trabajo, pues el objeto del mismo era otro: analizar el fenómeno —legal— de la llamada *legislación y cultura de la emergencia*».

«*subvertir*» los fundamentos mismos del sistema penal democrático, entonces, ¿no es tiempo ya de pensar que los conflictos sociales necesitan un abordaje, una imaginación, distinta de la que puede ofrecer un sistema penal tan profundamente deslegitimado?

Y aun cabría agregar que esta penalidad segregativa ha provocado, por citar sólo algunos acontecimientos, no pocos escándalos por el carácter (cada vez más) «corporal» que ha ido asumiendo a medida que la difusión del Sida se propagó en el interior de las cárceles europeas. Se alude con ello a la reciente revelación algunos datos sobre la situación penitenciaria de España, Italia o Francia.

- En el primer caso (España), hace poco tiempo se conocía que en la última década —entre 1990 y 1999— habían muerto en las cárceles de Cataluña (única Comunidad Autónoma que en España tiene transferidas las competencias de ejecución de la legislación penitenciaria), más de mil presos, es decir, uno cada tres días y medio (cfr. *El País*, 25-6-2000).
- En el segundo ejemplo, Italia estudiaba a mediados del año 2000 la posibilidad de producir una amplia excarcelación ante el colapso de sus cárceles que presentan un déficit de miles de plazas (cfr. *Il Manifesto*, 28-6-2000).
- En el tercer caso, Francia tuvo que crear una Comisión Parlamentaria permanente «Sobre la Situación de las Prisiones Francesas», compuesta por treinta Diputados quienes visitaron 187 cárceles. Ello debió hacerse después de las revelaciones del médico de la cárcel de La Santé, absolutamente espeluznantes sobre la situación sanitaria en su interior (cfr. *Le Monde*, 26-6-2000).

Los infectados son millares, los muertos se acumulan y engrosan las estadísticas; las operaciones reformistas de los años setenta se revelan en todo su fracaso y la cárcel reaparece con toda la crudeza que aquellas operaciones habrían pretendido maquillar.

* * *

Antes de dejar este Capítulo —y comenzar a transitar por otros ámbitos geográficos y culturales, tal y como se procederá de inmediato— conviene señalar que, cuanto ha sido aquí mencionado, conformaba básicamente el clima político de las últimas décadas y con anterioridad a los ataques a las *torres gemelas* y al Pentágono el 11 de septiembre de 2001. Lo que ha venido sucediendo después de tales acontecimientos, apenas ha sido aquí señalado. Ello se hará más adelante. Pero, por ahora, tal vez sea imprescindible entender que los cimientos de cuanto sucederá tras esa fecha estaban ya férreamente instalados.

CAPÍTULO VI

LA CRISIS DEL *WELFARE* Y SUS REPERCUSIONES EN LA CULTURA POLÍTICA ANGLOSAJONA

Diego Zysman Quirós

1) El resquebrajamiento de la *New Penology* y la caída del mito de la rehabilitación

Un siglo después de las primeras experiencias reformadoras, *la New Penology* norteamericana tuvo un profundo resquebrajamiento que hubiese parecido imprevisible tiempo antes (Cullen/ Gilbert 1989: 91; Allen 1998; Garland, 2001: 53). Esta experiencia de reformas penales conocida con el nombre señalado desde la década del treinta, asociada al progresismo norteamericano y al discurso médico, y en sentido genérico, a lo que Garland (1987; 1991, 2001) llamó el *penal welfare complex*, al llegar a los setentas sufrió contundentes críticas que determinaron —si bien no su desaparición— un marcado desplazamiento del centro de las políticas penales posteriores, tanto en los EE.UU. como en el Reino Unido (Cullen y Gilbert 1989; Garland 1990; 2001; más reticente con respecto al R.U., Matthews 2002).

En verdad, si bien esta experiencia político-criminal puede definirse a partir de variados elementos que le dieron forma, su corazón fue el discurso y la práctica correccionalista; para muchos, el rasgo principal de la modernidad penal de gran parte de occidente (Foucault 1989; Garland 1985, 1990).

Es cierto que los principios que orientaban a la *New Penology* no permanecieron intactos desde las primeras formulaciones expuestas en el congreso de Cincinnati de 1870 (Brockway 1871, Platt 1988, Salvatore y Aguirre 1996, 7-8; Del Olmo 1989, 48-51. Así pues, al comenzar el siglo XX dejó atrás el lastre de progresismo filantrópico y las notas de protestantismo religioso que la había caracterizado. Asimismo, y a pesar de haber nacido de la mano del discurso experto, se hizo más experta, pues pretendió

legitimar el tratamiento y castigo de los «delincuentes» de manera exclusivamente científica. También debe recordarse que, a partir de las experiencias afines con cierto positivismo criminológico presentes en el régimen nazi, abandonó o acalló algunas de las propuestas científicas más «duras» ligada al discurso eugenésico y la incapacitación en pos del ideal rehabilitador.

Sin embargo, no puede subestimarse la trascendencia de una experiencia que se mantuvo firme desde los tiempos de la segunda revolución industrial hasta después del primer viaje a la luna, y que ha marcado hasta el presente la cultura penal en la que se vive en aquellos países.

Lo cierto es que en muy poco tiempo se afirmó una nueva ortodoxia que estableció que los objetivos rehabilitadores eran insustentables y que los programas de rehabilitación estaban desacreditados o al menos eran de dudosa confianza. Como consecuencia de ello, la búsqueda de penas reformadoras se vio desplazada a una posición marginal en el sistema de justicia criminal (Morris 1974; Allen 1998: 18; Garland 2001: 8).

Distintos factores llevaron a este descrédito, en momentos en los cuales el en telón de fondo en el ámbito global era un mundo polarizado en dos ejes de poder, y particularmente, la guerra de Vietnam y las virulentas protestas contra aquella, y en el ámbito doméstico, una desgarradora lucha por los derechos civiles (especialmente, pero no únicamente) de la población afro-norteamericana (Giammanco 1970; Jones 2001: 435, 525).

En este marco, durante los años setentas se consolidó una crisis de la criminología dominante, una redefinición de los valores del liberalismo progresista y una crisis del Estado de Bienestar (*Welfare State*) que llevó a reevaluar críticamente la inversión de los recursos en el campo penal (ver Rivera 2004).

Con relación a la crisis en la criminología, nuevas expresiones académicas de la criminología sociológica y la sociología de la desviación se impregnaron de una mirada que tomó distancia de las teorías causales, positivistas, que consideraban al delito un producto de la privación biológica o social y de la patología. Tanto las teorías del *labbelling* como las expresiones de cuño marxista, reinterpretaron la conducta delictiva como un comportamiento racional, una forma expresiva e incluso reivindicativa de una posición política; una conducta catalogada como desviada por el efecto de las relaciones de poder (Garland 2001: 57; Taylor *et al.* 1997: 187; Taylor 2000; Bergalli 1983: 183; Sumner 1997: 9). Incluso más. Trabajos como los de David Matza, Howard Becker y Edwing Lemert se detuvieron particularmente en el estudio de los llamados «delitos sin víctimas» para resaltarlos como construcciones

sociales, instadas por procesos de control. Esta es la visión a la que algunos autores identifican cuando señalan que dichas corrientes adoptaron una mirada que tornó en simpatía, o especial aprecio, la actitud intelectual frente a los desviados y los delincuentes (Melossi 2000: 306; Garland 2001: 66).

A diferencia de los que pueda haberse experimentado en otros lugares los ataques al correccionalismo desbordaron los círculos académicos y políticos trascendiendo a otros espacios de la cultura norteamericana, y en menor medida, de la británica. Filmes como *A Clockwork Orange* (*La Naranja Mecánica*) y *One Flew Over the Cucos Nest* (*Alguien voló sobre el nido del Cuco / Atrapado sin salida*, según el país hispano), son usualmente citados como reflejo de esta tendencia en la cinematografía (Cullen y Gilbert 1989: 121-122; Garland 2001: 57).[1]

En el ámbito académico la bibliografía especializada en el tema suele describir dos frentes antagónicos que coinciden en su ataque al paradigma rehabilitador (Friedman 1993: 306; Cavadino y Dignan 1997: 51; Cohen 1988: 355). Por un lado los cuestionamientos que ligaron el supuesto aumento del índice delictivo de entonces con el fracaso preventivo de la reforma individual, la benevolencia injustificada con el delincuente y la discreción judicial y administrativa de las penas, necesaria para conseguirlo. Este flanco —que se identifica con el pensamiento penal conservador del que hablaremos— promovió desplazar la preocupación por el condenado a las víctimas, y reclamó penas mayores y de cumplimiento certero.

Por otro lado, convergió en esta crítica una línea de tinte liberal/radical que en el marco histórico comentado deploró el funcionamiento de la prisión —llegando a proponer su abolición en algunos casos, como el de los escritores y activistas John Bartlow Martin o Jessica Mitford— y las nefastas consecuencias que aquella había demostrado desde las primeras reformas penitenciarias. En igual modo cuestionó que tras la noción de tratamiento se escondía en verdad violencia y arbitrariedad, además de un apabullante avance del Estado norteamericano en el control de las personas (Bell 1975; Cullen y Gilbert 1989: 110; Morris 1985: 23).

De esta manera, muchos de estos escritos cuestionaron el poder coercitivo del Estado para suprimir las protestas e iluminaron las profundas disparidades del sistema de justicia, cues-

1. *A Clocwork Orange* había sido escrita por Anthony Burgess y publicada en Nueva York en 1962, pero su gran difusión vino de la mano de la producción filmográfica del recientemente desaparecido Stanley Kubrick, en 1971. *One flew...* pasó directamente a la pantalla grande, en 1975.

tionando la legitimidad de la autoridad estatal y su sistema de movilidad de clases como una afirmación ideológica. Se expusieron en él los efectos del racismo, sexismo y desigualdad social que socavaban los ideales democráticos que los Estados Unidos elevaban como dogma y estímulo para la acción en otros países (Garland 2001: 55-60).

Entre las expresiones más significativas y reconocidas de esta corriente se destacaron dos relevantes informes no gubernamentales que convocaron en sus filas a prestigiosos teóricos, de los que hablaremos más adelante al estudiar el *Justice Model*.

En verdad, tanto la crítica liberal o más radical como la conservadora encontraron un poderoso respaldo en estudios empíricos que pretendieron demostrar cuantitativamente la historia fatídica del ideal reformador. La expresión más ilustrativa y perenne de estos estudios fue el famoso informe publicado por Robert Martinson, en 1974.

En esa fecha, Martinson dio a conocer en la revista *The Public Interest*, «What Works? — Questions and Answers About Prison Reform», un artículo que rápidamente capturó el interés de los especialistas en materia penal y cuya cita se perpetúa hasta nuestro momento en la literatura especializada y los discursos oficiales. En verdad, este trabajo conformaba parte de una investigación más extensa impulsada en 1966 por el *New York State Governor's Special Comitee*, que involucraba a otros dos autores, y que en 1975 daría a luz en la forma de libro.[2]

La obra presentaba y analizaba los resultados sobre reiteración delictiva de 231 evaluaciones de programas de tratamiento rehabilitador especialmente seleccionados, que habían sido conducidos por diferentes investigadores entre los años 1945 y 1967, momento de apogeo del ideal rehabilitador. El factor determinante de su interés se expresaba en sus demoledoras conclusiones: «Con pocas y aisladas excepciones, los esfuerzos rehabilitadores que han sido reportados hasta aquí, no han tenido efecto apreciable en la reiteración delictiva» (Martinson 1974: 25; Cullen y Gilbert 1989: 111).

---

2. Lipton, Martinson y Wilks: *The Effectiveness of correctional treatment: A survey of treatment evaluation studies*, Praeger; New York, 1975. En el trabajo analizado, Martinson comenta la génesis del informe y la prohibición que sus impulsores hicieran a su difusión, en razón de llegar a conclusiones contrarias a las esperadas (que las fallas se debían a la inexistencia de verdaderos esfuerzos en rehabilitación). De hecho, su publicación llegó a ser posible a raíz de una vía bastante intrincada, relacionada con una orden judicial de la Suprema Corte del Bronx que obligaba a suministrar el informe como elemento de prueba para un caso criminal.

Conteste con estas expresiones, al final del artículo se esbozaba una pregunta retórica cuya respuesta fue difundida como disparador de la crítica correccionalista, ejerciendo enorme influencia en el pensamiento profesional y popular norteamericano y británico, hasta nuestros días. Martinson cerraba su texto preguntándose: «¿Nada funciona?» (*«Does nothing works?»*).

2) Los cambios políticos operados en Gran Bretaña y en los Estados Unidos de Norteamérica a finales de la década de 1970. El surgimiento de los «realismos» criminológicos británicos

La gran recesión de 1973 y la crisis fiscal consecuente produjeron diversos cambios en las actitudes de importantes sectores de la población norteamericana y británica con respecto al mantenimiento del *Welfare State* y los principios de la social democracia que, a decir verdad, ya estaban presentes a fines de los sesenta (recordemos, por ejemplo, los votantes de la elección de Nixon en 1968). Esto permitió ganar importantes posiciones a los políticos conservadores que hasta entonces, incluso, habían reconocido la imposibilidad de revertir ciertas conquistas de las políticas keynesianas. Sin embargo, con la asunción de Margaret Thatcher en el Reino Unido en 1979 y Ronald Reagan en los EE.UU. en 1981, se produjo un drástico viraje conservador que enfrentó duramente los principios del *welfarismo* y el Estado intervencionista y criticó las políticas fiscales, las políticas criminales —consideradas «blandas», costosas e ineficientes— y la ruptura de la ley y el orden. Ya en el gobierno, a esto sumaron importantes recortes en el gasto público y las prestaciones sociales, la valorización del mercado como el principal agente regulador de la economía nacional y la hostilidad contra la contracultura y los cambios producidos desde los años sesenta en las leyes y convenciones sobre conducta sexual, la familia y la creencia religiosa (Jones 2001: 545; Platt 2001; Garland 2001, 97-98).

Los realismos criminológicos de derechas y de izquierdas

En este escenario, a mediados de los setenta se desarrollaron dos corrientes político-criminales ideológicamente antagónicas que se propusieron un abordaje realista del problema criminal, apartándose de gran parte de los debates teóricos sustentados por liberales, marxistas y anarquistas que habían surgido con la

criminología crítica y la politización de la década anterior y que a esta altura se consideraban idealistas o románticos (Taylor, 2001).

En los EE.UU. tomó particular impulso un Realismo de Derechas que, por supuesto, también tuvo exponentes en el Reino Unido, y allí un realismo de izquierdas, liderado por Jock Young —uno de los artífices de la Nueva Criminología (Taylor *et al.*)— que también tuvo y tiene seguidores en los EE.UU., Canadá y Australia (es el caso de Platt o Currie; Young 1997).

De manera tal vez simplificada, podría entenderse al Realismo de Derechas como expresión consecuente del momento político y social de los setenta tardíos en adelante, y al de izquierdas como respuesta y estrategia teórica a este «irresistible ascenso», en términos brechtianos (ver Young, 1997: 473; Ericson y Carriére 2001: 161-63).

Como hemos expresado, el Realismo de Derechas se identifica con el conservadurismo, los exponentes de la «ley y el orden» y, más recientemente, con los representantes de una «criminología del otro» (Garland 2001: 137; Young 1998; Pegoraro 2002; Rivera Beiras 2004).

A pesar de ello, y si bien se lo asocia a ciertos nombres que no se discuten, no debemos creer que existe una homogeneidad total entre quienes se consideran realistas (por ejemplo, ver las discutibles consideraciones de Platt 2001).

Para decirlo en pocas palabras, tal vez sería más preciso identificar en ellos la exposición del pensamiento «tradicional» frente al castigo penal, el orden social y las instituciones establecidas, la protección a la víctima y la sociedad, el desprecio a los delincuentes, necesariamente ligados a las clases bajas, y la consideración de los delitos callejeros violentos (robo, hurto, asalto)[3] como los únicos delitos de importancia (Cullen y Gilbert 1989: 37; Platt 2001: 131-133). Estos autores retoman el discurso severo de los siglos XVIII y XIX que se vio desacreditado por casi un siglo por los programas rehabilitadores y la confianza en la corregibilidad y el éxito del sistema de justicia penal, aunque en algunos casos también aparece fuertemente aferrado a teorías biológicas. Esta últimas, renovadas pero muy similares a las planteadas por la línea «dura» del positivismo peligrosista, recuerdan los trabajos de Lombroso en Europa, y de Charles Caldwell, M.B. Samson, los hermanos Fowler, Richard Dugdale, Robert Fletcher, Arthur Mc Donald o William Healy, en los EE.UU. (Vold 1958: 78-80; Barnes-Teeters 1963: 133; Platt 1988: 49-53).

---

3. Wilson comienza su libro expresando: «Este libro no trata de los crímenes de cuello blanco ni, excepto la adicción a la heroína, de los así llamados "crímenes sin víctimas"...».

Sin embargo, la característica más importante de esta corriente es el sólido respaldo que han recibido de importantes centros y universidades norteamericanas, como la de Harvard, y la recepción por alguna de las políticas penales que repasaremos en las próximas páginas.

Pese a lo dicho más arriba, a principios de los ochenta esta revitalización ya no era sorprendente ni parecía efímera. En 1975, el futuro presidente norteamericano, Ronald Reagan, expresaba en su discurso de campaña que la proliferación de los delitos no debía buscarse en las estadísticas de ingresos económicos ni en la riqueza: «El primer problema es un sistema de justicia criminal que parece haber perdido mucha de su capacidad para determinar la verdad, perseguir y castigar al culpable y proteger a la sociedad» (cit. Cullen-Gilbert 1989: 95). Un año más tarde, en una presentación ante la facultad de derecho de la universidad de Yale, el presidente Gerald Ford —destacando muchas de las falencias del sistema de justicia— utilizaba una tónica similar. Afirmaba que el delito florecía a causa de un sistema de justicia criminal que, gracias al tratamiento rehabilitador, era demasiado indulgente con los delincuentes.

El punto central de estas críticas se dirigía a una justicia que prefería beneficiar al delincuente que prevenir la victimización de ciudadanos inocentes. Como expresaba el senador republicano William V. Roth, Jr.:

> Por demasiado tiempo, la ley ha centrado su atención en los derechos del delincuente defendido, no en la víctima o potencial víctima del delito. Es tiempo de que la ley se preocupe más de los derechos de la gente para cuya protección ella existe (cit. Cullen-Gilbert 1989: 25).[4]

Las críticas apuntaban que una de las razones fundamentales por la cual los delincuentes se veían beneficiados, radicaba en la noción rehabilitadora, empeñada en curar las dolencias de

---

4. Estas citas son muy interesantes, pues muestran que la recuperación de la víctima, asociada a movimientos liberales o abolicionistas, también ha nacido, en paralelo, como preocupación de los sectores más conservadores. De esta forma, a mediados de la década de 1970 a la par que se popularizaba el magnífico trabajo de Christie, «Conflicts as property» (1992) [1977] donde se redescubría a la víctima, expropiada de su conflicto por el estado —movimiento que tomaría verdadero cuerpo en los ochenta con la declaración de organismos internacionales como las Naciones Unidas, o el Consejo de Europa— también se realzaba su figura para justificar un mayor ejercicio punitivo. La expresión de una especie de «suma cero» en la cual reconocer su papel significaba aumentar la dureza del sistema penal con los delincuentes, ha sido reconocida por Garland (2001:144).

los condenados en lugar de concentrarse en la imposición del castigo que les correspondía. En muchos de estos casos se sabía que el así favorecido volvía a cometer delitos. Ahora, demostradas las fallas en que habían incurrido los programas rehabilitadores, estos poderes perdían el sustento de su justificación. Por estas razones, se afirmaba mediante un cliché que el delito no debía ser rentable («*crime not pays*»).

Por su parte, en Gran Bretaña, poco después de su elección Margaret Thatcher encabezaba una campaña para reintroducir en la legislación la pena de muerte y otras formas de «mano dura», mientras varios miembros del partido se preocupaban por la levedad del castigo en las prisiones británicas (Matthews, 2003: 182).

Como indicamos anteriormente, este Realismo de Derechas está asociado académicamente a nombres como James Q. Wilson —el mismo de que escribiera junto a George L. Kelling: «*Broken Windows*» (2002)— y Ernest van den Haag, quienes, mediante la publicación del *best-seller Thinking about Crime*, y del libro *Punishing Criminals*, respectivamente, hicieron apología de la eugenesia social y la represión, respaldando la necesidad de reforzar la pena de muerte y volver a penas fijas y severas, especialmente las incapacitadoras (Platt-Takagi, 2002: 118; Garland, 2001: 59).

Al poco tiempo de estas manifestaciones, en un escrito capital sobre el tema, Platt expresaba:

> Van den Haag, Wilson y otros nuevos «realistas», están indignados y se sienten ultrajados por la ineficacia y el empantamiento de la policía, los tribunales y las cárceles. Desprecian, por una parte, a los burócratas estatales que administraban el aparato de justicia penal y, por la otra, no quieren ser sobrepasados por un baño de sangre o por la crueldad calculada. Estos temas y presunciones comunes otorgan a los nuevos «realistas» una unidad de intereses y propósitos [2001: 131].

Más recientemente, desde una lectura histórica, Garland recordaba que:

> Como Ernest van den Haag, Wilson insistió en que los índices delictivos norteamericanos eran altos porque las posibilidades de ser detenido, condenado y severamente castigado se habían vuelto muy bajas. Afirmaba que las consideraciones intimidatorias debían ajustar el nivel general de imposición de penas y que los delincuentes peligrosos o reiterantes debían ser sujetos a penas extra, incapacitadoras, y en algunos casos a la muerte [2001: 59-60].

También puede entenderse que los estudios sobre la inteligencia y la estructura social norteamericana se orientan sobre esta misma lógica. Es el caso del renombrado *The Bell Curve...*, de Charles Murray y Richard J. Herrnstein, aparecido por primera vez en 1994. Este libro marca el retorno del coeficiente intelectual (*I.Q.*, o C.I., en castellano) como variable explicativa apta para avalar la desigualdad social, y dentro de ella, la predisposición al delito. En este último caso, ello los lleva a recuperar los estudios positivistas anteriores a la década del sesenta con el fin de encontrar la combinación de causas que llevan a delinquir, entre las cuales el coeficiente intelectual juega un papel preponderante (Fridman, 2002: 211-16).

En los últimos años, otros autores como John Di Iulio Jr., George Kelling, Dave Kopel, John Carlson, Charles Logan (y muchos otros) han engrosado la lista de teóricos «realistas» y proponen medidas contra el delito que van desde arrancar a los jóvenes maltratados de las manos de sus padres, reforzar el orden público, ampliar las facultades policiales de detener sospechosos y requisarlos, contratar más policías y construir más cárceles, restringir el uso de garantías penales, alterar el sistema de jurados para evitar veredictos absolutorios o fomentar la difusión de la pena de muerte (Di Iulio jr. *et al.*: 2001).

Por otro lado, al promediar los setenta, Europa y en particular el Reino Unido presenciaron el avance del conservadurismo británico y el peligro del Estado social e intervencionista. Se hace visible también la violencia racial agudizada por la crisis económica, y el feminismo denuncia la violencia ejercida contra las mujeres y cuestiona la inactividad del derecho penal. En paralelo se extingue la *New Left* al advertir que la revolución no puede hacerse sin el apoyo de la clase obrera; mayo del 68 y la efervescencia de Vietnam han quedado lejos y la criminología crítica, dividida por sus diferentes postulados epistemológicos, no puede salir del criticismo y orientar las políticas penales como sí lo hacían las criminologías ortodoxas y las nuevas propuestas de derecha (Larrauri 2000: 144-150; Zaitch y Sagarduy 1992; Ericson y Carriére 2001).

En este contexto, algunos autores encabezados por Jock Young comienzan un despegue o redefinición de la criminología crítica expuesta años antes, que denominarán «idealismo de izquierdas», para dedicar mayor atención al delito común (*«take crime seriously»*) y los efectos de éste en las comunidades obreras, las mujeres y las minorías étnicas. Se proponen un enfoque que estudie el problema del delito en el corazón de las instituciones sociales (sus relaciones de clase y género) y sus valores centrales, como el indivi-

dualismo competitivo y la masculinidad agresiva (Young 1997: 474); que observe la realidad existente tras las apariencias, se ocupe del delincuente y de la víctima desde una perspectiva socialista, proponga un programa para el control del delito y en el que la comunidad dirija la actividad de la policía (Lea y Young 1993: 262-273; Ericson y Carriére 2001: 161). Sobre la base de estos preceptos nació y se desarrolló la propuesta del realismo de izquierdas.

Existe acuerdo en reconocer que la primer obra que adopta decididamente esta perspectiva fue *Criminología de la clase obrera*, publicada por Young en la obra colectiva de la que era coeditor, *Criminología Crítica* (Young 1975). En aquel trabajo que se aleja del espíritu de la *Nueva Criminología*, publicada un par de años antes, reposiciona ciertas afirmaciones de la criminología ortodoxa/positivista. Así, resurge la importancia del delito, la existencia de cierto consenso social frente a las conductas contra la vida o la propiedad y la manera en que el delito afecta particularmente a la clase trabajadora, la que por otra parte debería ejercer un papel preponderante en su prevención.

También resulta relevante para ello *What is to be done about law & order?*, publicada por John Lea y Jock Young en 1993 en respuesta a las campañas por la ley y el orden de las que hablaremos, en la que en forma mucho más extensa definieron los objetivos buscados, el programa político-criminal que el realismo de izquierdas promovía contra el delito y los puntos que lo distinguían del idealismo de izquierdas y de la criminología ortodoxa o el Realismo de Derechas;

> Necesitamos involucrarnos, por razones materiales, políticas e ideológicas: materialmente, para perseguir la justicia en comunidades de la clase trabajadora; políticamente, para proveer políticas alternativas que conduzcan las energías de los marginalizados, de esta manera disminuir las causas del delito a la vez que proveer un control del delito humano y eficaz [Lea y Young 1993: 272].

En EE.UU., autores como Elliot Currie, o Anthony Platt también reconocen la importancia del delito para la clase obrera y los sectores sociales más débiles que son quienes más lo sufren; por ello cuestionaron la imagen del delincuente como un rebelde idealizado, propia del romanticismo de izquierdas (Young 1997: 477), a la vez que la ceguera con que otros criminólogos estudian el delito como expresión individual, apartándolo del proceso histórico que marginaliza a millones de individuos determinándolos al desempleo.

> Nosotros concordamos, sin embargo, en que el crimen convencional violento constituye un serio y desmoralizante problema que desvaloriza la calidad de vida de las comunidades de la clase obrera, así como el racismo hacia los extranjeros y otras divisiones que se dan en tales comunidades ... no queremos glorificar o romantizar el crimen convencional violento como una forma primitiva de rebelión política... [Platt, 2001: 132].

3) La paulatina construcción de la *Criminología de la Intolerancia*. El debate norteamericano sobre las estrategias y leyes del *Justice Model* y *Three strikes and you are out*. Las primeras campañas de *law and order*: la preocupación por la inseguridad y el discurso revigorizador del castigo penal. *Broken Windows* y *Zero Tolerance*

Young denomina «criminología de la intolerancia» a la intolerancia forjada en los últimos años por una política intensiva que se ocupa principalmente de las personas marginalizadas y de infracciones menores, en paralelo con la intolerancia del sistema penitenciario que aumenta día a día su población. Todo esto, socavando la búsqueda principal de las democracias liberales cuyo propósito ha sido minimizar las penalidades impuestas y, más recientemente (y de gran parte de ello se ocupa la obra de este autor), crear una sociedad tolerante de la diversidad y la diferencia en lugar de una sociedad excluyente (Young 1999: 121, 136).

Entre las expresiones más representativas de esta criminología de la intolerancia podemos encontrar a las campañas de *law and order*, ciertas manifestaciones y usos gubernamentales del *Justice Model*, las leyes de los *Three strikes*, y las difundidas y cuestionadas políticas de prevención del delito basadas en las *Broken Windows* y la *Zero Tolerance*.

El Justice Model

A mediados de los años setenta las críticas al proceso penal, a la ideología y práctica rehabilitadora y junto a ella, a la prisión en sí misma fueron consolidándose y reagrupándose. Algunas de estas perspectivas heterogéneas, tomadas en conjunto, y en tanto opuestas al «modelo médico» dominante conformaron lo que sería conocido como «Modelo de justicia» o *Justice Model*; un influyente programa de reformas identificable con el «garantismo» penal en el que confluyeron de manera temporal diversos

intereses, y en el que se destacaron los juristas defensores del debido proceso legal (Hudson 1987: 37; Cohen 1988: 355; Pavarini 1992: 20; 1994: 81).

Esta propuesta se consolidó exitosa y rápidamente en la academia y, en parte, en la retórica gubernamental de los Estados Unidos, pero también en el Reino Unido e incluso en otros países influenciados por aquéllos, en los cuales el desarrollo del correccionalismo penal había sido muy distinto (Cavadino y Dingan 1997: 50; Duff y Garland 1994: 9; Garland 2001: 60; Matthews 1999: 169, 2003: 185; Hudson 1987: 38).

Estas consideraciones llevaron a que se lo interpretara como un retorno a las viejas ideas, valores y filosofías de la Ilustración de los siglos dieciocho y diecinueve —expresión de un neoclasicismo penal— aunque al amparo de experiencias e influencias teóricas más recientes (Hudson 1987: 56; Garland 1991: 8; Duff y Garland 1994: 10).

El *Justice Model* tuvo distintos exponentes. Sin embargo, los textos especializados destacan de manera repetida a dos obras de reflexión colectiva e iniciativa privada, fuertemente marcadas por la explosión del conflicto penitenciario de Attica, en 1971,[5] como las obras que mejor representan este movimiento.

Struggle for Justice, la primera de las dos obras a la que nos hemos referido fue publicada en 1971. Cinco años más tarde, en 1976, dio a luz *Doing Justice. The Choice of Punishment.* Pero también se apuntaron en la senda otros ensayos individuales de considerable influencia académica como: *Criminal Sentences: Law Wihtout Order,* de Marvin Frankel, publicado en 1972; *The Future of Imprisonment,* de Norval Morris, del año 1974, y *We are the Living Proof. ... The Justice Model of Corrections*, de David Fogel, en 1975 (Garland, 2001).

Struggle for Justice, fue el informe del *Working Party* de una organización (hoy Ong) cuáquera de Filadelfia: el *American Friends Service Committee.* Fue la más voluminosa y radical. Se publicó pocos meses después del levantamiento de Attica, y planteó en forma directa y severa las falencias del modelo correccional y el tratamiento individualizado al que calificó de: «teóricamente errado, sistemáticamente discriminatorio en su administración, e incon-

5. El 9 de septiembre de 1971 se produjo un levantamiento en la prisión del pueblito neoyorquino de Ática que tuvo una importantísima repercusión nacional e internacional y en el que se produjo el número de víctimas mortales más grande de los 150 años de la historia de la penitenciaría americana. 29 muertos y más de 80 internos heridos, más 10 guardias muertos por el fuego cruzado de las tropas de asalto. Es también la primera vez que las cámaras de televisión penetran en la prisión y exhiben a la sociedad quienes habitan tras las rejas (Cullen y Gilbert, 1989:4-6).

sistente con algunos de nuestros más básicos conceptos de justicia» (cit. por Cavadino y Dignan 1997: 49; Cohen 1988; Garland 20001: 55-58). Para efectuar esta crítica, académicos, activistas y ex prisioneros que componían el grupo se aliaron explícitamente con el naciente movimiento de derechos de los presos, emplazado a su vez en la fervorosa lucha por los derechos civiles de los años 60 y 70. Presentaron su trabajo como parte de una lucha más extensa, relacionada con la justicia social, económica y racial. Si bien se considera que sus propuestas de reforma no fueron demasiado precisas, sus objetivos políticos fueron los más explícitos y radicales de los trabajos que se presentarían con posterioridad. Por ello también tuvo el mérito de haber impactado internacionalmente (aunque principalmente en el mundo anglosajón) y haber instalado la agenda de las discusiones y debates que le siguieron.

El objetivo primordial del informe fue el uso discriminatorio del poder punitivo por el sistema de justicia criminal. En particular, el uso de la prisión, entendida como una herramienta para reprimir a los afroamericanos, los pobres, los jóvenes y las minorías culturales. Se consideró que el modelo de tratamiento correccionalista individualizado servía para enmascarar el uso discriminatorio del poder estatal, extendiendo y legitimando sus abusos a través del discurso paternalista. Se expresó que una «revolución apenas visible» estaba tomando lugar en las cárceles locales y las penitenciarías estatales, donde las huelgas y las convulsiones ya habían comenzado.

Adicionalmente, la «penología progresista» fue criticada por su paternalismo e hipocresía, su ingenua fe en los resultados del castigo y el deseo de imponer tratamientos coactivos a los infractores. También se atacaron las teorías deterministas y los métodos positivistas de la criminología correccionalista. De la misma forma, la asunción de que la violación de la ley penal era sintomática de una patología delictiva, y que las costumbres de la clase media blanca eran el patrón de normalidad y salud. Por sobre todo, el reporte cuestionó el poder penal discrecional que encarnaba en el tratamiento y la sentencia indeterminada, así como las predicciones de comportamiento individual. Se consideró que este impresionante poder, incontrolable por naturaleza, era sistemáticamente usado en forma discriminatoria, y para objetivos represivos que respondían a las necesidades de control de las instituciones y a los intereses políticos de las clases dominantes (Garland 2001: 56).

Por otro lado, *Doing Justice. The Choice of Punishment* (1986); el reporte del *Comittee for the Study of Incarceration* también se originó a principios de la década —auspiciado por la *Fiel Funda-*

tion— pero demoró en publicarse hasta 1976. Fue un estudio de mucho menor radicalismo pero de mayor respaldo académico y elaboración teórica que ha permitido presentarla hasta el día de hoy como la obra más clara y autorizada del *Justice Model* (Hudson 1987: 38).

El Comité estaba integrado por un amplio grupo de reconocidos juristas y penólogos norteamericanos de línea mayoritariamente liberal, entre los que destacaron Erving Goffman, David J. Rothman, Alan Dershowitz y David Greenberg.[6] A efectos de sintetizar la multiplicidad de intervenciones, su redacción final estuvo conferida a Andrew von Hirsch, quien sentó las críticas y propuestas generales que se habían acordado, acompañando en la forma de agregados, las opiniones y discordancias particulares, capitalizando la influencia de la obra. Muchas de las discordancias hoy tal vez olvidadas reflejaron la heterogeneidad y tensión político-intelectual que surgía de este agrupamiento provisorio.

Además de adoptar un tenor de mayor moderación y cientificismo, el trabajo se presentó como un estudio prioritariamente conceptual. Estructuró su desarrollo en cinco puntos que partían de una crítica a las asunciones convencionales del sistema de justicia penal (rehabilitación, pronósticos de peligro e individualización), para centrarse en la justificación general del castigo, el problema de la determinación o cuantificación de la pena, la propuesta de un sistema de *sentencing* y los conflictos que deparaba el castigo en una sociedad injusta.

De acuerdo con Bárbara Hudson (1987), Cullen y Gilbert (1989: 125) y la misma *Doing Justice* (1986), podemos condensar las propuestas esenciales del modelo de justicia en un entramado de seis puntos, estrechamente relacionados: 1) proporcionalidad entre castigo y delito; 2) penas determinadas; 3) crítica a la discrecionalidad judicial y penitenciaria; 4) crítica a la disparidad en la determinación de las penas; 5) sustancial reducción de las penas de prisión, privación del derecho a la libertad —estrictamente— y rehabilitación como opción de carácter voluntario, y 6) afianzamiento de la noción del debido proceso legal.

---

6. El comité fue presidido por Charles E. Goodell, y Andrew von Hirsch ocupaba el cargo de Director Ejecutivo y autor principal del reporte. Se integraba por Marshall Cohen, Samuel Dubois Cook, Alan Dershowitz, Williard Gaylin, Erving Goffman, Joseph Goldstein y Jorge Lara-Braud. El *staff* por David F. Greenberg, Susan Steward, Patricia Ebener, Victor Marrero, Eleanor Holmes Norton, David J. Rothman, Simon Rottenberg, Herman Schwartz, Stanton Wheeler, Leslie T. Wilkins, Andrea Schecter y Janiska Boudreau. Debe destacarse que Greenberg, uno de los penólogos más radicales (en términos anglosajones), también había participado (fue el único) en la elaboración de *Struggle for Justice*.

Si bien muchos autores reconocen que los puntos mencionados habrían sido las verdaderas metas de los promotores del modelo en comentario, también consideran que estos debates sinceros o estratégicos sólo sirvieron para que EE.UU. y el Reino Unido transitara hacia políticas penales más punitivas, o rescatara los elementos más punitivos de la propuesta original convirtiéndose en el principal factor del encarcelamiento masivo de los años ochenta. Algunos consideran, incluso, que en la práctica el *just desert* ha muerto y que las políticas de ley y orden ocuparon su lugar (Cullen y Gilbert 1989; Cavadino y Dignan 1997: 52; Von Hirsch 1998; Alshuller 1991).

Las leyes de los «Three Strikes»

En los últimos años, más de veinticuatro de los cincuenta estados norteamericanos, junto a la legislación federal, han sancionado leyes desarrolladas bajo el eslogan (con claras reminiscencias beisbolísticas) de los «*three strikes and you're out*» («al tercer golpe estás afuera»). Estas leyes afirman pretender asegurarse que los delincuentes habituales o persistentes, reciban la sentencia disponible más alta posible, con independencia de la pena de muerte; esto es, prisión de por vida, sin la posibilidad de una reducción por libertad condicional o *parole* (Austin *et al.*, 1999: 131). En el Reino Unido, el gobierno ha evaluado y propuesto la necesidad de incorporar políticas de este estilo para adultos que fueran condenados tres veces por robos y venta de drogas, y quienes reincidieran por segunda vez en delitos violentos serios (Cavadino y Dignan 1997: 39).

A partir de dos hechos delictivos de dominio público y con gran trascendencia mediática en 1993 se plantó en el estado de Washington, mediante una votación, la primer propuesta para una ley que previera un término de prisión de por vida, sin la posibilidad de *parole*. Además de los votantes, la propuesta contó con un interesante soporte logístico de la *National Rifle Association.*[7] Sus destinatarios serían quienes fueran condenados por tercera vez a ciertos delitos violentos o de perceptible gravedad. Aquellos fueron momentos de un clima político agitado en torno al delito, en el cual las encuestas de opinión pública mostraban (en enero de 1994) que el 31 % de los estadounidenses consideraba al delito

7. Probablemente muchos de los lectores se habrán familiarizado con el perfil de aquella asociación norteamericana por el ácido y publicitado filme documental *Bowling for Columbine*, de Michael Moore.

como uno de los problemas más importantes del país, comparado con el apenas 5 % que habían expresado en junio del año anterior. Todo ello brindó el clima necesario para endurecer la política punitiva, y las leyes de los *Three strikes* fueron debatidas incluso en los *talk shows* televisivos (Mauer 1997: 173-75).

En 1994, se votó sin discusión la primera ley federal sobre la materia. Ese mismo año, una docena de estados siguió sus pasos. Para 1997 además del gobierno federal, veinticuatro gobiernos estatales habían sancionado leyes utilizando la referencia de los *three strikes* en sus frases. Entre las variadas y efímeras campañas contra el delito de la década de los ochenta y noventa, los *three strikes* representaron el movimiento más vital y reciente.

Ahora bien, en 1996 se produjo un importante relevamiento en los distintos estados Norteamericanos que mostró las diferentes definiciones de lo que podía constituir el primer *strike* (puede traducirse como «golpe» u «ataque») (Austin *et al.* 1999: 133). En efecto, la gran mayoría de los estados incluía en sus listas delitos violentos de gravedad como homicidio, violación, robo, incendio intencional y asaltos; algunos estados como Indiana, Louisiana y California, incluían también delitos no violentos relacionados con drogas; Washington delitos de traición y Carolina del Sur, incluso, malversaciones y cohecho.

A pesar de ello, han surgido variaciones en el número de «*strikes*» necesarios para imponer la sanción señalada (Mauer 1997*a*: 174). En algunos estados como Arkansas, California, Georgia, Kansas, Montana, Pennsylvania, Carolina del Sur y Tenessee, con dos *strikes* en la cuenta la condena subsiguiente puede agravarse. California, incluso, permite contar cualquier *felonie* anterior como «*strike*» si el penado tiene una condena previa por cualquiera de los delitos previstos por su lista.

Las leyes también difieren en orden a la sanción a imponer una vez constatados los tres antecedentes. En Georgia, Indiana, Lousiana, Maryland, Montana, Nueva Jersey, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Tenesee, Virginia, Washington y Wisconsin, depara una condena obligatoria de por vida en la prisión, sin la posibilidad de *parole*. En otros estados como California, Nuevo México y Colorado, luego de un extenso periodo vuelve a ser posible solicitar la *parole*. En el orden indicado, esos periodos alcanzan los 25, 30 y 40 años de cumplimiento efectivo, respectivamente.

Otros estados como Connecticut, Kansas, Arkansas, y Nevada han sancionado leyes para especiales casos de delitos graves, aun cuando dejan una mayor discreción a los tribunales para su imposición. Este es el caso de Florida, Dakota del Norte, Pennsylvania, Utah y Vermonth, que prevén penas especiales que pue-

den llegar a la prisión por vida en el caso de delitos violentos (Austin *et al.* 1999: 138).

No obstante la extensión y velocidad con la que se reproducen estas leyes, se ha sostenido que estas modificaciones no impactaron en la forma en que se esperaba. La gran mayoría de los estados que sancionaron leyes del estilo, no generaron condenas masivas que puedan relacionarse con ellas. Distintas razones, como ser las penalidades antes existentes, las estrategias de los fiscales, las decisiones de los tribunales u otro tipo de contenciones, han determinado que, salvo en el estado de California, las leyes no hayan tenido un gran impacto en el sistema penal. De hecho, hasta 1998 el *Federal Bureau of Prisons* informaba que (en el ámbito federal) ninguno de los prisioneros existentes había sido condenado por esta ley (Austin *et al.* 1999: 142; Wacquant 1999).

Ello ha dado lugar a que algunos consideren que salvo en el caso mencionado de California donde estas leyes han ejercido toda su violencia e irracionalidad (recordemos a Jerry Williams, condenado en 1995 de por vida por delitos como robar una porción de pizza; Cavadino y Dignan 1997: 39), la legislación no ha tenido consecuencias en la práctica preventiva ni penitenciaria sino que sólo ha expresado su severidad cumpliendo una función simbólica: «El movimiento nacional hacia la legislación de los *three strikes and you're out* ha sido una campaña simbólica que ha tenido poco o ningún efecto en el sistema de justicia criminal o en la seguridad pública» (Austin *et al.* 1999: 158).

Si bien la distinción convencional entre instrumentalidad y simbolismo puede ser convincentemente cuestionada, aún así, permite identificar convenientemente distintos efectos de las prácticas implementadas y dialogar sobre ellos. Por otra parte, los estudios sobre sociología del castigo nos demuestran que el simbolismo penal, lejos de ser inerte, también ayuda a crear realidad: a moldear la cultura penal de una sociedad, tal vez, cada día más punitiva (Garland 1991).

Law and Order

La crisis del sistema de justicia penal provocada entre otras cosas por la crisis de la prisión, del ideal rehabilitador y del monopolio estatal en el control del delito dejó como saldo un importante cuestionamiento a los expertos penales identificados con la criminología y penología, y de esta manera, en cierta medida, liberó al discurso sobre el castigo penal de las razones, legitimaciones y los frenos de los cientistas, reenviando la cuestión al campo de

las luchas políticas y el sentido común popular (ver Bottoms 1995; Garland 1996; 2000; 2001).

En este espacio, y bajo la presión de los índices crecientes de la criminalidad de la década del sesenta, el aumento del temor al delito y la victimización de capas más amplias de las clases medias norteamericanas y británicas, la explotada inseguridad ontológica del *post-welfare* y la endurecida retórica y práctica neoliberal y neoconservadora de los gobiernos reaganista y tatcheriano, resurgieron las campañas dirigidas a restaurar la «ley y orden» (*law and order*) perdidos (Lea y Young 1993; Cavadino y Dignan 1997: 25).

Estas campañas se caracterizan por su llamado al rigor punitivo y la inflexibilidad, asimismo, utilizan la retórica de la guerra contra el delito y se capitalizan en la arena de la discusión política y los medios de comunicación.

Como expresara Stuart Hall, uno de los investigadores británicos más importantes sobre el tema:

> La ideología de la ley y el orden ... no es simplemente la creencia de que la sociedad debe ser gobernada por la ley, sin excepciones, y el delito efectivamente controlado. Es un complejo y *naive* conjunto de actitudes, que incluye la creencia de que los seres humanos tienen libre determinación, que pueden ser estrictamente disciplinados por reglas restrictivas, y que deben ser severamente castigados si quiebran las reglas o fallan en respetar la autoridad (cit. Cavadino y Dignan 1997: 25-26).

Así, Matthews (2002: 182) nos recuerda que la retórica del gobierno entrante del Partido Conservador británico era sumamente punitiva y que Thatcher (la «dama de hierro», como comenzó a llamársela) prometió hacer de la «ley y el orden» una prioridad del gobierno, no sólo por su propia voluntad sino porque el pueblo se lo pedía, circunstancia que se materializó en mejor medida en los años noventa con un considerable aumento de la población carcelaria. Esta legitimación para actuar que busca basarse en los reclamos populares, y que Hall llamó «populismo autoritario», muy presente en nuestros días, seguramente no era tan corriente en un país en el cual la justicia penal y la criminología administrativa tenían un notable desarrollo profesional y un monopolio en la materia.

De esta manera, y toda vez que la amplitud de este concepto permite englobar muchas de las propuestas teóricas o reformas legislativas, nos limitaremos a estudiar dos particulares expresiones de la «ley y el orden» que poseen notable resonancia actual. Las tesis de *Broken Windows* y *Zero Tolerance*.

Broken Windows y Zero Tolerance

En 1982, James Q. Wilson y George Kelling publicaron un *artículo* (*Broken Windows* / Ventanas rotas) sobre la policía y la prevención del delito que en poco tiempo tuvo notable repercusión y ha seguido debatiéndose hasta el presente. En este trabajo afirmaban, básicamente, que si en una comunidad se permitían sin cuestionar distintas formas de incivilidades, disturbios y pequeños delitos, aquella se volvería temerosa, fragmentada y desmoralizada. A su vez, la pérdida o socavamiento de los lazos comunitarios llevaría a un mayor desorden y al incremento de la delincuencia de manera espiralada hasta terminar en un abismo de anomia (Wilson y Kelling 2001: 67-79; Hughes 1998: 112).

Lo exponían así:

> Pero el requisito más importante es pensar que mantener el orden en situaciones precarias es un trabajo vital. La policía sabe que ésta es una de sus funciones, y también cree, acertadamente, que no puede ser realizada dejando de lado la investigación criminal y la respuesta a las llamadas. Sin embargo, hemos estimulado a los policías a suponer, en base a nuestra insistente preocupación por el delito grave y violento, que serán juzgados exclusivamente por su capacidad para combatir el crimen. Mientras ésta se la tendencia, se seguirá concentrando personal policial en las zonas con mayores niveles de delito (aunque no necesariamente en las zonas más vulnerables a la invasión criminal), enfatizando el entrenamiento en la ley y la detención de delincuentes (y no en el manejo de la vida callejera), y apoyando demasiado rápido a las campañas para descriminalizar las conductas «inofensivas» (a pesar de que la ebriedad, la prostitución callejera y la exhibición pornográfica pueden destruir una comunidad mucho más rápido que un equipo de ladrones profesionales) [...] la policía —y el resto de nosotros— debería reconocer la importancia de mantener, intactas, comunidades sin ventanas rotas.

Años más tarde la mayoría de los textos académicos vinculó la tesis central de *Broken Windows* con las experiencias de *Zero Tolerance* que se suscitaron en los Estados Unidos, fueron apoyadas por el gobierno Laborista actual y se debatieron (e intentaron implementar) fervorosamente por el *Home Secretary* del Reino Unido, Jack Straw. Entre ellas, la más destacada y conocida internacionalmente fue la que habría tenido lugar en New York entre 1993 y 1997 durante el gobierno de Rudolph Giuliani y la comandancia del jefe de policía William Bratton. En este periodo, se dice que redujo drásticamente los índices delictivos de la ciudad a niveles desconocidos desde los setenta, y que habría con-

vertido en poco tiempo (casi «mágicamente») a una ciudad violenta e insegura como New York en una de las ciudades más seguras de los EE.UU. y un ejemplo para el resto del mundo (¡!) (Hughes 1998: 122; Young 1998, 1999: 124; Wacquant 1999: 22-34).[8]

El concepto de *Zero Tolerance* que usualmente se maneja, estaría basado en seis puntos clave (Young 1998, 1999: 124):

1) Una disminución de la tolerancia hacia el delito y la desviación;
2) El uso de medidas punitivas, a veces drásticas;
3) La vuelta a niveles pasados de respetabilidad, orden y civilidad;
4) La conciencia de la continuidad entre incivilidades y delito, la baja de calidad de vida y los delitos graves como problemáticos;
5) La creencia en la existencia de una relación entre los delitos y las incivilidades, y que si no se actúan sobre ellas, se dará lugar al delito;
6) *Broken Windows* es el texto que se menciona repetidamente como inspiración de este enfoque.

Más allá de que distintos estudios han cuestionado el éxito de estas políticas penales en contraste con otras ciudades norteamericanas, como San Diego, que habría experimentado la misma disminución de delitos bajo otros esquemas preventivos como el de *Communiy Policing* (o *Policía Comunitaria*), muchos reconocen que estas políticas permitieron la censura y la exclusión social de aquéllos que no aceptan someterse a responsabilidades o persisten con el comportamiento desviado, focalizándose particularmente en la emergente *underclass* norteamericana y los inmigrantes negros o hispanos (Hughes 1998: 112).

Casos como el del inmigrante guineano Amadou Diallio que murió con 41 balazos policiales cuando se rendía a las autoridades de Nueva York o el del inmigrante haitiano Abner Louima, que fue torturado sexualmente por las fuerzas policiales de Manhattan, ilustraron con particular claridad al mundo entero los esquemas que guiaron la supuesta prevención del delito en Nueva York y las implicancias de lo que se dio en conocer como «Tolerancia Zero» (Wacquant 1999: 28-29). Sin embargo, como men-

8. Young ha sido muy crítico con respecto a la identificación entre *Broken Windows* y *Zero Tolerance* toda vez que considera que la tesis de la primera, que involucra principalmente a la comunidad en la prevención del delito, poco tiene que ver con el papel monopólico que posee la policía en las políticas de *Zero tolerance*. Sin embargo, como se ha expresado, la opinión dominante confirma la identificación, similitud o influencia de ambos conceptos.

cionáramos anteriormente, muchos de los gobiernos de distintos países han pretendido dejar como episodios aislados a estos casos y acudir a la sapiencia de Bratton o Giuliani, reconocidos como los nuevos gurúes de la prevención del delito y trastocados en consultores internacionales (Wacquant 1999: 24-27).

4) **Hacia una nueva política de determinación de las penas: el modelo de las *Sentencing Guidelines***

Autores como Roger Matthews reconocen que el proceso que conduce a la condena se considera la llave para el control de la magnitud del encarcelamiento de un país o región, dado que el tamaño y la composición de la población carcelaria se conformará con el número de personas que el poder judicial decida enviar a prisión y con la duración de la condena impuesta (2003: 191).

Ahora bien, el primero de noviembre de 1987 la legislatura federal de los Estados Unidos implementó las *U.S. Sentencing Guidelines* destinadas a regir a lo largo del país para casi todo delito federal; de esta manera no sólo se ocupaba de todas las *felonies* sino también de algunos delitos menores (*misdemeanors*). Con ello se inauguró el proceso de reformas más controvertido y criticado de la historia de los Estados Unidos. Se afirma que ha sido el que tuvo menos apoyo externo y recibió mayores cuestionamientos por parte de los jueces involucrados y los especialistas en la materia (Christie 1993; Tonry 1996: 75; Doob 1995: 201, 245).[9] De hecho, muchos de los intentos subsiguientes de algunos estados, después de esta experiencia, abolirían expresamente de su lenguaje cualquier referencia a las *sentencing guidelines* con el objeto de evitar comparaciones que se creían perniciosas.

Esta reforma también daría los mejores argumentos para asociar el sistema de penas determinadas, el *just desert* (propuesto por el modelo de justicia que hemos estudiado) y las *guidelines*, con uno de los instrumentos más aptos para el endurecimiento punitivo, hecho que en los ochenta se había vuelto indiscutible (Tonry 1996: 72; Frase 1995: 200; Christie 1993; Mauer 1997*a*: 183; 1997*b*).

En verdad, a pesar de avances y retiradas, elogios y críticas, esta orientación legislativa se desarrolló como la nueva línea dominante en lo que respecta a la política penal de determinación de las penas de los EE.UU.

---

9. En menos de dos años de la imposición de las *guidelines*, más de 200 jueces federales escribieron o afirmaron en sus decisiones que el nuevo sistema era constitucionalmente inválido.

Esto permite que un experto en el tema como Richard Frase considere que desde fines de los años setenta el enfoque dominante de la reforma en la determinación de las penas de los Estados Unidos ha pasado por la instauración de *sentencing guidelines* orientadoras (*presumptives*), desarrolladas por una *Sentencing Commission* independiente de los órganos ejecutivo y judicial (Frase 1995: 169; Tonry 1996: 29).

Bajo la decidida influencia de estas modificaciones y con similar inspiración, aunque sin calcar la experiencia norteamericana que en este terreno no ha tenido correlato en otros países, siquiera anglosajones, desde 1991 con la sanción de la *Criminal Justice Act*, y recientemente, con la creación en 1999 del *Sentencing Advisory Panel*, Inglaterra y Gales han promovido una reforma en el sistema de determinación de las penas que dice promover valores similares a los perseguidos por su par norteamericano (Cavadino y Dingan 1997; Ashworth 2002).[10]

En verdad, los orígenes de las *sentencing guidelines* norteamericanas se remontan a comienzos de los setenta. En 1972, época de pleno apogeo de la finalidad rehabilitadora y la sentencia indeterminada en las normativas estadales y en el ámbito federal, Marvin Frankel, juez federal de distrito de New York, publicó *Criminal Sentences: Law Without Order*, un influyente trabajo de corte jurídico que —se considera— integraba la apoyatura teórica del *Justice Model*. En esta obra criticaba la ausencia de estándares que permitieran la aplicación de penas consistentes y uniformes entre los jueces y remarcaba la inexistencia de verdaderas posibilidades legales de recurrir la pena impuesta por los tribunales. Para remediar estos hechos proponía la creación de una agencia administrativa que denominaba *Sentencing Commission*, cuyo destino sería desarrollar reglas para el *sentencing*, es decir, para la determinación judicial de las penas. Estas reglas, guías o *guidelines*, no debían ser de aplicación obligatoria para los jueces sino indicativa (*presumptives*); es decir, propuestas para casos usuales o típicos que pudieran predeterminarse y sujetas a la revisión de los tribunales superiores.

De acuerdo con Frankel, la constitución de una comisión como la señalada permitiría contar con un grado de especialización en la materia que las legislaturas no habían podido ni podrían desarrollar. Para ello sus integrantes no deberían ser elegidos por la ciudadanía sino expertos designados por tiempos predeterminados, lo que les posibilitaría alejarse de las presiones políticas que

10. Puede consultarse sobre el último instituto mencionado en internet; en htpp//: www.sentencing-advisory-panel.gov.uk/

aquejaban a los cuerpos legislativos (Tonry 1996: 9-10; Doob 1995: 202). Así lo expresaba al concluir uno de sus textos más famosos:

> Hoy día el *sentencing* es un terreno perdido para la ley. Se necesita, sobre todo, su regulación. Existe un exceso en la discreción dada a los funcionarios cuyo derecho a este poder no está establecido por credenciales profesionales o desempeño. Algunas medidas de las que hoy existen —como los Consejos de *sentencing* y revisiones por medio de apelación— parecen deseables porque operan encauzando el ejercicio de la discreción. Por el otro lado, el mal de la discreción sin límites está realzado por la creencia acrítica de que se logra una «individualización» benéfica a través de la sentencia indeterminada. La indeterminación en sus formas más entusiastas toma en su sentido literal la cualidad de la vaguedad; esto significa conferir el poder de extender o concluir la reclusión donde los terrenos del poder han sido mal concebidos y las ocasiones para su ejercicio no son averiguables. Algunos aspectos del *sentencing* y el tratamiento de los convictos llaman a una pronta atención legislativa [...] El campo total, asimismo, requiere el estudio y pronto proceso de revisión de la ley, liderado por una comisión federal eminente y permanente [Frankel 1972: 54].

Sobre la base de estas propuestas a mediados de los años setenta los estados de Denver y Vermont experimentaron un proyecto de *sentencing guidelines* voluntarias, destinado a lograr cierta uniformidad entre las decisiones de la magistratura. Había sido desarrollado por los propios jueces y carecía de soporte legislativo, por ello también su seguimiento era consensual y completamente discrecional. Esta dinámica prosiguió unos años después en muchos de los distritos judiciales, a veces a nivel estatal, como en el caso de Maryland, Florida, Massachussets, Michigan, New Jersey, Utah, y Winsconsin. Sin embargo, las primeras evaluaciones sobre su efectividad no fueron por demás alentadoras, y en muchos lugares al poco tiempo cayeron en desuso (Tonry 1996: 27).

En este mismo camino en 1976 el estado de California dictó la primera ley de sentencia (pre)determinada (*determinate sentencing*) de la época actual.

A esta ruptura con la (muy asentada) política criminal de sentencias indeterminadas le siguieron los estados de Indiana (1977) e Illinois (1978), quien fue asesorado por el propio Frankel. En un intento de marcar con claridad su alejamiento de los principios rectores de la rehabilitación, la ley californiana especificaba en su articulado que se proponía eliminar la disparidad y proveer a la uniformidad de condenas. Para ello adoptaba la retribución o merecimiento (*desert*) como finalidad del castigo. Con respecto a

los jueces, dejaba un estrecho marco punitivo aplicable a cada delito (la pena para la mayoría de los delitos se había fijado en tres niveles), del que sólo permitía ajustes menores, en orden a circunstancias agravantes o atenuantes. Para evitar la disparidad también se facultaba que las condenas pudieran ser apeladas a un tribunal superior. Al mismo tiempo se abolían las juntas de libertad condicional o *Parole Boards*, consideradas como la puerta trasera («*back door*») de la determinación judicial de la pena, es decir, el lugar por donde se colaba la discrecionalidad que finalmente determinaba el verdadero castigo; estas eran las responsables de que no pudiera «confiarse en el *sentencing*» («*Truth in sentencing*»).[11] A partir de ello, las sentencias que los jueces pronunciaban debían ser cumplidas en su totalidad, aun cuando podrían ser reducidas por buena conducta en una porción que las leyes consideraban expresamente (y que en forma usual iría según los estados, de un tercio a la mitad de la sentencia) (Knapp 1989: 112; Morgan y Clarkson 1995: 9; Frase 1995: 178; Tonry 1996: 10).

Esta tendencia siguió fortaleciéndose. Las primeras evaluaciones de California y luego de Carolina del Norte que se había plegado a similar movimiento concluyeron en que existía una efectiva disminución de la disparidad en las penas impuestas, y asimismo, una reducción en la extensión del promedio de las condenas (Tonry 1996: 28).

Sería recién en 1978 cuando el estado de Minnesota fijara las bases del sistema de determinación punitiva o *sentencing* que se propagaría como línea principal hasta nuestros días.

En esa fecha, la legislatura del estado citado, siguiendo los lineamientos del juez Frankel, adoptó un esquema de penas determinadas haciendo manifiesto su deseo de lograr condenas proporcionales y uniformes. Por estas mismas razones eliminó la *Parole Board,* tornando voluntarios los programas de tratamiento rehabilitador hasta entonces coactivos; al mismo tiempo, creó la *Sentencing Guidelines Commission* (que dos años más tarde comenzaría a funcionar), destinada a implementar reglas numéricas, orientadoras (*presumptives*), para las condenas de prisión por *felonies*, es decir, delitos que conllevaban más de un año de prisión. Asimismo, se estipulaba que la Comisión sería un cuerpo perma-

11. Bajo el lema de "*Truth in sentencing*" se agruparon algunos de los movimientos de reforma del flanco conservador que reclamaban penas fijas, sentencias en las que "se pudiera confiar", no como en el caso de las indeterminadas, de consecuencias insospechadas. Esta idea, obtendría posteriormente el amparo del gobierno federal que presionaría a los estados con variados "estímulos" para adecuarse a la nueva legislación.

nente, compuesto por un total de once integrantes entre los que habría jueces, fiscales y abogados defensores, oficiales del servicio correccional, expertos en políticas penales y simples ciudadanos.

Al poco tiempo la experiencia de las *sentencing guidelines* se difundió con rapidez. En algunos estados como Pennsylvania (1982), lo hizo en forma parcial ya que pese a su implementación no eliminó a las autoridades de *Parole*. En otros como Washington (1983-84), lo efectuó calcando la experiencia y liderazgo de Minnesotta (Knapp 1989: 113; Frase 1995: 177; Von Hirsch 1998: 25; 1995: 150).

En 1987 Oregon, Tenessee y Louisiana comenzaron a desarrollar *sentencing guidelines* legislativas. Además, guías voluntarias también se difundían en Maryland y Florida y entidades denominadas como *Sentencing Commissions* habían fueron creadas en Carolina del Sur, New York, Connecticut y Maine con disintos resultados en cuanto a su implementación. Sin embargo, como hemos mencionado al comienzo de este apartado la nota trascendental fue la incorporación —ese año— de la justicia federal a este sistema.

Para finalizar podemos comentar que de acuerdo con la información disponible que presenta la *United States Sentencing Commission*[12] en nuestros días veinticinco (de los cincuenta) estados norteamericanos ya tienen asentadas o han comenzado a experimentar con *guidelines*. Si bien es verdad que no todas las guías penales tienen una estructura idéntica, puede afirmarse que en su mayoría se han basado en algunas características comunes. De acuerdo con Frase (1995: 174; 1997: 13-17) los rasgos generales serían éstos:

a) En primer lugar, si bien los fines u objetivos aparentes de las reformas son diversas, todas ellas reflejan el deseo de hacer el *sentencing* más uniforme, y eliminar disparidades no deseadas.

b) También encuentra que la mayoría está orientada a delitos de cierta entidad (*felonies*). Entre ellos los delitos de homicidio, violación, robo, secuestro, asalto agravado, hurto, fraude, delitos relacionados con la prostitución, etc.

c) Pese a ello, además de las federales, unas pocas guías estatales incluyen también a delitos menores o *misdemeanors*.

d) Conforme con el esquema trazado por Minnesota, en la mayoría de los sistemas de *guidelines*, la *parole* ha desaparecido. Los condenados deben cumplir el tiempo completo de prisión, sujetos a una única posibilidad de reducción por buena conducta.

12. Ver al respecto la información difundida en la página htpp:/ww.ussc.gov.-

e) Todos los estados basan sus *guidelines* principalmente en dos factores: las condenas previas o «historial criminal», y la gravedad del delito cometido.

f) Casi todos los estados utilizan estándares numéricos contenidos en una o más tablas de dos dimensiones, definidas por los parámetros recién referidos. Algunos de estos poseen una tabla especializada para delitos que involucran drogas. En realidad, las mayores diferencias entre las *guidelines* estatales, se relacionan con el puntaje de la «historia criminal». También varían las fórmulas para sopesar los delitos anteriores y el uso de reglas que imprimen mayor severidad si el hecho antecedente es similar al juzgado; la actitud con respecto a los delitos anteriores, que pueden no computar, o computar en forma atenuada, y el peso que puede darse al hecho de que el condenado estuviera en *probation* o no, al momento del delito motivo de sanción.

g) Algunas de las *sentencing guidelines* además de los fines de uniformidad propuestos, crecientemente han enfatizado la importancia de evitar la superpoblación carcelaria y hacer mayor uso de sanciones intermedias o comunitarias.

5) **Privatización del sistema penal, gulag carcelario y sustitución del Estado asistencial por el Estado penal**

Privatización del Sistema penal

En Gran Bretaña y los EE.UU. se desarrolló, durante los ochenta, una ética gubernamental —afín a los gobiernos neoliberales o neoconservadores que hemos mencionado— que enfatizó la economía, la eficiencia y la efectividad del uso de los recursos, y cuyo aspecto más publicitado fue la privatización y comercialización del sistema de justicia penal (Garland 2001: 166; Cavadino y Dignan 1997: 153).

Si entendemos a la privatización como una transferencia sistemática de programas y funciones gubernamentales hacia el sector privado o, en sentido aún más amplio, a la sociedad civil, encontraremos que desde la fecha mencionada se produjo en ambos países una decisiva reestructuración de las competencias y deberes del sistema de justicia penal que autores como Christie vinculan con la emergencia de una (novedosa) industria del control del delito, y otros como Garland, atribuyen a la caída del mito del Estado soberano, contralor monopólico del delito durante los últimos dos siglos (Christie 1993: Garland 1996: 2000: 2001).

Entre estas expresiones —cuyo estudio particularizado requeriría muchas más páginas que las que aquí pueden ofrecerse— se ha difundido la contratación privada de las funciones policiales y propias de la seguridad en los tribunales y el seguimiento de los detenidos (como la guardia y custodia en los juicios o el monitoreo electrónico de imputados o condenados). Sin embargo, mucha mayor importancia en este aspecto ha tenido la «privatización» en lo concerniente a la prevención del delito y a las distintas formas de gestión de las prisiones.

De esta manera, se observa un rango de privatización que abarca tanto la prevención como la represión del delito, y por lo tanto, redefine en gran medida el sistema de justicia penal conocido durante la mayor parte del siglo XX.

Así pues, Christie nos recuerda la fuerte tendencia que existe en los EE.UU. (pero que también puede advertirse en Europa —y nosotros agregaríamos, en Latinoamérica—) con relación a la expansión de la policía privada, que contempla aspectos como la seguridad domiciliaria, servicios de vigilancia, sistema de alarmas, investigaciones privadas, blindaje de automóviles, fabricación de equipos de seguridad, cerraduras, la existencia de expertos en seguridad y demás expresiones. De manera ilustrativa, menciona que por primera vez, en 1977, en EE.UU. se utilizó más dinero en la industria privada de seguridad que en la estatal, cuya suma, por supuesto, no es nada despreciable (ver Christie 1993: 112, Wacquant 1999).

A esto podría sumársele ciertos programas de prevención del delito experimentados en los EE.UU y Gran Bretaña, usualmente identificados como prevención situacional y prevención comunitaria que, mediante el estímulo al involucramiento de la ciudadanía o comunidad (o mejor dicho, ciertos sectores que se reconocen como ciudadanía o parte de la comunidad) han desplazando los gastos y responsabilidades estatales con relación a la prevención del delito hacia la sociedad civil, considerada como actriz principal ante la retirada o redefinición del Estado de bienestar (ver Hughes 1998; Crawford 2000; Sozzo 2000; Zysman 2004).

En este sentido, las nociones de *Broken Windows*, policía comunitaria, entendida como *community policing* o *policing of communities*, los mecanismos de *partnership* o compañerismo de Estado y sociedad en la lucha contra el delito, el *empowerment* o fortalecimiento del poderío de acción de los vecinos residentes en zonas urbanas, y las variantes de vigilancia ciudanana *o neighbourhood watch* son expresión de los programas y debates teóricos con relación a la prevención comunitaria y al nuevo rol del Estado con respecto al delito.

Con relación a la privatización de las prisiones, puede expresarse que, si bien las gestiones privadas de la cárcel (mediante el pago de tarifas por alojamiento y servicios) se conocía en la Europa Medieval, se sabe que Bentham a partir de su *Panóptico* fue un férreo impulsor de la gestión privada y el beneficio comercial en la prisión, y en el siglo XIX en norteamérica se experimentó de distinta forma el aprovechamiento comercial del trabajo de los encarcelados, hasta mediados de los años ochenta no surgiría el intento de EE.UU. primero, y luego Gran Bretaña, por desarrollar un sistema privatizado de prisiones (Cavadino y Dignan 1997: 154).

Si bien el ingreso del sector privado al sistema penitenciario puede tomar distintas formas, lo que se ha hecho en la práctica es la contratación de funciones específicas a operadores privados y con relación a instituciones individuales. De esta manera, las contrataciones pueden tomar, usualmente, cinco formas disintas: *a*) contratar actividades como la comida, educación, salud, servicios de seguridad y escolta; *b*) invitar al sector privado a designar y construir nuevas prisiones; *c*) promover la financiación privada de nuevas prisiones por medio de inversiones, prestamos u otras posibilidades de mercado (lo que evita el gasto público sin privarse de prisiones, y por ello ha tenido notable éxito en los EE.UU.); *d*) el manejo o gerenciamiento y operación de todo o parte de una institución penal; y *e*) la contratación de estos servicios, más las funciones que aún en los casos anteriores son retenidas por el Estado (responsabilidad por el cumplimiento del contrato, monitoreo del servicio y establecimiento de la política de la prisión) (Cavadino y Dignan 1997: 153).

Así pues, en 1983, en el marco de los debates por la sobrepoblación carcelaria y los cuantiosos gastos estatales en esta área se implementó la primer experiencia norteamericana de privatización penitenciaria que en los últimos tiempos ha llegado a acaparar más del 7,5 % de la población carcelaria de aquél país y continúa con una tendencia gradual y creciente. De hecho, al menos diecisiete empresas privada se ocupan de alguna manera de alrededor de 140 establecimientos penitenciarios en cerca de 20 de los 50 estados norteamericanos, consolidando una sólida industria del encarcelamiento en la que las empresas especializadas y las ofertas (que varían desde armas de asalto hasta alimentos y *toilettes* especializados) se multiplican (Wacquant 1999: 83-85; Castillo 2002: 51).

En este sentido, Matthews expresa que las compañías privadas estadounidenses se están involucrando principalmente en el diseño, la construcción y el manejo (gerenciamiento) de las prisiones,

y que el cincuenta por ciento de las cárceles de los EE.UU. ya son regenteadas por la *Correctional Corporation of America* (2002: 91).

Por otra parte, leyendo a aquel autor también se advierte que uno de los obstáculos más importantes a la expansión de la gestión privada de las cárceles ha provenido de los trabajadores de prisiones que desarrollaron un sindicato bien organizado con la intención de defender sus intereses limitando el auge privatizador.

De similar manera, luego de la campaña promovida desde 1984 por el *Adam Smith Institute* (y el teórico Peter Young, como su representante más sobresaliente) al comenzar los años noventa Inglaterra y Gales se plegaron a una tendencia privatizadora similar después de un marcado viraje en opiniones encabezado por el flanco conservador y apoyado personalmente, poco después, por la primer ministro Thatcher.

A partir *del Green Paper* publicado por el *Home Office* en 1988 se inició un proyecto privatizador que si bien originalmente estaba destinado a mejorar las condiciones de los centros especializados para detenciones preventivas (*remand prision*) y sólo planeaba expandirse en el sistema penitenciario a partir de los resultados obtenidos, rápidamente fue ampliando sus objetivos. En efecto, en 1991 la privatización mediante contratación (*contracting out*) del manejo de las prisiones fue contemplada en un apartado de la *Criminal Justice Act*, y posteriormente ampliada a otros servicios, en 1993 el gobierno anunció que planeaba privatizar alrededor del diez por ciento de las prisiones de Inglaterra y Gales, meta que parece mantenerse hasta nuestros días y que si bien marca una importante diferencia cuantitativa y cualitativa entre el caso norteamericano y el británico, también muestra una tendencia común (Cavadino y Dignan 1997: 155-57; Castillo 2002: 55).

Como expresa Matthews, más allá del debate sobre las bondades del manejo público o privado de las prisiones, y los beneficios de los servicios prestados, lo importante es que:

> [...] la privatización implica un pasaje hacia un sistema de control más impersonal y automatizado, en el cual los niveles de personal se reducen al máximo, a fin de maximizar beneficios. Existe poco interés intrínseco en las organizaciones privadas por suministrar a los internos programas constructivos y beneficiosos. Los contratistas privados no tienen mucho interés en reducir los niveles de reincidencia, por el contrario, es más probable que ellos se beneficien del reciclaje de prisioneros [Matthews 2002: 91].

De esta manera, la privatización contribuye a reforzar la industria del control del delito, y a través de ella, el crecimiento de la prisión.

El gulag carcelario y la sustitución del Estado asistencial por el Estado penal

Uno de los temas del sistema penal norteamericano que se ha convertido en tema crítico desde hace alrededor de tres décadas es el concerniente a la superpoblación carcelaria.

Durante la mayor parte del siglo veinte, el índice de encarcelamiento norteamericano había fluctuado levemente, manteniendo una condición de estabilidad. Sin embargo, a partir de 1973 el índice comenzó a incrementarse y ha continuado así cada año hasta la actualidad. Sin embargo, esta tendencia se disparó desaforadamente en la década del noventa hasta llegar a doblar la población penal norteamericana (Garland 2001*b*: 5).

En 1999, Wacquant (1999: 71-73) nos sorprendía explicando que la tasa de encarcelamiento era cinco veces la de 1972, y comparada con los países europeos o escandinavos era de seis a diez veces mayor. Agregaba que, mientras el 65 % de los países tienen una tasa de 150 presos por cada 100.000 habitantes, la de EE.UU. trepaba a alrededor de 650 por igual cantidad. En razón de ello, en 1998 había en EE.UU. alrededor de dos millones de personas en prisión —incluyendo cárceles federales, estatales y locales— (¡!), derivándose asimismo que en la década del noventa hubo un crecimiento carcelario promedio superior al 8 por ciento anual.

Por lo demás, de acuerdo con estas cifras y los datos internacionales totales que publicita la ONU (8.700.000 personas en todo el mundo) (ver Rivera 2004), la población encarcelada en EE.UU. (autoproclamado guardián de las democracias de occidente) concentra poco menos de un cuarto del encarcelamiento existente a nivel mundial.

Esto ha llevado a algunos estudiosos a hablar de un fenómeno social de «encarcelamiento masivo».

> Este es un fenómeno —Emile Durkheim (1933) diría un fenómeno patológico— que no tienen paralelo en el mundo moderno. Uno tiene que mirar a China y Rusia para dar con parámetros comparables de encarcelamiento [...]. Porque es tan extraordinario, este fenómeno debe diferenciarse del encarcelamiento tal como ocurre en otras naciones comparables. Un fenómeno extraordinario de esta clase merece un nombre para sí mismo. El siglo XVII tuvo su «Gran confinamiento», cuando los pobres y los locos de toda Europa fueron trasladados a casas de corrección y asilos por primera vez [...] Norteamérica ahora tiene su «encarcelamiento masivo» un nuevo nombre para describir un fenómeno enteramente nuevo [Garland 2001*b*: 5].

Sin embargo, estos números no dan cuenta del presente ni del total del panorama punitivo de los EE.UU. Además de este crecimiento «vertical» que, aparentemente, se ha mantenido relativamente estable desde el 2000 (así, al término del 2002 existían 2.033.331 personas en prisión)[13] en una tasa de crecimiento anual de alrededor del 3,6 %, existe un notable crecimiento punitivo «horizontal» del dominio penal, que ya había advertido Cohen (1988) a mediados de la década del ochenta.

De acuerdo con lo expresado precedentemente, además del encierro carcelario debe contemplarse el número de personas cumpliendo *probation* y las que se encuentran en *parole* o libertad condicional luego de haber cumplido la mayor parte de la condena. Todo este entramado que poco antes del 2000 alarmaba a los especialistas en la materia por ampliar las redes del sistema penal a más de *cinco millones de personas*, actualmente ha trepado a *casi siete millones* de personas (¡6.7000.000!) por la vertiginosa alza de las condenas a *probation* que en el presente involucran cerca de cuatro millones de personas (3.995.200 a fines del 2002, para ser exactos). Es decir, una población mucho más vasta que la de muchas de las capitales más importantes de occidente y no muchísimo más baja que la población total de un país pequeño, como por ejemplo, ¡Bélgica!

Sobre la base de esta información surge una explicación sobre los cambios estructurales ocurridos en los EE.UU. (pero aplicables —por ahora, en menor medida— también a otros países) en las últimas tres décadas.

En efecto, Loïc Wacquant (1999) ha postulado que la atrofia deliberada del Estado social o *Welfare State* que había logrado un importante desarrollo después de la posguerra se corresponde con la hipertrofia del Estado penal que se encarna en las distintas manifestaciones punitivas que hemos estudiado. Así pues, indica que la miseria de uno se vuelve contraparte necesaria de la grandeza y prosperidad del otro en un despliegue que promueve la criminalización de la pobreza y que en el caso de los EE.UU. replica particularmente en la población masculina afronorteamericana.

Una aproximación similar a este fenómeno es la que expresa Rivera (2004) cuando afirma que:

> El recorte del Estado social, la paulatina liquidación de la cultura del *welfare*, la consagración de políticas criminales altamente re-

13. Hemos utilizado para ello las últimas estadísticas publicadas por el *Bureau of Justice Statistics* (correspondientes a fines del 2002). Estas y otras estadísticas pueden ser consultadas en htpp://www.ojp.usdoj.gov/bjs/welcome.html

presivas, la paulatina construcción de la *criminología de la intolerancia* [...], la preparación de todo ello en las *think tanks* norteamericanas (para su posterior exportación a Europa a través de Gran Bretaña, como se verá después), constituyen algunos ejemplos de la penalidad fabricada y exportada por y desde aquellos ámbitos (norteamericanos). La gestión de la «nueva pobreza» ya no es, pues, asistencial. El *management* ahora adquiere rasgos policiales, penales y carcelarios; el sistema penal, cada vez más alejado de sus bases fundacionales, debe gestionar dosis cada vez más altas de conflictividad social. Como indican Burton Rose, Pens y Wright (y ya había señalado Christie cinco años antes), la industria carcelaria norteamericana ha edificado uno de los mayores *gulags* del presente que, por la vía de reproducir la miseria que dice gestionar, asegura su propia supervivencia.

A pesar de que no es fácil predecir el futuro penal de este país, la imagen proyectada desde el endurecimiento bélico y político-penal suscitado como consecuencia de los hechos del 11 de septiembre de 2001 muestra un panorama desolador en el que las manifestaciones punitivas ensayadas hasta el presente podrían constituir sólo el aperitivo de un siglo XXI en el cual los niveles de violencia y control estatal experimenten formas aún no imaginadas.

TERCERA PARTE

EL ESTADO ESPAÑOL Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL NUEVO MILENIO

Capítulo VII

LA ACTUAL POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO ESPAÑOL

1) **Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho** (***Gabriel Ignacio Anitua***)

La política criminal de la Constitución

Los principios de política criminal que se enunciaran aquí han sido las principales herramientas para combatir la política criminal autoritaria vigente desde el Antiguo Régimen hasta las actuales políticas «de emergencia», pasando por los regímenes totalitarios del siglo XX.

En ese sentido, todos los autores que los enunciaron y afinaron propugnaban reformas político-criminales y proponían alternativas al derecho penal vigente. La base de esas reformas consistió siempre en intentar limitar el poder punitivo, o la violencia aplicada legalmente por el Estado, mediante reglas racionales. Dando cuenta de ellas puede escribirse la historia del derecho penal liberal.

En los últimos años, y a raíz de la crisis de confianza en los fines instrumentales de la pena, aquel derecho penal liberal ha resurgido con su finalidad limitadora del poder punitivo. Ante las dudas sobre la capacidad utilitaria de la pena (Garland 1999), las políticas criminales propugnadas por los autores democráticos han intentado basarse en la prudencia y en la limitación de la propia violencia estatal legítima. De esta manera, tales autores volvían sobre la senda del derecho penal liberal clásico expuesto ya en los textos de Beccaria, Kant o Carrara (Silva 1992:35). Ello puede observarse en los autores del área anglosajona y escandinava que se engloban en las teorías llamadas del *just dessert* (cuyo nombre

hace hincapié en la proporcionalidad, pero que en teoría no olvida los otros límites), y también en los de lengua alemana (entre los primeros Von Hirsch 1998; entre los últimos Zipf 1980).[1]

Sin embargo, han sido los autores italianos los que más directamente han influido para dictar los principios limitadores que conforman una política criminal democrática. La misma surgía en los años setenta también como una alternativa, y así era expresado por los grupos afines a la asociación de jueces *Magistratura democrática* que hablaban de un uso alternativo del derecho. Posteriormente, por intermedio de sus máximos representantes teóricos, comenzaría a hablarse de una política criminal garantista o minimalista (Ferrajoli 1986 y 1995, Baratta 1987, 1998 y 2000). Uno de los más importantes aciertos de estos planteamientos consistió en percatarse de que en realidad esa política criminal propuesta no era una «alternativa», sino que era una derivación lógica de los principios plasmados en la Constitución.

Se debe abrir aquí un paréntesis para señalar que la Constitución italiana de 1948 permite con mayor facilidad que otras constituciones hacer esa inferencia. Dicha Constitución es de claro y expreso contenido antifascista, como producto de su génesis histórica tras la derrota militar del gobierno de Mussolini y de la monarquía que lo amparó. El recurso a las garantías individuales y a la forma republicana de gobierno demostraba que allí existía un diseño político-criminal distinto —y de superior rango— que el de la legislación inquisitiva y fascista aún vigente, y el de la política criminal de «emergencia».

Las circunstancias históricas que dieron origen a la Constitución española de 1978 son algo distintas. Esta última, como todo el proceso llamado de «transición a la democracia», demuestra las distintas negociaciones realizadas con el régimen totalitario previo. En efecto, en algunos aspectos esta Constitución ha debido aceptar la influencia del franquismo. Ello sucede sobremanera en lo que hace a la forma de gobierno y su Jefe de Estado, al papel de las Fuerzas Armadas, y también en lo que hace al Poder Judicial (las tres instituciones que dieron soporte y continuidad a aquel

---

1. Es necesario destacar que este movimiento de retorno al clasicismo penal no está exento de críticas. Entre las más agudas (y realizadas al mismo tiempo en que el neoclasicismo se presentaba como una opción frente al ideal resocializador de la pena) se encuentra la de Nils Christie (1984). Para este autor el neoclasicismo ocultaba los problemas intrínsecos en la misma noción de la pena y, además, podía tornarse más lesivo que el propio intervencionismo penal reformista. Años después el propio autor confirmaría este último temor al señalar la influencia de las penas tasadas, o fijas en la ley, sobre el aumento de la población reclusa estadounidense (Christie 1993).

régimen previo). Sin embargo, en los apartados de los derechos y garantías individuales la herencia de aquel régimen debió ceder, y es allí (donde por otro lado se advierte la profunda influencia de la Constitución italiana) el sitio en el cual quedan expuestos los principios políticos de un Estado social y democrático de derecho. Entre ellos se encuentran los principios de política criminal que se expondrán a continuación.

En tanto el proceso constitucional español, por lo antes dicho, sigue estando parcialmente abierto y en tensión constante, es responsabilidad de los ciudadanos y actores políticos y sociales que estos principios (que además se encuentran amparados por los instrumentos internacionales y europeos de Derechos Humanos) se impongan sobre otras herencias históricas. Si esto es así, nosotros también podremos decir con los italianos que los siguientes principios son los de la política criminal de la Constitución.

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (¿función legitimadora del Derecho penal?)

Como ya se había dicho, esta política criminal limitadora de la violencia estatal es la que dará origen al derecho penal liberal. La reacción contra el arbitrio de los soberanos se advierte en todos los ilustrados, y con elocuencia en Beccaria (1983: 57). Una de las formas utilizadas para limitar la arbitrariedad del poder penal del Antiguo Régimen consistió en declarar la prohibición de establecer penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico afectado. Para impedir la criminalización por motivos morales o religiosos se estipula, primero dogmáticamente y luego en las constituciones liberales, que no se puede crear un delito si la conducta perseguida no produce una lesión a un bien jurídico. Así aparece el límite material a la criminalización quizá más importante de la política criminal de la Constitución (Silva 1992: 267; Zaffaroni *et al.* 2000: 120).

Esto es lo que se conoce como «principio de lesividad» y que es expuesto por Ferrajoli con el aforismo *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenali sine iniuria* (1995: 464). Esa necesidad de dañar a un tercero será el denominador de la cultura penal formada desde Hobbes, Puffendorf y Locke, hasta Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi. La protección de derechos de terceros será el límite racionalizador señalado por la Ilustración. Pero como paso siguiente, y ello ocupó a casi todo el penalismo del siglo XIX y XX, debe definirse qué es lo que es una injuria o lesión a un derecho de otro, o sea, qué es un bien

jurídico, sin cuya afectación no puede darse lugar a criminalizaciones.

La finalidad limitadora, en efecto, se ha visto frustrada por los diversos contenidos históricos que se le dieron al concepto de bien jurídico (sobre su historia: Ferrajoli 1995: 467 y ss.; Bustos 1994: 108 y ss.; Hormazábal 1991). Una lesión se considerará que afecta a un bien jurídico sólo si afecta materialmente a otro individuo y, además, implica una «dañosidad social», esto es, que trascienda ese conflicto víctima/victimario y su propio daño, provocando también un daño a la comunidad (Hassemer 1984: 38).

Si bien esto último es necesario, no debe dejar de olvidarse el primer y principal requisito de que provoque un daño al derecho de un individuo (en forma directa o indirecta), pues de lo contrario se permitiría otra vez penar a conductas contrarias a valores morales, pero no dañinas. Los peligros actuales más evidentes en ese sentido se encuentran en la teoría funcionalista de Jakobs, que identifica al bien jurídico con el fin de la norma penal dentro del sistema (la prevención general positiva mediante el «aseguramiento de las expectativas generales fundamentales contra su defraudación», 1995) y de esa manera cualquier cosa puede ser definida por el poder —o el sistema— como bien jurídico, término que perdería así su capacidad de limitar al propio poder y justificaría un derecho penal máximo o ilimitado (Silva 1992: 268; Bustos 1994: 111; Ferrajoli 1995: 275).

De allí la crucial importancia de una definición también limitadora del concepto de bien jurídico que habilite la punición (el mismo es más limitado que el bien jurídico). Esta clase especial de bien jurídico debe implicar una lesión especialmente grave a alguno de los bienes individuales garantizados por la Constitución y que no puedan defenderse eficazmente de otra forma (Silva 1992: 276-278). Esta limitación es especialmente importante puesto que muchos de los penalistas que también parten de la política criminal de la Constitución no sólo derivan un límite del principio de lesividad, sino que del mismo principio hacen surgir la justificación o legitimación de la violencia estatal (Roxin 1997: 23; Bustos 1987: 31, y 1994: 107, entre otros). Para ellos no sólo es *posible* la criminalización sí y sólo sí se ha vulnerado un bien jurídico, sino que también creen *necesaria* esa criminalización en tal caso. La existencia de bienes jurídicos de acuerdo con la política de derechos humanos diseñada constitucionalmente, justifica su protección, y esa protección se lograría mediante la criminalización de determinadas conductas lesivas.

En efecto, esta doble función de limitación/legitimación también forma parte de la historia del derecho penal liberal pues «la

autolimitación del uso de la represión física en la función punitiva por parte del poder central, mediante las definiciones legales de los crímenes y las penas, forma parte de la nueva ideología legitimadora que, a partir del siglo XVIII, se encuentra en el centro del pensamiento liberal clásico y de las doctrinas del derecho penal» (Baratta 1986: 80).

Pensamos que el principio de lesividad a un bien jurídico penalmente tutelado como límite a la criminalización, no debe paralelamente legitimar a esta última ni obligar en todos estos casos a imponer una pena. En tanto quienes justifican en tal lesión la intervención del poder punitivo no pueden justificar que esa intervención ponga a salvo al bien (en el mejor de los casos pueden señalar que no hay otro medio jurídico apto para tutelarlo, pero no es posible comprobar sociológicamente que la penalización sí lo haga), no es posible legitimar al poder punitivo con la teoría del bien jurídico.

Es por ello que tiene razón Zaffaroni cuando manifiesta que se debe «rechazar la idea de bien jurídico tutelado, que es una inversión extensiva racionalizante del concepto limitativo de bien jurídico afectado y sólo corresponde sostener éste último como expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere también una entidad mínima de afectación» (2000: 122). Es decir, se debe considerar a este principio un límite y no una legitimación para el programa criminalizante. Es decir, el criterio del bien jurídico ofrece sólo criterios negativos de deslegitimación «para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación» (Ferrajoli 1995: 471).

El principio de legalidad y sus garantías procesal-penales

El principio de legalidad es la principal expresión de un límite a la arbitrariedad del poder punitivo, a la vez que un fundamentador del mismo (Bergalli 1999: 552). Era la imposición de este límite a los jueces el principal reclamo de la Ilustración, aunque reconoce antecedentes previos como la Carta Magna inglesa de 1215 y otros documentos medievales, y así quedó plasmado en las Declaraciones y Constituciones liberales (Prieto 2003: 41-47). Se le atribuye a Anselm von Feuerbach, el «padre del derecho penal», haber formulado la aplicación de la legalidad al poder penal (Zaffaroni *et al.* 2000: 105). Pero ya antes Beccaria insistía en que «sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador», como límite a los magistrados (1983: 66).

Este límite, señalado como *nulla poena, nullum crimen sine lege* (Ferrajoli 1995: 374), alcanza a toda la política criminal, ya sea en el punto de creación del delito y la pena (garantía criminal y penal), en el momento de su aplicación a un caso concreto por el juez ordinario determinado por la ley previa (garantía jurisdiccional) y en su caso frente a la ejecución de la pena (garantía de ejecución).[2]

La Constitución española establece este principio limitador en el artículo 9.3, pero con mayor precisión en materia penal se lo menciona en el artículo 25.1, en materia jurisdiccional en el artículo 24.2, y en materia de ejecución se especifica respecto al cumplimiento de la pena privativa de libertad y, más genéricamente, en el artículo 25.2.

De acuerdo con la interpretación que le dio a estas normas el Tribunal Constitucional español en la sentencia 133 del 21-7-87, son tres aspectos que le dan contenido al principio en materia político-criminal: pueden enunciarse como *nulla poena sine lege scripta, nulla poena sine lege stricta* y *nulla poena sine lege previa* (Bustos 1994: 135; Mir 1996: 76).

El primero de esos enunciados hace mención a la ley escrita como única fuente válida del poder criminalizante. Ello implica la absoluta imposibilidad de aplicar ese poder por la vía de la costumbre, la jurisprudencia o los principios generales del derecho. Y evidentemente impide la creación de delitos por parte de los jueces. Esto es señalado por Bustos como la principal consecuencia de la limitación impuesta bajo el auspicio del contractualismo y como garantía de la participación ciudadana en el poder punitivo (1994: 135, en el mismo sentido, Mir 1996: 76).

El mismo fundamento le otorga a la exigencia de que la ley sea estricta (o cierta), lo que implica un claro rechazo a la analogía como posibilitadora de la punición. La interpretación analógica de la ley penal queda prohibida, pero no solamente para limitar el poder abusivo de los jueces (y menos por el motivo señalado por Bustos de que ellos carecen de representatividad popular, pues como señala Hendler también rige este límite en el derecho anglosajón, 1992: 31), si no también para permitir la necesaria comprensión del alcance de ese poder por parte de los individuos, y permitirles impedir su aplicación. Esa

2. Ferrajoli señala a lo que denomina mera legalidad como un límite sólo formal. El principio de estricta legalidad, para este autor, no se satisface con la ley formal sino que implica un límite para el propio legislador y también requiere de todas las demás garantías penales aquí señaladas separadamente (materialidad de la acción, lesividad, culpabilidad, etc.) así como las procesales (1995: 375 y ss.).

comprensión del contenido de la norma puede darse por el conocimiento cabal de la misma, por lo que este principio también obliga al legislador a ser claro en sus enunciados, imposibilitando además las cláusulas generales o indeterminadas, y el establecimiento de escalas penales inusitadamente amplias.

Finalmente, el último enunciado se refiere a la irretroactividad de la ley penal. Este alcance es claramente limitativo, pues puede limitar incluso a la mayoría o a sus representantes populares, que no pueden imponer penas para actos ya pasados que no las preveían (en contra de esta idea y justificando su fundamento en el carácter democrático del Estado: Bustos 1994: 138). En relación con lo antes dicho se ha señalado que «es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena» (Mir 1996: 77). Ello se relaciona con la posibilidad de reprochar la conducta al sujeto, puesto que no se puede reprochar a quien no pudo motivarse en la norma por desconocerla.

En cambio, sí que es retroactiva la ley penal más favorable al acusado, puesto que en este caso la retroactividad limita a un poder punitivo que no se justifica ni para sí mismo. El carácter limitador del principio se expone así en este caso con claridad (y lo mismo cabe decir de la analogía si es aplicada a favor del acusado, Muñoz Conde y García Arán 1993: 112-115; Mir 1996: 87; Zaffaroni *et al.* 2000: 112). Lo que se deduce de ambos postulados es la obligación de interpretación restrictiva y prohibición de interpretación extensiva de los postulados penales (Ferrajoli 1995: 382).

Debe insistirse aquí, junto a la mayoría de los penalistas españoles democráticos, que el principio de legalidad atrapa a todas las fuentes estatales de las que emane poder punitivo. Cierto discurso penal tradicional ha dejado fuera de este importante límite al poder punitivo enmascarado bajo el derecho administrativo o policial.

El principio de legalidad también abarca al conocido como *ne bis in idem*, que es una garantía procesal que imposibilita que una persona que ya fue juzgada por un hecho y se libró de la pretensión punitiva pueda ser sometida nuevamente a ese riesgo por el mismo hecho. Este límite se basa en la arbitrariedad que tal persecución múltiple comportaría, y por ello se relaciona con la legalidad. Asimismo es este el fundamento que impide que dos sanciones punitivas recaigan sobre el mismo hecho: la segunda carecería de fundamento legal. Y con ello se vuelve a insistir en lo dicho el párrafo anterior, pues no importa de que naturaleza sea la sanción dolorosa aplicada por el Estado y la aplicación de un castigo excluye a otro sobre el mismo hecho.

En efecto, un presupuesto de elemental racionalidad para requerir la imposición de un castigo es la existencia de un hecho o acción previa de parte de aquel que pueda recibirlo. Se conoce ello como *nullum crimen sine conducta* (Zaffaroni *et al.* 2000: 381) o *nulla injuria sine actione* (haciendo hincapié en la justificación utilitarista de que sólo las acciones —y no los pensamientos— producen daños, Ferrajoli 1995: 480). De acuerdo con este principio limitador ningún daño, por grave que sea, puede estar previsto con la imposición de un castigo en la ley penal, si no es el efecto de una acción. «En consecuencia, los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas —materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables— describibles exactamente en cuanto tales por la ley penal» (Ferrajoli 1995: 480).

Este principio también reconoce su origen en la Ilustración, pues fue entonces cuando se intentaron limitar las persecuciones de delitos contra la religión, o en general de opinión, así como la punición de rasgos de personalidad.

Desde entonces el principio de materialidad de la acción es el corazón del galantismo penal. Cumplió un papel fundamental en el siglo XIX para impedir la criminalización de «herejes», «judíos», «homosexuales» y disidentes en general, y volvería a cumplirlo desde fines del siglo XIX cuando desde supuestas teorías científicas se propagó que los «delincuentes» eran una clase de los seres humanos. Asimismo volvería a cumplir su papel crucial de límite en el siglo XX contra los supuestos de «tipos criminales» sostenidos durante el nazismo por Mezger (Muñoz Conde 2003) y en las actuales vertientes administrativistas y preventivistas de un derecho penal que no abandona la concepción de la peligrosidad.

Es por ello que asiste razón a Zaffaroni cuando señala que «no basta con descartar la punición de no acciones como o elementalísima, sino que es preciso construir un concepto jurídico-penal de acción que sea anterior al análisis de la tipicidad» (2000: 381).

El poder punitivo siempre ha seleccionado a las personas por sus características personales, y la historia del principio de la acción y sus violaciones (Ferrajoli 1995: 482 y ss.; Zaffaroni *et al.* 2000: 381-394) demuestra que no es un límite que pueda supeditarse al legislador sino que debe funcionar sobre este. Por lo tanto no podemos conformarnos en señalar que son los tipos penales los que exigen la necesidad de una acción como presupuesto

de delito (entre otros Mir 1996: 152), sino que su fundamento se halla en la Constitución y en los pactos internacionales de derechos humanos, e impide que el legislador tipifique algo distinto a una conducta.

El principio de intervención mínima

Pero también el legislador encuentra límites para tipificar cualquier conducta. Desde la época en que comenzaba a desarrollarse el Estado de derecho se señala que el derecho penal ha de ser la *ultima ratio* del legislador, el último recurso que subsistirá al agotarse la imaginación para el uso de medios menos lesivos de solución de conflictos. Ello se manifiesta de dos formas: por un lado, la imposibilidad de prescribir sanciones penales siempre que se puedan esperar soluciones con la intervención de medios menos lesivos (como respuestas no jurídicas, políticas sociales, o normas de derecho civil o administrativo); por el otro, la utilización de la norma penal menos gravosa frente a la existencia de otra de mayor contenido punitivo, siempre y cuando la primera baste para cumplir los fines de la intervención penal (Silva 1992: 247).

La intervención mínima reconoce a la vez la peligrosidad de la herramienta punitiva cuanto su necesidad, pero esto último sólo frente a la ausencia de otras intervenciones no penales (Muñoz Conde y García Arán 1993: 66). El principio de intervención mínima, del que se derivan el carácter subsidiario y el carácter fragmentario, significa que ni siquiera debe proponerse pena para todas las conductas que lesionen bienes jurídicos sino sólo frente a las más graves o modalidades más peligrosas (Mir 1994: 151 y ss.; y 1996: 89).

De esta forma, el derecho penal liberal, desde sus orígenes, reconoce la tendencia reductiva y minimizadora de sí mismo.[3] De cualquier forma, y como advertía Silva (1992: 248), los procesos de despenalización pueden afectar las garantías individuales pues en muchas ocasiones tales procesos constituirán tan sólo un «fraude de etiquetas», mediante el cual el poder sancionador continuará haciendo lo mismo (encerrar, privar de derechos) pero

3. El «derecho penal mínimo» ha sido un reclamo reciente de autores italianos como Baratta y Ferrajoli. Silva Sánchez niega novedad sustancial a las teorías en este sentido, indicando su presencia en todo el derecho penal, en el que «no hay discrepancias a la hora de proponer una reducción de los mecanismos punitivos del Estado al mínimo necesario» (1992: 38).

ahora sin los límites —sobre todo procesales— propios del derecho penal. Esto es lo que se observa mediante la aplicación de medidas de «derecho administrativo» a inmigrantes, o de «seguridad» a jóvenes o incapacitados mentales.

El principio de culpabilidad

Este principio también fue reconocido por los penalistas ilustrados. Y no es extraño, por ello, que sobre él gire el propio derecho penal del Estado de derecho. Son por todos conocidos los criterios de aplicación de castigos previos a la Ilustración, y también los que sostuvieron a posteriori los criminólogos positivistas y quienes —de acuerdo con ellos— niegan la existencia del libre albedrío. Estos criterios vulneran, en realidad, la propia concepción de persona y la necesidad de «reproche» que será el fundamento inicial de cualquier teoría de la pena dentro de los Estados liberales.

Es importante insistir en ello pues no sólo en los regímenes antiguos sino también en los actuales, que en su política criminal revelan la violación de los principios sobre los que dicen erigirse, se observa el castigo por hechos ajenos —como ejemplo actual la pertenencia a un partido político, o la posible penalización de personas jurídicas en general—, por el modo de ser —penalización de ideas, o la efectiva búsqueda de «tipos» por parte de la policía—, o por actos fortuitos —responsabilidad (o cualificación) por el resultado, sobremanera si acaece tras un acto inicial ilícito. Este tipo de medidas penales no son sólo autoritarias: también son irracionales, puesto que el derecho deja de ser en esos casos una indicación para la acción. Como afirma Ferrajoli, «una norma penal, como cualquier otra norma regulativa, es sensata (además de bien formulada) sólo si es, a la vez, observable y violable, y carece de sentido (además de estar mal formulada) tanto si no es observable como si no es violable» (1995: 498).

Es por ello que, en un Estado liberal, a ninguna persona le pueden ser imputadas acciones prohibidas por ley si dicha persona no ha tenido al menos la posibilidad de prever el resultado de su conducta, o si no le era posible conocer la prohibición legal o adecuar su conducta a tal prohibición en el momento concreto (Zaffaroni *et al.* 2000: 132). Las consecuencias, por tanto, de este principio en materia dogmática penal son enormes.

No sólo se requiere que exista una acción material imputable al autor, sino que también se requiere que ese hecho haya sido querido por el autor o le sea reprochable por negligencia (cuan-

do el autor debió prever la posibilidad del resultado). Ello es denominado como «principio de dolo o culpa» (Mir 1996: 97), que influirá en el tratamiento de la tipicidad. Además, la falta de conocimiento de la norma cuanto la imposibilidad de introyectarla (por motivos psíquicos o no) demuestran una irreprochabilidad que es juzgada en el estrato de la teoría del delito denominado «culpabilidad», en el cual se exige una posibilidad de haberse motivado en la norma.

Estos dos ejemplos demuestran la importancia del concepto de culpabilidad como un necesario filtro para evitar irracionalidades a la hora de aplicar penas. En efecto, la pena no puede ser impuesta para quien no sea responsable o culpable de haber cometido un acción típica y antijurídica. De esa forma el principio de culpabilidad es un nuevo filtro que evita en muchos casos la imposición de penas a sujetos no responsables. Es por ello un error erradicar a la culpabilidad de los análisis realizados por la agencia judicial, con el objetivo de conseguir una mayor racionalidad (como pretende, entre otros, Gimbernat Ordeig —ver distintas posiciones críticas al principio de culpabilidad en bustos 1994: 496 y ss.).

La mayor racionalidad va a ser proporcionada por los mayores límites al poder punitivo, por los mayores límites a la violencia. Y esos límites no se amplían si se abandona la noción liberal —y que por ello es recibida por las Constituciones y Declaraciones de Derechos— de persona. Esta última implica la autodeterminación de los seres humanos, que es el punto de partida de la culpabilidad. Ya se ha visto históricamente el resultado de aquellas políticas criminales que presuponían la determinación —física o social— de los individuos, amparadas por malas pero a veces también buenas intenciones. Tampoco puede limitarse la violencia punitiva con un criterio que evite la discusión entre libre albedrío y determinismo, eliminando el nexo necesario entre el delito y su autor, y reemplazándolo por necesidades sociales de la pena.

Por el contrario, para que el principio de culpabilidad constituya un mayor límite frente a la violencia estatal debe presuponerse un ámbito de autodeterminación, pero también incorporarse distintos elementos externos que dificultan esa autodeterminación en el caso concreto. Esto es lo que hace Zaffaroni al hablar de la «culpabilidad por vulnerabilidad». Dice este autor que «la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de

autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional) con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad» (Zaffaroni *et al.* 2000: 626).

De esta forma, el principio de culpabilidad morigerado es un principio aún más importante que cualquier justificación de la pena, lo que se condice con la importancia atribuida al concepto de persona humana en las distintas Constituciones.

El principio de proporcionalidad mínima

Tras insistir en el principio de culpabilidad (y como consecuencia de éste) los ilustrados hacían hincapié en el principio de la proporcionalidad entre los delitos y las penas (Beccaria 1983: 66 y ss.). La proporción de la pena con respecto al delito que la motiva es un límite que necesariamente no pueden superar las diversas justificaciones del castigo estatal, para no convertirse en sí mismas arbitrarias.

Es por ello que el principio de proporcionalidad aparece unido a cualquier derecho penal liberal, más allá de la teoría de la pena que lo fundamente, y aun cuando la idea de proporcionalidad aparece mejor expuesta por las teorías retributivas que por las utilitarias (para una explicación filosófica de unas y otras con ejemplificación en traducciones de Kant y de Bentham, respectivamente, Rabossi 1976). Pero señalaba Silva con respecto a la proporcionalidad que «su conflicto con la lógica de la prevención sólo tendrá lugar cuando consideraciones preventivas pudieran conducir a sanciones superiores a lo que demandara el valor de la proporcionalidad, por ejemplo; pero no, en cambio, si la lógica preventiva llevara a proponer la imposición de sanciones inferiores a lo *proporcionado*» (1992: 259).

De esta última forma debe entenderse el principio de proporcionalidad mínima. Y es que también las teorías utilitarias deben considerar algún criterio de justicia, sin el cual no podrían de ningún modo cumplir su finalidad de transmitir mensajes al condenado o a la población. Tanto en uno y otro caso la legitimación del derecho penal pasa por impedir la comisión de injusticias y arbitrariedades, mediante las cuales el Estado que impone penas sólo demuestra ser el más fuerte. En el mismo sentido, Silva ha explicado que tanto para un derecho penal de base indi-

vidualista cuanto para otro de base funcional es necesario que exista la proporcionalidad entre delito y pena (1992: 206).

Pero, en fin, el principio de proporcionalidad adquiere mayor importancia si afirmamos que los supuestos fines de la pena en nada se emparentan con una justificación del derecho penal como limitador de la violencia punitiva. Es de acuerdo con ello que el principio de proporcionalidad aparece como un límite y, por tanto, como una garantía contra la arbitrariedad y la violencia.

De tal forma, el principio de proporcionalidad mínima entre delito y pena aparece como un límite que impide la misma imposición de penas frente a hechos de poca relevancia, y también impide penas desmesuradas amparadas en necesidades de prevención general o especial. Esto es lo que afirma Zaffaroni, para quien «la criminalización alcanza un límite intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto» (2000: 123). Es así que según éste último autor, tampoco el principio de proporcionalidad legitima al poder punitivo sino que, como se sostiene aquí, es simplemente un nuevo límite para la irracionalidad más manifiesta (y la arbitrariedad) de la punición.

El principio de humanidad y respeto a la dignidad humana

Todos los principios antes enumerados (en particular el de acción y el de culpabilidad) serían impensables sin un reconocimiento a la esencia del concepto de persona.

Es así que el respeto a tal concepto de persona humana fue la característica compartida por el movimiento ilustrado, tanto en sus representantes estrictamente jurídicos como en quienes se acercaban también a la materialidad del poder penal de su época desde perspectivas culturales más amplias. Es una «humanización» de las penas lo que se reclama, incluso socialmente, a partir del siglo XVIII. Y es esa «humanización» la que alejará a la materialidad de la pena de la muerte y otras penas corporales. Pero el principio de humanidad (en lo estrictamente referido a las penas) no podía limitarse a ello —que, por otro lado, no se logró aún en todos los países civilizados e, incluso, parece estar en un periodo de retroceso— sino que también continuará limitando a la inhumanidad persistente en la aplicación de las penas privativas de libertad, y cualquier otra forma de imponer dolor en forma deliberada.

El principio de humanidad aparece con una doble condición: por un lado, entonces, es impuesto como un límite a la legisla-

ción represiva desde la sensibilidad de los propios seres humanos; pero, por el otro, es u límite del programa político-criminal constitucional a las posibles demandas punitivas de los individuos, incluso si son mayoría.

Y es que lo que está en juego si se rebasa este principio es la propia dignidad humana. Es por eso que este principio que enumeramos en último lugar debiera de ser el primero en un Estado democrático pues, como dice Mir: «Es la dignidad del individuo, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque al Estado y hasta a la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ello se opone el respeto a la dignidad de todo hombre —también del delincuente—, que debe asegurarse en un Estado para todos» (1996: 95).

En las palabras citadas se observa un aspecto del principio de humanidad (o dignidad) referido a la esencia del Estado liberal, que se retrotrae a Kant y de acuerdo con el cual ninguna persona puede ser considerada un medio para otro fin. En efecto, ese principio, llamado de la autonomía ética de la persona, es un principio garantista pero a la vez fundante de un tipo de Estado. Es así un aspecto legitimador. Pero, como advierte con acierto Bustos, «al mismo tiempo es un principio que en su desarrollo sirve para la deslegitimación progresiva de la intervención del Estado, en cuanto tal autonomía ética, implique cada vez más un vaciamiento del contenido coactivo de la intervención, justamente por su contradicción con tal autonomía ética de la persona» (1994: 107).

Esta última posibilidad es quizás la más rica en consecuencias de la dignidad humana, pues en definitiva explica claramente la función reductora y limitadora de los principios constitucionales sobre el poder de coacción del Estado. Los principios constitucionales de la política criminal no legitiman el poder punitivo sino que lo limitan, lo que es lógico si pensamos que, a su vez, también el poder punitivo se enfrenta a los límites constitucionales a los que siempre intenta superar. Intentar compatibilizar la legitimación de la pena con sus límites siempre caerá en contradicción pues «el poder punitivo siempre limita la libertad y que, al legitimarlo, no se hace más que sembrar la semilla de destrucción de los límites que traza» (Zaffaroni *et al.* 2000: 264 y 265).

No se cae en contradicción sino que se interpreta claramente al derecho penal de la Constitución, cuando se hace «la comprensión del derecho penal como límite, como freno, como barrera a la arbitrariedad y al exceso, lo que exige la permanente reducción del poder punitivo» (Muñagorri 1997: 118).

Todo lo dicho no quiere decir que la Constitución cumpla sólo un papel de «trinchera», de límite a los poderes para evitar su arbitrariedad y violencia. Por el contrario, la Constitución obliga a pensar a la política criminal —y a la política criminal— con grandes dosis de imaginación y considerando el camino de los derechos como un sendero sin fin. Lo singular de estos principios políticos constitucionales y de las libertades proclamadas desde fines del siglo XVIII es que son indisociables del nacimiento del debate democrático.

Y el debate democrático no puede autoimponerse límites, no puede aceptar un terreno de lo indecidible, pues ello sería aceptar que no podemos mejorar nuestra situación, que no habrá nuevas luchas que amplíen en el futuro la concepción actual de lo que son derechos. En lo que estrictamente nos importa, la política criminal, también el derecho limitador de la Constitución puede ser el camino hacia una «utopía jurídica» que permita modificar la concepción de un «derecho penal del enemigo» —y que sólo imponga dolor— hacia otra que respete la dignidad de las personas y promueva soluciones no violentas. La fuerza de esta utopía podrá, quizá, remover los «obstáculos epistemológicos» de las teorías represivas que justifican la pena, y facilitar la concepción de un derecho penal orientado en esta otra dirección.

Esta otra dirección apunta más allá de los confines que hoy encierran a la política criminal y, sin duda, nos muestra que su consecución es indisociable de la lucha por un mundo mejor. De esta forma, «el derecho penal mínimo, el derecho penal de la Constitución, no es sólo el programa de un derecho penal más justo y eficaz, es también un gran programa de justicia social y de pacificación de los conflictos» (Baratta 2000: 418).

2) La Política criminal del *problema droga*. Etapas del *problema* y consecuencias de las soluciones adoptadas (*Gabriel Miró Miquel*)

El llamado *problema de la droga* ha sido uno de los hechos sociales que más han marcado la realidad penal y penitenciaria del estado español en las últimas décadas. Actualmente la mayor parte de los presos están en la cárcel por delitos relacionados con el consumo de drogas, ya sea por realizar robos o atracos para obtener dinero con el que sufragar la dosis o por hacer pequeñas ventas de droga. En el caso de las mujeres, se calcula que entorno al 80 % están en prisión por delitos contra la salud pública (Almeda

2003). Se podría afirmar sin duda que la mayor parte de la clientela del sistema penal proviene de consumidores de droga, lo que da una idea clara no sólo de relevancia de la cuestión droga en la realidad del sistema penal español, sino también del significativo fracaso de las políticas públicas respecto al tema de la droga. Pero el *problema de la droga* no sólo ha tenido relevancia en el ámbito penal. La aparición del VIH asociado al consumo de drogas por vía parenteral ha provocado un gravísimo problema sanitario que se ha hecho especialmente cruento en las prisiones.

Sin embargo, pese a su enorme trascendencia, el fenómeno del problema de la droga es relativamente nuevo. Su aparición a mediados de los años setentas, pero sobretodo en los ochentas, se debió a múltiples factores, entre los que cabe destacar la popularización de la heroína y las respuestas públicas de corte prohibicionista y represivo adoptadas frente a ese consumo, en un intento de erradicarlo y no de canalizarlo hacia consumos responsables y en condiciones de salubridad. La relación entre droga y delito estaría entonces a partir de los setentas mediatizada por la prohibición y represión penal de cualquier consumo de drogas y por lo tanto de cualquier medio lícito para su obtención. Asimismo, las políticas sanitarias implementadas, condicionadas por el paradigma represivo, conllevaron que el drogodependiente no recibiera alternativas terapéuticas a su adicción, con lo que se vio abocado al robo para conseguir paliar el síndrome de abstinencia.

Paradójicamente, según las formulaciones jurisprudenciales y doctrinales, y en virtud de su ubicación sistemática en el Título XVII, dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva y dentro de éste, en el Capítulo III, relativo a los delitos contra la salud pública, el bien jurídico protegido de esta norma penal fue ya desde 1971 la salud pública (Joshi 1999: 28). Si el objetivo de la política criminal ha sido la protección de la salud pública, tanto de la población en general como de los usuarios de drogas en particular, debe considerarse sin duda como de un rotundo fracaso.

La construcción social del problema de la droga

La política criminal adoptada frente al consumo y comercio de drogas fue y es parte del propio problema. El análisis del *problema de la droga* debe analizar no sólo las características farmacológicas de esas sustancias concretas consumidas, sino también su definición socio-cultural, respecto de su licitud o ilicitud, sobre la consideración social del consumidor, el lugar y modos en que las sustancias se consumen, así como los aspectos sanita-

rios de su uso. Para el análisis del fenómeno de la droga hay que atender entonces, no sólo a la sustancia en sí, sino también al propio sujeto consumidor y al contexto sociocultural en el que se da ese consumo.[4]

Como hemos señalado, no es sino hasta mediados de los años 70 que la cuestión droga va tomando una lenta pero progresiva centralidad, a medida que van apareciendo en la prensa noticias relativas al consumo de drogas por parte de jóvenes y a detenciones de pequeñas bandas de traficantes, principalmente extranjeros. Hasta entonces el consumo de drogas en España se circunscribía a remedios y plantas tradicionales, recetas facultativas con compuestos que más tarde se prohibirían y el uso de hachís por parte de legionarios y algunos grupos de jóvenes de clases medias. Sin embargo, años antes de que se comenzara a hablar de problema, el legislador franquista promulgó en 1971 una reforma penal[5] que venía a prohibir penalmente cualquier venta o comercialización de *drogas tóxicas o estupefacientes*, suponiendo un cambio drástico frente a la legislación anterior, que no prohibía las ventas de drogas realizadas en farmacias.

La razón de dicho cambio legal hay que buscarlo no en la existencia de problemas sociales o sanitarios por el consumo de drogas, sino por, como se declaraba en la propia exposición de motivos del texto, el *compromiso internacional* auspiciado por el reciente *aperturismo* internacional del régimen, que adoptaba fielmente las disposiciones de la Convención Única de Estupefacientes de 1961,[6] así como en la reacción frente a una nueva cultu-

---

4. Sobre el modelo socio-cultural de análisis del fenómeno de las drogodependencias, puede consultarse, VV.AA., 2000).

5. Ley 44/1971, de 15 de noviembre, publicada en el BOE n.º 274, de 16 de noviembre.

6. La Convención Única de Estupefacientes, celebrada en 1961 en Nueva York, fue el logro definitivo de la administración estadounidense en su *cruzada* por prohibir el comercio de drogas a nivel internacional (cfr. Esohotado 1989:24). Firmado por 74 países, inauguró el sistema de listas de sustancias prohibidas, sometidas a diferentes controles penales, penalizando el consumo y venta de heroína y situando el cannabis en la más restrictiva, que no permitía ni la investigación médica con las sustancias en ella incluidas. En 1971, en Viena, se aprobó un nuevo tratado internacional esta vez denominado Convenio sobre sustancias psicotrópicas, ratificado por España en 1973, que refrendó el anterior texto internacional e incorporó nuevas sustancias, como los barbitúricos, las anfetaminas y los alucinógenos. Respecto de estos dos convenios, es interesante observar la mutación del bien jurídico protegido, según la redacción de los propios textos. En 1961 el tratado se justificaba en la preocupación de los signatarios por la *salud mental y moral* de las personas, y en 1971 por la *salud física y psíquica*. Cuando cierta *moralidad* ya no pudo ser objeto de protección penal de acuerdo con los principios garantistas del derecho penal, la legislación internacional, así como las estatales, acudieron a la noción de protección de la salud física para legitimar su intervención punitiva.

ra juvenil que llegaba a España desde Europa y Estados Unidos y que había tenido su eclosión en mayo de 1968. En efecto, la Ley de Peligrosidad Social, que preveía hasta cinco años de internamiento por conductas relacionadas con las drogas, la sexualidad o actos incívicos, promulgada en el año 1970, era justificada por la Fiscalía del Tribunal Supremo con el argumento de que «*nuestra ley de vagos y maleantes data de un tiempo en que no había hippies ni se conocía lo psicodélico*» (Usó 1996: 261).

La nueva legislación penal salió al paso, en consecuencia, de un problema que aún no existía. La consideración que a partir de aquel entonces tuvo todo lo relativo a la droga como algo delictuoso, llevó a estas sustancias a las crónicas de sucesos, junto a noticias de crímenes, accidentes, enfermedades y muertes. Los medios de comunicación, a partir de las fuentes policiales, fueron construyendo una identificación entre droga y delito que fue calando hondo en la población.[7] En los años ochenta, en un contexto de generalización del comercio internacional de drogas, la popularización de la heroína supuso el elemento definitivo para la construcción del binomio droga-delito. Con una escasa o nula cultura sobre el opio y sus derivados, y tan sólo una pequeña experiencia en el campo del hachís o el LSD, muchos jóvenes españoles se lanzaron al consumo de heroína sin prever que sus vidas iban a cambiar definitivamente. El mercado negro de venta de heroína creció rápidamente. Las dosis eran muy caras y estaban adulteradas, y las condiciones de ocultación y marginalidad provocaron que los consumidores cada vez se alejaran más de las vías lícitas para obtener recursos económicos, con lo que fueron acudiendo al robo para obtener el dinero con el que sufragar la dosis o al propio tráfico de sustancias. Estas conductas les llevó irremisiblemente a la enfermedad o a la cárcel con lo cual se generó, a partir de su amplificación social a través de los medios de comunicación, el llamado *problema de la droga*, caracterizado por un desmesurado alarmismo social y el etiquetamiento del usuario de drogas como un *enemigo público*.[8] A partir de aquél entonces cualquier efecto del uso de droga quedó identificado a los efectos del consumo de heroína en las circunstancias descritas, y por lo tanto, se produjo una criminalización generalizada del consumo de cualquier tipo de droga.

---

7. Sobre la cuestión de los medios de comunicación y su incidencia en la construcción social del problema de la droga puede verse, entre otros, Pérez Oliva 1993 y García Nebreda 1987.

8. Baratta denomina efectos secundarios de la droga los generados a partir de la propia prohibición penal. Según este autor, el problema de la droga, en consecuencia, sería generado precisamente por aquél instrumento público que pretende eliminarlo, la norma penal (1991).

El uso de *drogas,* una práctica universal presente en toda sociedad conocida (Gamella 1997: 38), ligada a la cultura y a la automedicación (Romaní 1999: 53), se transformó en la España del último cuarto de siglo en una enfermedad propia de delincuentes y marginados, a los que había que combatir con el repudio social y la privación de libertad.

Las etapas del problema y las repuestas político-criminales

En 1983, un año después de ganar las elecciones, el PSOE promulgó una reforma *urgente y parcial* del Código Penal[9] que vino a significar una profunda revisión de la política criminal franquista. En el ámbito de los delitos contra la salud pública, se implementó una importante reducción de la severidad penal consistente en una amplia rebaja en las penas previstas así como en una reducción del abanico de conductas punibles. Si la legislación anterior fijaba las penas imponibles entre los 6 meses y los 20 años de cárcel, la reforma distinguió por primera vez entre sustancias que causan grave daño a la salud y las que no causan grave daño a la salud, previendo una pena mínima de 6 meses y máxima de 12 años para las primeras y para las segundas, una pena mínima de 1 mes y máxima de 6 años. Asimismo, se redujo el ámbito de las conductas punibles al eliminar la cláusula de incriminación abierta que preveía la antigua legislación, que mediante la fórmula *o los que de cualquier otro modo promuevan, favorezcan o faciliten,,* permitía incluir dentro de los hechos sancionables penalmente casi cualquier conducta relacionada con las drogas.

Ésta reforma del primer gobierno socialista se realizó aún en un contexto previo a lo que Romaní ha denominado *el reinado de la heroína* (1999: 104). Si bien este autor fija entre los años 1982 y 1992 la década de predominio de esta droga, hay que señalar que fue en los años 1983 y 1984 cuando se dieron por vez primera las grandes polémicas sobre seguridad ciudadana y drogas (*ibídem*). Como hemos señalado, la popularización del consumo de heroína entre las clases populares y marginales, que desde mediados de los setentas se había circunscrito a minorías contraculturales, supuso la generalización del problema de la droga, ligado a un enorme alarmismo entorno a determinados hechos que fueron cobrando gran trascendencia social como ro-

9. Publicada en el BOE de 27 de junio de 1983.

bos con violencia o intimidación y las llamadas *muertes por sobredosis*.[10] Desde los medios de comunicación se construyó en esos años el personaje estereotipado el *yonqui* (Usó 1996: 330).

Fue en ese contexto que asociaciones de vecinos, determinados grupos sociales y la oposición política comenzaron a acusar al gobierno de pasividad en la lucha contra la droga y a reclamar mayor rigurosidad en la persecución del tráfico de drogas y de los delitos contra la propiedad. Culparon al gobierno, asimismo, de que la reforma penal de 1983, con su atenuación de la severidad penal, había sido la causa de la generalización del consumo de drogas y de los problemas a ello asociados (González Zorrilla 2000: 208). El momento culminante de este proceso fue la denuncia interpuesta por la Coordinadora de Barrios de Madrid que obligó al Ministro del Interior a comparecer ante la Comisión de Justicia e Interior del Parlamento español.[11] El Sr. Barrionuevo salió al paso de las denuncias en contra de la pasividad policial señalando que efectivamente la legislación preveía penas demasiado bajas y que próximamente el Ministerio de Justicia e Interior presentaría ante la Comisión un proyecto de ley de reforma del delito contra la salud pública.

Así las cosas, justo un año más tarde, el segundo gobierno socialista promulgó la anunciada *contrarreforma* penal[12] dando un giro radical en su política criminal, optando por una opción fuertemente represiva frente a la legislación de 1983, que fue derogada sin haber sido siquiera analizada en cuanto a su eficacia. Antes que corregir cierta selectividad policial en la lucha contra el narcotráfico, el gobierno socialista se sumó a las políticas de *tolerancia cero* auspiciadas por Reagan desde EEUU y el Grupo

---

10. Relativizamos la expresión *muertes por sobredosis* ya que éstas en realidad son muertes provocadas en su mayor parte por las variaciones en el grado de adulteración de las sustancias, lo que conlleva que el consumidor no pueda controlar la dosis que se administra. Asimismo, también estas muertes se deben en ocasiones a la acción letal de las propias sustancias adulterantes. La cuestión de las muertes por sobredosis representan uno de los mayores ejemplos de las diferentes formas de analizar el fenómeno de las drogas. Para unos son un claro efecto del consumo de drogas, que deben ser prohibidas. Para otros, las muertes por sobredosis son un claro efecto de la prohibición de las drogas, ya que la imposibilidad de obtener la sustancia lícitamente con control sanitario conlleva que el consumidor pueda administrarse una sustancia que le provoque la muerte. Como resulta obvio, los medios de comunicación amplificaron la primera de las formas de analizar la cuestión, lo que contribuyó a la construcción social de la *droga* como sustancia devastadora.

11. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Comisiones. Justicia e Interior. 12 de marzo de 1987, n.º 96: 3.759 y ss.

12. Ley Orgánica de reforma del Código Penal, publicada en el BOE el 26 de marzo de 1988.

de Trevi desde Europa (González Zorrilla[13] iniciando una nueva política criminal en el campo de las drogodependencias de corte altamente represivo que se consolidaría con la ratificación de la Convención de la ONU de Viena de 1988,[14] la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana de 1992 y el Código Penal *de la democracia* de 1995. La *contrarreforma* de 1988 incrementó entonces desmesuradamente las penas, por encima de los umbrales de la legislación franquista de 1971, con condenas máximas de hasta 23 años de prisión para las sustancias que causan grave daño a la salud y 17 años y 4 meses en el otro caso, sobrepasando sin duda los límites constitucionales de proporcionalidad entre delito y pena, y recuperó la cláusula de incriminación abierta más arriba mencionada, contraviniendo nuevamente el principio de seguridad jurídica y de literalidad de la norma penal. Como aspectos positivos hay que señalar que en dicha reforma de 1988 se introdujo un nuevo artículo, el 93 bis, con el objetivo de ampliar los supuestos del beneficio de la suspensión condicional de la pena para aquellas personas que hubieren delinquido por motivo de su dependencia a las drogas, si se prestaban a seguir un tratamiento de desintoxicación. En vez de exigir la primariedad delictiva, bastaba con no ser reincidente, y se amplió de 1 a 2 años la duración de la pena susceptible de remisión condicional. De otro lado, se creó una agravante dedicada específicamente a perseguir a los narcotraficantes (art. 344 bis b).

En 1992, por nueva reforma del Código Penal, se adoptaron las disposiciones de la Convención de la ONU de 1988, cuyo aspecto más relevante fue la previsión de persecución del blanqueo de capitales y de los precursores químicos. Asimismo se operó una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siguiendo las disposiciones de la Convención, creando un nuevo artículo, el 263 bis, destinado a autorizar la entrega y circulación de drogas con el fin de identificar a las personas involucradas en los circuitos de tráfico de drogas, facultando a la propia policía a autori-

---

13. Hay que tener en cuenta que en 1986 España hacía efectiva su entrada en la Comunidad Económica Europea, junto con Portugal, lo que motivaba sin duda un mayor compromiso con las políticas continentales.

14. La Convención de Naciones Unidas celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988, ratificada por España en julio de 1990, se incorporó a la legislación española por la reforma del Código Penal de 1992. En este acuerdo internacional se centraron los objetivos de una manera explícita en el perfeccionamiento y desarrollo de los instrumentos represivos, hasta el punto que se conminó a los estados, como se verá, a que persiguieran penalmente el cultivo, la adquisición y la posesión para el consumo personal. Hasta la fecha, este es el Convenio de referencia en la legislación internacional, y su filosofía de corte netamente represiva es la que sigue marcando la política criminal de los estados (González Zorrilla 2000: 195).

zar dichas entregas, sin necesidad de contar con la habilitación judicial o de Ministerio Fiscal. Sin embargo, dicha legislación, como tampoco la de 1995, asumió la recomendación de la Convención aludida consistente en que los Estados penalizasen también el cultivo y la posesión destinados al propio consumo.

Durante todos aquellos años de gran actividad legislativa, tanto estatal como internacional, el *reinado de la heroína* tocaba a su fin y en su lugar tomaba el protagonismo la cocaína, que sin embargo respondió ya desde sus inicios a distintos patrones de consumo, con escasa *visibilidad social*. El VIH, y las muertes asociadas a este virus, que se habían comenzado a detectar en 1984, fueron remitiendo paulatinamente, así como la delincuencia vinculada a las drogodependencias. De otro lado, frente al modelo médico tradicional, caracterizado por la exigencia de la abstinencia, sobretodo a partir de los 90, se fue extendiendo el modelo sociocultural de reducción de daños asociados a las drogas, que consiguió que se implementasen, entre otras medidas sanitarias, programas de mantenimiento con metadona y de intercambio de jeringuillas.[15] Estas nuevas prácticas asistenciales, el desarrollo nuevos fármacos para el tratamiento del VIH hasta entonces mortal, así como un mayor conocimiento sobre la heroína y sus efectos, permitió, como decíamos, que el fenómeno de la droga vinculado a los robos, a las enfermedades y a la muerte fuera perdiendo significación en cuanto a sus estadísticas reales. Sin embargo, en el imaginario social, la negatividad de la droga perdura en la actualidad, alimentada por las grandes noticias sobre operaciones de narcotráfico y por puntuales muertes por el consumo de pastillas de éxtasis (MDMA).

Como señalábamos más arriba, también en 1992, se promulgó la polémica *Ley Corcuera*, Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana,[16] que en materia de represión del consumo de drogas creó un artículo específico, el 25, destinado a prohibir el consumo público y la tenencia de drogas, conducta considerada infracción grave con una sanción prevista de multa de 300 € a 30.000 € y retirada de permiso de circulación o armas por tres meses (art. 28). Esa nueva previsión normativa vino a coincidir con la celebración en la

15. Sobre esta importante cuestión de los modelos sanitarios de intervención en drogodependencias, y en especial, sobre el desarrollo del modelo sociocultural de reducción de daños relacionados con las drogas, ver, entre otros, VV.AA. 1995. Desde una perspectiva más amplia, VV.AA. 2000.

16. BOE n.º 46, de 22 de febrero.

primavera y verano de aquél 1992, en Sevilla y Barcelona, de la Exposición Universal y de los Juegos Olímpicos, respectivamente, y tuvo como objeto sin duda reprimir *la visibilidad* del consumo de drogas no perseguible por la ley penal.[17]

El Código Penal de 1995, la Interpretación del Tribunal Supremo y las perspectivas actuales

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre,[18] por la que se promulgaba el nuevo Código Penal, llamado el *de la democracia*, vino, a pesar de su pretendida denominación, a ahondar en esta línea de política criminal de corte altamente represivo, iniciada por la reforma penal de 1988, la Convención de la ONU de ese mismo año y la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana del año 1992. Si bien, como hemos señalado más arriba, ya en 1990, pero sobretodo en 1995, los rasgos característicos del problema de la droga de los años ochentas habían desaparecido en su mayor parte, el nuevo Código Penal siguió en la misma línea que los textos aludidos. En cuanto al Código en su conjunto hay que significar que, si bien pudiera parecer que implicó una reducción en las penas, esto no es así por cuanto se suprimió la redención de penas por el trabajo, que en Códigos anteriores venía a suponer muchas veces la reducción de hasta la mitad de la condena impuesta por mantener un comportamiento en prisión adecuado a las exigencias de sus reglamentos.

Los artículos que se promulgaron en materia de tráfico de drogas introdujeron mínimas reformas respecto de la legislación anterior. En relación con el ámbito de las conductas punibles, se mantuvo la cláusula de incriminación abierta recuperada por la reforma de 1988. En cuanto a las penas, el tipo básico para las drogas blandas se situó entre 1 y 3 años de prisión, el agravado con penas de hasta 4 años y seis meses, y el límite máximo en 6 años y 9 meses, muy por debajo de los 17 años y 4 meses de la norma derogada. En cuanto a las drogas que causan grave daño

---

17. El art. 25.2 de esta Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana prevé que el sancionado puede evitar el pago de la multa impuesta si se somete a un tratamiento de deshabituación. En el caso del cannabis se ha producido entonces una demanda sobre los servicios sanitarios para pedir desintoxicación con el único objeto de evitar el pago de la multa, lo que ha sido sin embargo utilizado por la administración para documentar estadísticas de atenciones por cannabis y fundamentar así opciones prohibicionistas de política criminal. Ver sobre esta cuestión, Romaní 1999: 109.

18. Publicado en el BOE el 24 de noviembre de 1995.

a la salud hay que señalar que el tipo básico se fijó entre los 3 y 9 años de prisión, el agravado con condenas de hasta 13 años y 6 meses, y con penas máximas en los supuestos especialmente agravados de 20 años y tres meses de prisión. Pese a la rebaja global de las penas, sin perjuicio de lo señalado respecto de la eliminación de las redenciones de penas por el trabajo, hay que significar que el límite mínimo en los casos de existencia de alguna agravante, como la de notoria importancia, subió de 8 a 9 años, lo que ha tenido importantes consecuencias en relación con la proporcionalidad de la pena, como se analizará más abajo. Por su parte, las penas de multa se incrementaron notablemente, calculándose en función del valor económico de la sustancia objeto del delito.

En cuanto a la cuestión de la exención o reducción de la responsabilidad criminal por la comisión del delito bajo los efectos de las drogas o por padecer el síndrome de abstinencia, el nuevo Código Penal introdujo una exención y una atenuante específica (art. 20.2 y 21.2), que se limitó a trasponer en la norma lo que ya venía aplicando el Tribunal Supremo a través de una interpretación analógica y extensiva de las causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal. Asimismo, en cuanto a la suspensión condicional de la pena, introdujo una importante modificación respecto de la regulación anterior. El art. 87 amplió de 2 a 3 años la duración de las condenas susceptibles de suspensión condicional, eliminó el requisito de no haber gozado anteriormente de otra suspensión de condena y se sustituyó el requisito de no ser reincidente por el de no ser reo habitual, mucho menos exigente, si bien el Juez puede en caso de reincidencia valorar la oportunidad de conceder o no el beneficio. También se sustituyó para la definitiva remisión de la pena la exigencia de estar deshabituado por la de no haber abandonado el tratamiento.

Sin embargo, aunque supuso una evidente mejora, esta última previsión se recogió sin tener en cuenta la práctica terapéutica que pone de manifiesto que es del todo habitual que tratamientos contra la toxicomanía que han finalizado con éxito hayan sido abandonados varias veces, con lo que la exigencia de no abandonar el tratamiento supone un gran obstáculo para que el penado pueda beneficiarse de la remisión definitiva de la pena (González Zorrilla 2000: 228). Además, en caso de abandono, a la hora de cumplir con la pena impuesta, no se abona al cómputo de la pena el tiempo en que se ha seguido tratamiento.

Puede afirmarse entonces que el Código Penal de 1995 continuó una política criminal de marcado corte represivo si bien mejoró en su tratamiento al delincuente drogodependiente.

En relación con la aplicación de la norma por los Tribunales, hay que señalar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha caracterizado por realizar una interpretación muy extensiva del tipo penal. La cláusula abierta de incriminación contenida en la fórmula *o los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten*, ha permitido que se haya considerado delito casi cualquier conducta relativa al tráfico de drogas. El delito contra la salud pública ha sido configurado por la jurisprudencia como un delito de peligro abstracto hipotético que requiere tan sólo la potencialidad de la conducta para crear peligro sobre el bien jurídico protegido, no exigiéndose entonces ni siquiera que se dé la posibilidad de una efectiva lesión, sino sólo el peligro de lesión. Por ello la tentativa, así como la mera tenencia de cantidades por encima de las destinadas para el consumo, al revestir una posibilidad de poner en peligro, se ha considerado siempre delito salvo en casos excepcionales. Asimismo, se ha entendido como autoría toda forma de participación en el delito aunque sea mínima, incorporando un *concepto unitario de autor* (Muñoz Conde 1999: 635).

De este modo pocas han sido las conductas que se han venido considerando atípicas. Cabe destacar, entre éstas, la posesión para el propio consumo, que no se considera delito en España desde que el Tribunal Supremo resolvió la cuestión en 1975, considerando tan sólo delito la posesión *preordenada al tráfico* (González Zorrilla 2000: 206). Para delimitar una y otra figura la jurisprudencia se ha basado en elementos objetivos, especialmente la cantidad de la sustancia aprehendida, calculada sobre la base de la dosis de un consumidor para 3 o 10 días, según las demás circunstancias del caso, pero también en otros datos, como el poseer la droga en pequeñas partes o dosis, o tener útiles para la venta. Así las cantidades límite, que sólo entran en juego cuando el propio sujeto es consumidor, son para el caso de la cocaína alrededor de 7-10 gr, la heroína de 3 gr y el hachís 50 gr, cantidades que, como decimos, son flexibles, dándose absoluciones en supuestos de mayor y menor cantidad de droga aprehendida (Joshi 1999: 200). El cultivo para el propio consumo debe gozar, según la doctrina, el mismo tratamiento que la posesión (*ibídem*: 120).

Otra conducta atípica de no poca relevancia social es la posesión para consumo compartido, que se produce cuando una serie de sujetos poseen cierta cantidad de droga para su uso en común, aunque esta droga haya ido aportada por un solo sujeto. Para apreciar que no se ha puesto en peligro en estos casos la salud pública el Tribunal Supremo ha exigido que todos los sujetos fueran adictos o consumidores habituales, que no exista con-

trapartida económica, que se consuma la droga en el momento de la reunión y que ésta sea en lugar cerrado. Estas circunstancias deben estar debidamente probadas para que los Tribunales consideren atípica la conducta (*ibídem*: 221). En el mismo sentido puede resultar atípica la donación de cantidad equivalente a una dosis realizada a persona consumidora (*ibídem*: 161), o que padece síndrome de abstinencia.[19]

Por otra parte, hay que señalar que hasta el momento la jurisprudencia no ha acogido diversos supuestos de atipicidad o atenuación de la responsabilidad de *lege ferenda* reclamados por la doctrina, como el del llamado *traficante-consumidor*, el de aprehensión de pequeñas cantidades de droga, o respecto de los *correos*, personas que viajan a España portando drogas desde países latinoamericanos principalmente, forzados por su precariedad económica o bajo amenazas de grupos organizados (Gallego Soler 1999: 13).

Al margen de los supuestos más arriba mencionados, como hemos señalado, prácticamente toda conducta relativa a las drogas es considerada delito y es castigada con altas penas de cárcel, pudiéndose afirmar sin duda que se aplica para estos hechos lo que se ha llamado políticas de *tolerancia cero*. Este rigor interpretativo se ha puesto especialmente de manifiesto en aplicación de la agravante de notoria importancia prevista en el art. 369.3, que supone la imposición de la pena superior en grado en función de la cantidad y pureza de la droga aprehendida. La mínima cantidad de droga requerida por el Tribunal Supremo ha conllevado la existencia de altas condenas con lo que se ponía en duda la proporcionalidad de la pena, siendo el caso paradigmático de este supuesto las condenas mínimas de 9 años para los traficantes de más de 100 o 120 gramos de cocaína. Las críticas por esta *praxis* jurisprudencial fueron tales que el Tribunal Supremo se vio en la necesidad de modificar sus criterios, lo que hizo por el Acuerdo de pleno no jurisdiccional de fecha 19 de octubre de 2001, por el que triplicó las cantidades mínimas para apreciar la agravante de notoria importancia, pasando de 120-150 gr de cocaína a 750 gr, en el de la heroína de 60-80 gr 300, y de 1 kgr a 3 kgr en el caso del hachís, calculando estas cantidades a partir de lo que serían 500 dosis de un consumo diario.[20]

---

19. Dentro de este último supuesto se incluyen las donaciones hechas por parte de familiares a presos, que en ocasiones son declaradas atípicas, o con atenuación de la pena por la circunstancia mixta de parentesco o por estado de necesidad (Joshi 1999: 168).

20. Sobre la agravante de notoria importancia, críticas y dudas sobre proporcionalidad y respeto al principio de legalidad, ver Gallego Soler 1999.

En una de sus primeras sentencias en aplicación del nuevo criterio, la de 6 de noviembre de 2001, el Alto Tribunal justificaba el cambio interpretativo en la necesidad de un mayor respeto a los principios de legalidad y proporcionalidad, así como para asegurar la propia efectividad de la pena, que no lo es cuando resulta *indiscriminada*.

Una cuestión de enorme importancia en cuanto a la aplicación de la norma que hemos querido analizar en este punto por razones metodológicas, y que engarza con el análisis del contexto internacional del tratamiento jurídico penal del tráfico de drogas, es la determinación de cuales son las sustancias penalmente perseguidas. Aunque ello no haya sido nunca una cuestión controvertida en la jurisprudencia, sí merece una atención especial en un análisis desde la perspectiva de la sociología jurídico-penal, ya que la clasificación de qué sustancias deben ser objeto de prohibición penal y cuales quedan excluidas no está definido por la norma sino por la jurisprudencia, de acuerdo con tratados internacionales firmados por España. Sin embargo, si se analiza la técnica utilizada en estos convenios internacionales, se observa como la cuestión no está en modo alguno basada en criterios médicos, sino que es altamente arbitraria y auspiciada por confusas y contradictorias razones. Las oficinas antidroga internacionales, ya desde los primeros años del pasado siglo, han hecho enormes esfuerzos para resolver la cuestión, es decir, para hallar un criterio científico que permita justificar la clasificación legal de las drogas, sin que hasta la fecha se haya podido realizar, limitándose por ello a elaborar unas listas de sustancias prohibidas, pero sin poder justificar porqué motivos unas eran incluidas y otras no,[21] técnica por la que se optó a partir de la Convención Única de 1961. A este respecto, la consideración del cannabis y derivados como sustancia que causa daño a la salud y por el contrario, la exclusión de dicha valoración respecto de sustancias como el alcohol y el tabaco, son opciones político-criminales de

21. En relación con la cuestión de los intentos de fundamentar en los tratados internacionales la prohibición de unas sustancias con exclusión de otras, ver Escohotado 1998: 108 y ss., quien denomina este proceso como *la evolución semántica de lo prohibido*. La dificultad siempre ha estribado en justificar la inclusión del cannabis, que por otra parte figura en la lista I, la más restrictiva, que no autoriza siquiera a la investigación médica (cfr. Convención de la ONU de 1961) y por otro lado no incluir sustancias como el alcohol o el tabaco, que por el contrario su consumo es ampliamente difundido por publicidad autorizada. La existencia de este tratamiento con distinto *rasero* se ha atribuido por muchos estudiosos al intento de criminalizar la *subcultura cannábica* y por los intereses económicos de los productores de alcohol y tabaco (cfr. Escohotado 1989; Romaní 1999).

difícil justificación, y que han sido resueltas apelando a los convenios internacionales suscritos por España. En este sentido, parte de la doctrina ha criticado esta remisión automática a los convenios internacionales aduciendo que estos tan sólo tienen un carácter indicativo y que el delito contra la salud pública no está configurado en el Código Penal como una norma penal en blanco sino como un delito autónomo, por lo que habría que acudir a un concepto jurídico-penal de las sustancias que causan daño a la salud, del cual deben quedar excluidas aquellas que no causan tal daño o lo hacen en la misma medida que otras sustancias legales, como el alcohol o el tabaco (Muñoz Conde 1999: 630).[22] En este sentido, es altamente criticable la actual opción de política criminal de perseguir penalmente los diferentes usos del cannabis cuando desde muy diversos sectores se reclama su normalización, no sólo por razones ligadas a la libertad personal, cultural y de libre desarrollo de la personalidad sino también por, precisamente, sus efectos benéficos para la salud. El derecho penal debería limitarse a perseguir aquellas conductas que atentan contra valores esenciales de una colectividad, y no a aquellas, como el uso del cannabis, que son ampliamente aceptadas por la sociedad —las encuestas de consumo señalan que prácticamente la mitad de los jóvenes son usuarios esporádicos o habituales de cannabis— y que no provocan problemas de salud especialmente significativos. Por el contrario, como así ocurre con el alcohol y el tabaco, debería optarse por medidas de regulación y control de tipo administrativo.[23]

Por su parte, la administración, a través de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional Sobre Drogas, creado en 1985, define sus líneas de actuación dentro de lo que se denomina la *Estrategia Nacional*, siguiendo las recomendaciones de la Asamblea de las Naciones Unidas de junio de 1998. Así, el 17 de diciembre de 1999, el Consejo de Ministros elaboró la Estrategia Nacional 2000-2008, en la que se recogen las líneas de actuación

22. En nuestra opinión, en un derecho penal de verdadero corte democrático y garantista, sólo podrían ser objeto de persecución penal, en todo caso, aquellas sustancias de las que existiera constancia indubitada de que causan un daño a la salud de cierta relevancia. Para una visión de las diferentes posiciones doctrinales entorno a esta cuestión, ver Joshi 1999: 93 y ss.)

23. No debe rehuirse tampoco el debate planteado por quienes entienden que la despenalización y administrativización de los usos de drogas debe extenderse a todas ellas, incluso a las más nocivas como la heroína, en virtud del principio de idoneidad del derecho penal. Por más que la heroína cause grave daño a la salud, la opción de su persecución penal no es idónea por cuanto genera mayores problemas de los que puede solucionar. En este sentido, ver nota 5, relativa a la distinción realizada por Baratta entre los efectos primarios y secundarios de la droga.

preferentes y los objetivos a alcanzar en ese periodo,[24] entre los que se destacan el de prevención, asistencia al drogodependiente, el control de la oferta y la cooperación internacional. Dentro del tercer ámbito señalado, el que más interesa desde la perspectiva de análisis de la política criminal, se insiste desde su inicio en la nueva realidad marcada por una criminalidad organizada de alcance internacional y relacionada con otras formas delictivas. Es por ello, se señala, que la acción policial debe centrarse en la lucha contra las organizaciones criminales internacionales, pero también en la represión de la venta interior y su comercialización al por menor en los puntos de venta. Así, la *estrategia* durante este periodo va a ahondar en la represión de la oferta y no, como en otros países, en la canalización de la misma hacia puntos controlados como se hace en Holanda y Suiza —y se encuentra en vías de desarrollarse en Inglaterra y Bélgica—, países en los que la venta de cannabis en pequeñas cantidades es autorizada en determinados establecimientos, y en centros sanitarios se realizan programas de dispensación de heroína a los drogodependientes.

A pesar de las anteriores excepciones en cuanto al acceso regulado a determinadas sustancias, el hecho es que puede hablarse de una política criminal internacional común, tanto en el plano europeo como en el estrictamente internacional, con lo que difícilmente puede llevarse a cabo una política criminal autónoma. España, desde su ratificación en 1967 de la Convención Única de 1961, firmada en Nueva York, ha seguido fielmente las disposiciones internacionales sobre la materia, y en estos primeros años del siglo XXI la tendencia a una política de drogas globalizada se ha acentuado. Cada vez son más los foros internacionales de encuentro entre los estados para el desarrollo de políticas comunes, y más los organismos de ámbito supranacional con potestad legislativa y ejecutiva sobre aspectos de las diferentes sociedades. En el ámbito europeo hay que destacar la *Propuesta de Decisión-marco del Consejo relativa al establecimiento de las disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas*[25] y el *Plan de Acción contra la Droga de la Unión Europea (2000-2004)*,[26] en los que se insiste en las estrategias apuntadas y en la progresiva homogeneización de las actuaciones y las normas en materia de tráfico de drogas. En este último *Plan* se preveían tres líneas de

24. El texto íntegro de la *Estrategia Nacional sobre drogas, 2000-2008*, puede consultarse en: www.mir.es/pnd/publica/pdf/estrate.pdf, dentro de la página web del Ministerio del Interior.

25. Diario Oficial C 270 E de 25.09.01.

26. Ver web oficial de la Comisión Europea.

prioridades una de las cuales aludía al combate contra el consumo y producción de cannabis, junto al de anfetaminas y éxtasis, con lo que se pone de manifiesto que en los años venideros difícilmente se van a producir cambios en el estatuto jurídico actual de las drogas en España.

3) La política criminal para una Justicia Juvenil. ¿Es necesaria una política *penal* para los problemas de los jóvenes? (*Francisca Cano López*)

La aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su entrada en vigor a partir del 13 de enero de 2001, fue planteada por el legislador como el pretendido punto final para la indefinición o confusión jurídica que caracterizaba el ámbito de la justicia de menores en el Estado español: por fin, España se dotó de un instrumento jurídico que explícitamente afirma la necesidad de intervenir sobre el menor infractor con medidas no represivas, sino preventivo-especiales, al tiempo que establece un procedimiento de carácter sancionador-educativo encastrado en el ordenamiento constitucional vigente desde 1978, todo ello orientado «hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas».[27]

En definitiva, la ideología reeducadora del menor y del joven infractores, que persigue su responsabilización penal, es la preponderante actualmente en nuestro derecho minoril. Reeducación y responsabilización aparecen plasmadas en la Exposición de motivos, apartado II.7, de la Ley Penal del Menor:

---

27. Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores 5/2000, Exposición de motivos I.5; en lo sucesivo se citará como Ley Penal del Menor (BOE, 13 de enero de 2000). Al referirnos a partir de ahora a menores y jóvenes, lo hacemos según la definición que esta Ley le otorga a ambos términos en su artículo 1.4, es decir, «[...] se utiliza el término menores para referirse a las que no han cumplido dieciocho años, y el de jóvenes para referirse a las mayores de dicha edad». Con respecto a la noción de joven, la Ley Penal del Menor contempla la posibilidad, en los artículos 1.2 y 4, de aplicar el régimen atenuado que establece a un infractor menor de 21 años, aunque la implantación de tal posibilidad ha quedado suspendida hasta 2007. La edad a partir de la cual ya se exige la responsabilidad penal queda fijada en los 14 años, puesto que «[...], las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado» (Exposición de motivos I.4).

«La presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales. Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares».

Sin embargo, cuatro años después, de hecho desde pocos meses después de la aprobación de la Ley, las numerosas críticas elaboradas por profesionales de los ámbitos que propiamente abarcan el fenómeno, como el criminológico, el procesal o el de la intervención educativa, así como las expuestas desde la práctica totalidad de las comunidades autónomas españolas, a las que la Ley atribuye la provisión de centros de internamiento, así como de especialistas para el asesoramiento técnico en el procedimiento judicial de menores, se han ido sucediendo con persistencia y no contribuyen precisamente a favorecer la imagen de bonanza y de eficacia de semejante esfuerzo codificador.

Las críticas, que generalmente escogen como foro para el debate los medios de comunicación, se ajustan a dos bloques de argumentos bien diferenciados: en primer lugar, aquellas que, desde la denuncia de la insuficiencia de medios materiales y humanos, afirman que la Ley Penal del Menor no ha sido llevada a la práctica en todos y cada uno de los presupuestos que la misma contempla y, en segundo lugar, las que la consideran excesivamente suave y exigen su endurecimiento. Aquellas son las propias de los profesionales que ejercen su cometido con los menores infractores; éstas, que abarcan un amplio espectro social escandalizado por ciertos crímenes brutales protagonizados por menores en los últimos tres años, parece ser son las que inspiran las últimas propuestas de modificación del Gobierno español. Efectivamente, éste sigue sin dotar de medios a aquellos que dicen precisarlos, pero al mismo tiempo pretende una reforma «transversal» de la Ley Penal del Menor mediante la introducción de enmiendas en el Código Penal, pendiente de aprobación en el Senado, para facilitar la personación de la familia de la víctima en el proceso y establecer un régimen de cautividad más

riguroso para aquellos menores que sean autores de delitos especialmente graves.

Estas modificaciones en el Código Penal van emparejadas con la demora en el desarrollo de la Ley Penal del Menor. Ésta, en su *Exposición de motivos* II.24, indica que «[...], procede poner de manifiesto que los principios científicos y los criterios educativos a que han de responder cada una de las medidas, [...], se habrán de regular más extensamente en el Reglamento que en su día se dicte en desarrollo de la presente Ley Orgánica.». Así, uno de los principales obstáculos con los que se han encontrado los profesionales que deben ponerla en práctica ha sido que no se ha dictado hasta el momento el Reglamento que debe desarrollar dicha norma, en cuyo proyecto de ley inicial indicaba un plazo de seis meses para su redacción. Suprimido en el Senado dicho término, no existe un criterio unificado para la ejecución de las trece medidas correctoras que contempla la Ley Penal del Menor para niños y adolescentes infractores entre los 14 y los 18 años.

En cualquier caso, jamás es cuestionada la hegemonía del derecho y del sistema penal en su papel de máximo gestor no sólo de las medidas que se aplican sobre el menor infractor, sino que ni tan siquiera es puesto en duda cuando se constata su histórico fracaso en todas y cada una de las políticas de actuación con las que ha pretendido controlar los índices de criminalidad infantil y juvenil, caracterizados niños y jóvenes como personas no convenientemente socializadas y cuya conducta *desviada* es el principal aspecto que les identifica. Centrándonos en este capítulo en la evolución del derecho minoril en los últimos 25 años, planteamos la desidia y la vacilación como los distintivos que han mostrado una mayor eficacia a la hora de encauzar dicho proceso. Críticas que parten incluso de los propios profesionales del derecho, como Julián Ríos, analista prestigioso del derecho de menores, que ya constató la total y absoluta ineficacia para combatir el incremento de las tasas de criminalidad infantil y juvenil de las antiguas instituciones de menores (*vid.* Ríos Martín 1995: 135 y ss.), al tiempo que critica cómo se está aplicando la actual Ley Penal del Menor cuando comenta: «La opinión pública está estigmatizando negativamente la ley por benévola, cuando no lo es, [...]. Hay falta de creatividad institucional para crear alternativas reales a los problemas de estos menores. Están creando microcárceles para niños... En esto no consistía la reforma» (declaraciones en «El Gobierno sigue sin tener listo el reglamento de la Ley del Menor al año de entrar en vigor», *El Mundo* 21-01-2002).

En efecto, desde la aprobación mediante referéndum de la Constitución española en 1978, debieron pasar trece años hasta

que la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero,[28] declarase anticonstitucional el artículo 15 del Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores de 1948, regulador del procedimiento propio de la facultad reformadora.[29] Dicho artículo dice que «En los procedimientos para corregir y proteger a menores, las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren no serán públicas y el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse».

El Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores de 1948 supuso la unificación de toda la legislación precedente sobre el tema. Las características fundamentales del procedimiento que contemplaba eran: ausencia de reglas procesales comunes, brevedad en la tramitación, secreto de las actuaciones, discrecionalidad del órgano decisor y la indeterminación de las medidas adoptadas. Desde que en noviembre de 1918 se aprobase la Ley sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales para Niños de noviembre de 1918, los menores de dieciséis años quedaron al margen del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y fueron sometidos a unas medidas inspiradas en el correccionalismo y el positivismo. Para estas orientaciones penalistas, la sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada a la peligrosidad del criminal y no a la gravedad objetiva de la infracción. Es decir, todo individuo que ejecuta un hecho penado por la ley, considerado anormal, es responsable y deber ser objeto de una reacción social en función de su peligrosidad. Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal. La creencia en el libre albedrío del ser humano es una superchería, ya que su voluntad está constreñida por factores biológicos, psicológicos o sociales, a la investigación de los cuales debe dedicarse la criminología. El criminal será estu-

---

28. RTC 36/1991.

29. La vetusta legislación de menores extendía su potestad tanto a la facultad de reforma como a la facultad de protección. La anulación de la segunda fue confirmada por la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, que modificó parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Vid.* Guallart de Viala 2002 y Cea D'Ancona 1991, para una aproximación a la evolución de la antigua legislación de menores, y Trinidad Fernández (1996) para un análisis en profundidad desde un punto de vista histórico.

diado como un ser enfermo, como un esclavo de su herencia patológica (determinismo biológico), o impelido por procesos causales que está incapacitado para encauzar (determinismo social); la reacción contra él será no ya política, sino natural: «el cuerpo sano de la sociedad que reacciona contra la parte enferma» (Pavarini 1983: 46). Así pues, «la reacción social cobra así un carácter terapéutico, una función curativa y no represiva. La pena es sustituida por las medidas orientadas a la prevención especial. Consecuencia de lo anterior es que dichas medidas ya no pueden tener como criterio de duración la proporcionalidad frente al daño cometido y la culpabilidad del sujeto, sino que su duración es tendencialmente indeterminada ("hasta la curación del delincuente")» (González Zorrilla 1985: 118).

Se efectuó la modificación urgente y provisional del Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores de 1948 mediante la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, con la finalidad de introducir las garantías procesales mínimas, pero no se abordó ninguna reforma en profundidad de los aspectos sustantivos o de ejecución, aunque cabe destacar la inclusión de la suspensión del fallo o *probation* anglosajona, así como la importancia que concede a la reparación de la víctima; se trata de la llamada «reparación extrajudicial», contemplada en el artículo 15.1.6, el cual dispone que «Atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se haya utilizado violencia o intimidación, a que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de las actuaciones». Igualmente, debe destacarse que esta ley justificó sus principios informadores en el «interés del menor»: el llamado principio garantista (existencia de un proceso acusatorio sin dilaciones indebidas, derecho a la asistencia de un abogado, a conocer la acusación y a la defensa, intervención del Ministerio Fiscal, derecho a no declarar contra sí mismo, etc.), el principio de intervención mínima, relacionado con el principio de oportunidad, principios de legalidad, tipicidad y de seguridad jurídica (entre otras cosas, establece un listado preciso de las medidas que se van a imponer y la duración de éstas, la proporcionalidad entre el hecho y la sanción, así como la individualización, ampliación y diversificación de opciones e intervenciones según la personalidad del menor, su entorno social y el acto infractor cometido por él).

Con anterioridad, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sustituyó los antiguos Tribunales Tutelares de

Menores por los nuevos Juzgados de Menores, pero no consiguió la reforma de la legislación tutelar de menores en el término de un año, tal y como establecía en la disposición adicional primera, porque el proyecto no se llegó a presentar. La RTC 36/1991 tuvo su origen en varias cuestiones de inconstitucionalidad que fueron acumuladas por el Tribunal Constitucional y planteadas por jueces de menores de Barcelona, Madrid, Oviedo y Tarragona, que propusieron en vano la no adecuación a los preceptos constitucionales de la totalidad del Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores de 1948.

El paso definitivo para la transformación de la legislación en esta materia fue la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El Código establece, en el artículo 19, que «Los menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor». El artículo 69 del Código Penal también establece que «Al mayor de 18 años y menor de 21 que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga». La entrada en vigor de estos dos artículos quedó condicionada, sin embargo, a la aprobación y puesta en marcha cuatro años y medio después de la Ley anunciada, que se materializó con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores,[30] que derogaba la legislación tutelar de menores de 1948, en los apartados que todavía estaban vigentes, y la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reformadora de la anterior. Es decir, el nuevo Código Penal, que entró en vigor el 24 de mayo de 1996, lo hizo «sin el complemento correlativo y necesario de la anunciada Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. La situación no podía ser más singular, absurda y recusable» (Guallart de Viala 2002: 34).

La Ley Penal del Menor nació sin ser precedida del correspondiente debate y consenso amplios, no solamente entre los profesionales del derecho, sino también entre las administraciones au-

30. Reformada por la Ley Orgánica de 22 de diciembre de 2000, de Modificación del Código Penal y de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, y la Ley Orgánica de 22 de diciembre de 2000, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia. Con respecto al artículo 69 del Código Penal, *vid.* nota 1 de este capítulo.

tonómicas y locales y las entidades ciudadanas, lo que ha derivado en el profundo desconocimiento que de la misma tiene el conjunto de la sociedad. De su sistemático incumplimiento se hizo hecho eco el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), que en junio de 2003 hizo público un informe en el que valoraba la aplicación de la Ley Penal del Menor en las diferentes comunidades autónomas; éste, en cuyas conclusiones se constataba la falta de plazas suficientes en régimen abierto y semiabierto en los centros de internamiento, la inexistencia de centros terapéuticos, la falta de educadores y equipos especializados, fundamentalmente trabajadores sociales y psicólogos profesionales para las medidas en medio abierto y equipos técnicos para los centros de internamiento, así como retrasos en el cumplimiento de las medidas, afirmaba que las carencias para aplicar la Ley del Menor se hacen evidentes en las «dilaciones durante el procedimiento», «en las dificultades para que el juez de menores cumpla con la obligación de visitar los centros» y, también, en el riesgo de provocar «el desarraigo familiar y social del menor» sobre todo en aquellos casos en los que una comunidad autónoma debe recurrir a los centros de internamiento ubicados en otra.[31] Entre las comunidades autónomas que presentan mayores carencias, según el CGPJ, destacamos:

Aragón: el único dentro de internamiento, compartido con La Rioja, Navarra y el País Vasco, obliga a desplazar al menor fuera de su comunidad; escasez de medidas de seguridad y riesgo de fugas.

Asturias: los centros de protección de menores presentan una falta de educadores para llevar a cabo la labor de prevención. Además, sólo hay un centro para aplicar internamientos cautelares, cerrados, semiabiertos y abiertos, y no existen centros de internamiento terapéutico.

---

31. Fuentes: Europa Press, «El CGPJ denuncia graves carencias de medios para aplicar la Ley Penal del Menor», 03/06/2003; *El País*, «La falta de medios impide aplicar con eficacia la Ley del Menor», 04/06/2003. En su artículo 7.1, la Ley Penal del Menor enumera las trece medidas susceptibles de ser impuestas a los menores: internamiento en régimen cerrado, internamiento en régimen semiabierto, internamiento en régimen abierto, internamiento terapéutico, tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día, permanencia de fin de semana, libertad vigilada, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, prestaciones en beneficio de la comunidad, realización de tareas socio-educativas, amonestación y, finalmente, la privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Para una aproximación detallada al contenido de la Ley Penal del Menor pueden consultarse, entre otras obras, Dolz Lago (2000), Urbano / De la Rosa (2001) y Boldova Pasamar (2002).

Castilla y León: faltan centros de detención y de internamiento provisional de menores, así como profesionales para implantar medidas terapéuticas.

Castilla-La Mancha: escasez de centros de día y de plazas en centros de reforma.

Cataluña: los centros, a pesar de estar correctamente acondicionados, son escasos y se encuentran desbordados; disfunciones provocadas por el aumento de menores magrebíes;[32] en Lleida no se imponen medidas de libertad vigilada por falta de equipos de medio abierto.

Extremadura: hay un solo centro en Badajoz, sin medios eficaces para los jóvenes con problemas graves de drogodependencia.

Galicia: gran distancia entre los centros de internamiento y los domicilios de los menores y los juzgados; la falta de personal puede provocar problemas de seguridad a los menores y a los profesionales que trabajan con ellos.

Madrid: insuficientes centros de internamiento terapéutico, falta de personal especializado para las terapias, nula separación de los internos en función de la edad o conflictividad y demoras en la remisión de informes de seguimiento de libertades vigiladas.

Murcia: cuenta con centros suficientes, que incluso reciben menores de otras comunidades, pero carece de un centro de detención.

La Rioja: carencia de centros y derivación de menores a otras comunidades.

País Vasco: dificultades en el cumplimiento y control de la aplicación de la medida de libertad vigilada; disfunciones provocadas por el aumento de menores magrebíes.

Valencia: los centros son insuficientes y no hay ningún centro terapéutico.[33]

Un año antes, el mismo CGPJ ya había hecho públicas las graves deficiencias de la nueva legislación de menores cuando transmitió al Gobierno...

> [...] «la ineludible necesidad» de promulgar «cuanto antes» el Reglamento de Desarrollo de la Ley del Menor «para evitar la actual falta de regulación de aspectos fundamentales, como es el

32. Se trata de los denominados «niños de la calle», menores habitualmente no nacionales y no exclusivamente magrebíes, que en Cataluña ocupaban a principios de 2003 el 39 % de las plazas disponibles en sus centros de internamiento (Fuente: *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, n.º 387, 5 de febrero de 2003: 17).

33. Fuentes: *vid.* nota 5 de este capítulo.

régimen de las medidas de internamiento», según un comunicado de prensa del organismo.

La comisión de seguimiento de la Ley del Menor, de la que forman parte cuatro jueces de menores y seis fiscales, señala que en el primer año de aplicación de la ley han surgido «discrepancias» sobre la organización de la mediación entre el delincuente y la víctima, la responsabilidad civil o la tramitación del régimen disciplinario de los centros de internamiento.

La comisión planea detectar los problemas procesales de la ley y buscar soluciones que puedan ser asumidas por todos los jueces y fiscales de menores, «no con carácter vinculante, pero sí a título orientativo, lo cual favorecería la aplicación uniforme de la ley en toda España» y evitar interpretaciones dispares.

El Consejo pone también de manifiesto las necesidades de «medios materiales y personales de los juzgados y fiscalías de menores» y señala que por medio de la comisión de seguimiento, quiere contribuir, «al menos, a clarificar las cosas, constatando los problemas de insuficiente redacción o de redacción defectuosa de la ley, en su caso, sugiriendo una interpretación constructiva» [«El Poder Judicial reclama "cuanto antes" el reglamento de la Ley del Menor», *El País* 08-05-2002].

Vistas hasta aquí someramente algunas de las características fundamentales de la Ley Penal del Menor y del proceso que culminó en su entrada en vigor, así como la problemática en la que se haya sumida actualmente, queda por responder a la pregunta que justifica este texto: la necesidad o no de la denominada justicia juvenil para afrontar determinados comportamientos de niños, adolescentes y jóvenes que, vulneradores de las normas penales, se ajustan hoy en día a los requerimientos y criterios de la misma.

La percepción del menor, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también de la ciudadanía en su conjunto, presenta dos vertientes que derivan en sendas exigencias de reformas legislativas: por un lado su papel como víctima del delito y, por el otro, como victimario. Centrándonos aquí en este segundo aspecto, planteamos como errónea la pregunta básica que se pretende responder por parte de los sectores directamente implicados en el fenómeno de la delincuencia infantil y juvenil, esto es, *qué podemos hacer*; ya que se trata de una inquisición instrumental que esconde unas respuestas que despliegan un repertorio de medidas penales y administrativas ya elaboradas que contribuyen a la criminalización de la infancia y de la juventud. Podemos desde reñir hasta matar.[34] No

34. No es el caso de España, desde luego, ni el de la mayoría de los países del mundo, pero actualmente están siendo ajusticiadas personas que cometieron un delito cuando eran menores de edad. Tal es la situación en Estados Unidos, que es

obstante, hay otra pregunta que sistemáticamente es eludida, *qué debemos hacer*, afirmamos aquí que por su poder disolvente de un falso debate que hace pasar como medidas innovadoras lo que no son sino marchitas providencias remozadas en falso siguiendo el dictado de la sociedad actual, que consume miedo y exige seguridad, protección para un fenómeno cuyas cifras reales no justifican de ninguna manera ni el pánico ni el escándalo que amplifican los medios de comunicación.[35] Es decir, el problema tiene en España un alcance restringido y, sin embargo, sirve para introducir prácticas de normalización para un sector reducido de la sociedad que no ha sido convenientemente socializado según el ideal de un consenso normativo; al mismo tiempo, la respuesta penal a los menores y jóvenes infractores se ha constituido en una pieza esencial de la intrincada maquinaria que supone el control social, ya que el comportamiento antisocial como estereotipo acaba afectando a la juventud en su práctica totalidad «con la finalidad de convertirla en chivo expiatorio de las magnas contradicciones de la sociedad de consumo» (Barbero Santos 1983: 19). Debatir sobre lo que debe o no hacerse implica ineludiblemente indagar en la racionalidad de las propuestas que, en la materia que nos ocupa, pasa en primer lugar por cuestionar la preponderancia del sistema penal, así como en estudiar las causas por las cuales la opinión pública hoy en día, como antaño, difícilmente distingue entre desviación, inadaptación y delincuencia, términos que en la antigua legislación de menores se conceptuaban como una misma cosa y que provocaban similares efectos jurídicos. La aceptación de lo primero, que conduciría necesariamente a un diálogo de igual a igual entre «lo jurídico» y otros discursos profesionales y colectivos ciudadanos que hoy se hayan a él subordinados o que ni tan siquiera son escuchados, y la clarificación de lo segundo son variables que deben ser despejadas definitivamente si lo que se pretende es actuar con convicción y con la ambición de lograr un amplio consenso social a la hora de afrontar los problemas de los jóvenes.

En la actualidad no existe una alternativa que haya pugnado por lograr el respaldo social conveniente para competir con la hegemonía del modelo de intervención institucional basado en la reeducación y la responsabilidad penal formalizado en la Ley Penal

---

uno de los dos únicos países, junto con Somalia, que no han ratificado la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

35. El número de expedientes registrados en los Juzgados de Menores españoles durante 2002, 36.605 en total, disminuyó sensiblemente con respecto a 2001, año en el que incoaron 54.922. (Fuente: Instituto Nacional de Estadística, http://www.ine.es/inebase/cgi/axi).

del Menor. La necesidad de educar se ha convertido en el gran argumento y también en el instrumento privilegiado para lograr la resocialización del menor infractor; sin embargo, parece que solamente los niños y los jóvenes precisen de la misma, lo que puede hacer sospechar que la ideología tutelar, al menos una parte de ella, no haya sido erradicada definitivamente, excepto sobre el papel, y prime todavía el *castigo como comprobada finalidad*. En palabras de Emilio Calatayud,[36] que alude a la Ley Penal del Menor:

---

36. Emilio Calatayud es Juez de Menores en Granada. La medida del internamiento, sobre todo en régimen cerrado, básicamente pretende tanto del niño como del joven su adaptación y ciega conformidad; sirva como ejemplo de ello un resumen del reglamento consensuado por las direcciones de los tres centros de menores en régimen cerrado de Madrid (Renasco, El Pinar y El Madroño):

Se consideran faltas leves: no comer un mínimo de todo, mala utilización no intencionada del material individual o colectivo, hacer uso abusivo de objetos no prohibidos, ir descuidado en el vestir o aseo personal, adoptar posturas incorrectas y gestos inapropiados, no tener limpia y ordenada la habitación, uso inapropiado de los avisadores de las habitaciones, regresar de un permiso con un retraso inferior a 2 horas, vender o intercambiar objetos, desobediencia de las instrucciones recibidas del personal cuando no alteren la convivencia y la buena marcha del centro y realizar comentarios inadecuados o despectivos hacia el personal del centro o compañeros.

Las sanciones para las faltas leves son: privación de participar en todas o algunas de las actividades recreativas del centro de 1 a 6 días y amonestación.

Se consideran faltas graves: comunicarse con un compañero sancionado mientras esté separado del grupo, utilizar los espacios personales de otros compañeros sin autorización de éstos y del personal del centro, organizar o participar en apuestas, sustracción de bienes a compañeros o del centro, regresar de un permiso con un retraso de 2 a 24 horas, incumplir las condiciones establecidas durante las salidas o permisos, inutilizar deliberadamente las dependencias, materiales o efectos del centro, o bien las pertenencias de otras personas causando daños de escasa cuantía, agresión verbal, coacciones y amenazas al personal del centro y compañeros o a cualquier persona presente en el mismo, inducción a la fuga y desobediencia de las normas y organización del centro, o resistencia pasiva a cumplirlas. Entre las normas de los centros aludidas se incluyen: prohibido llevar gorra dentro del centro, hay que colaborar en la limpieza del comedor, prohibido usar los cubiertos y demás utensilios de forma incorrecta, no se pueden incorporar a la dieta alimentos y bebidas aportadas a título personal, hay que cepillarse los dientes después de cada comida y barrer, fregar y ventilar la habitación al levantarse.

Las sanciones para las faltas graves son: separación del grupo hasta de 2 días, separación de hasta 2 fines de semana, privación de salidas de fin de semana durante un periodo de 1 a 15 días, privación de salidas con carácter recreativo hasta un mes y privación de participar en las actividades recreativas del centro durante un periodo de 7 a 15 días.

Se consideran faltas muy graves: no regresar de un permiso o hacerlo con un retraso superior a 24 horas; autolesionarse o fingir una enfermedad con afán de manipulación; negativa al cumplimiento de una sanción por una falta grave; inutilizar deliberadamente dependencias, materiales o efectos del establecimiento o de otras personas, causando daños de elevada cuantía; introducir, poseer o utilizar objetos o sustancias no permitidas en el centro o grupo de convivencia; cualquier tipo de conducta contra la libertad sexual de las personas; participar en motines, plantes, desórdenes colectivos o instigar a los mismos, si se hubiesen producido;

> [...] No es demasiado blanda, es mentira. Pongamos que en España un mayor comete un homicidio; le pueden caer entre 12 y 20 años. Digamos que le ponen 12 o 14; con nuestro sistema penitenciario, cuando lleve 8 o 10 años puede estar en la calle con el tercer grado. A un menor, en cambio, se le pueden poner 10 años por un delito grave, y después 5 años más de libertad vigilada. Luego son 15 años. [...] Cuando condenas a un chaval a 10 años, es como si estuvieras condenando un mayor a 20. [...] Y en cuanto a los pequeños delitos y a las condenas alternativas, es que son mucho más duras que pasar unos pocos días en la cárcel. [...], como juez de vigilancia penitenciaria, he visto que una persona que lleva quince años de internamiento ya es *inútil* para la sociedad. Entonces que no me digan a mí que una de las finalidades de la pena es la reinserción. [...] Dentro de poco, los chicos que cumplan 23 años empezarán a pasar a la cárcel a terminar su pena; y luego saldrán a la calle y les quedarán cinco años más de libertad vigilada. ¿Pero quién los va a vigilar? Hay que crear un equipo de psicólogos, de educadores... Pero si no se están creando esos equipos, será quizá porque la gente no se cree esta ley. Ésa es la cuestión. Necesitamos un cambio de mentalidad en la sociedad, que pase de ser vengativa a ser reinsertadora, y los primeros que tenemos que cambiar somos los jueces, los fiscales. [«Emilio Calatayud. El juez que condena a estudiar», *El País Semanal* 17-8-03].

¿Qué debemos hacer? La imposibilidad de dar aquí una respuesta tajante no lleva implícita necesariamente la esterilidad de la crítica hacia lo que efectivamente se está realizando. Más bien resulta descorazonador que podamos recurrir, como si nos encontráramos ante una contribución novísima, a los consejos que algunos profesionales elaboraron para las autoridades *ad hoc* cuando en España se estaba planteando incipientemente la inexcusable transformación del desfasado sistema correccionalista debido a los requerimientos del nuevo orden constitucional.

De tal forma (Barbero Santos *op. cit.*: 19-20), son sugerencias plenamente vigentes, aparte de las que ya hemos mencionado, la demanda de una mayor tolerancia y perspicacia a la hora de afrontar el problema de los menores y jóvenes infractores, con la consi-

---

agresión o intento de agresión física a cualquier persona que se encuentre en el centro o compañeros e intentar, facilitar o consumar la fuga.

Las sanciones para las faltas muy graves son: separación del grupo por un periodo de 3 a 7 días en casos de evidente agresividad, violencia y alteración de la convivencia; separación del grupo entre 3 y 5 fines de semana; privación de salidas de fin de semana de 15 días a un mes y privación de salidas de carácter recreativo por un periodo de 1 a 2 meses. (Fuente: «Las normas de la cárcel de menores», *El Mundo*, 22/10/2001).

guiente exigencia de prudencia por parte de las instancias legislativa y penal; que se antepongan las políticas sociales imaginativas y abiertas sobre las político-criminales; que se luche institucionalmente para paliar los problemas sociales de base en los que tiene su origínen una parte importante del fenómeno (marginación, pobreza, empleo precario, paro juvenil, desarraigo familiar, baja calidad del nivel de escolarización, falta de expectativas profesionales, desmoralización ante la falta de recursos para disfrutar de una vida independiente del núcleo familiar, entre otros); que se restrinja hasta el límite de lo viable, para reducir al mínimo su extraordinaria capacidad neutralizadora, la medida del internamiento en centros cerrados[37] y, finalmente, implicar a los medios de comunicación en el sentido de que su aproximación ponderada hacia los problemas de los jóvenes es fundamental.

4) **Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial*** (*Marta Monclús Masó*)**

Construcción de estereotipos y estigmatización de la inmigración

Este trabajo pretende analizar desde una perspectiva crítica la política criminal que se ha diseñado en nuestro país a lo largo de los últimos años en relación al fenómeno de la inmigración. Con este fin me referiré a las diversas leyes de extranjería y sus sucesivas modificaciones, así como a las reformas del Código

37. Por ejemplo, en Cataluña, una de las comunidades autónomas que presentan un mayor desarrollo institucional y profesional a la hora de administrar el fenómeno de la criminalidad de los menores de edad y en la que se incoan proporcionalmente un mayor número de expedientes, el internamiento en centros fue la segunda medida más aplicada en el año 2002, en concreto en 390 casos, muy por debajo de la que fue prioritaria, el sobreseimiento libre, sentencia que sobre todo hace referencia a los expedientes en los que ha habido un proceso de mediación encaminado a la reconciliación entre el menor y su víctima y a la reparación de los daños morales y/o materiales, que se adoptó en 1300 casos (Fuente: *Butlletí del Parlament de Catalunya*, número 387, 5 de febrero de 2003: 30).

* Esta contribución se enmarca en el Proyecto «El papel del Sistema Penal en el control de los flujos migratorios en Europa y España del siglo XXI» (BJU2002-00871) financiado por el Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2000-2003 del Ministerio de Ciencia y Tecnología y cofinanciado con fondos FEDER.

** Marta Monclús Masó es investigadora del Departament de Dret Penal i Ciències Penals de la Universitat de Barcelona, con el apoyo del Departament d'Universitats, Recerca i Societat de la Informació de la Generalitat de Catalunya, entitat financiadora del Programa FI.

Penal que establecen especificidades para el tratamiento de los extranjeros. Antes, sin embargo, trataré de esbozar brevemente el contexto en el que se diseña esa política criminal.

Como han señalado algunos autores,[38] el fenómeno migratorio en España ha sido un tanto inesperado, debido en parte a la velocidad con que se ha producido. En los últimos quince años el Estado español se ha transformado en un país receptor de inmigrantes. Esto ha generado cierto desconcierto, sobre todo en las instituciones, que no han sabido diseñar una política inmigratoria racional para regular el fenómeno. A partir del año 2000 y hasta la actualidad, pese a que el volumen de inmigración en España todavía es inferior a la media europea,[39] el fenómeno migratorio se ha planteado en términos de emergencia generadora de alarma social.

Esta alarma social ha sido premeditadamente construida por el gobierno actual, que insistentemente ha identificado la inmigración, sobre todo la irregular, con la delincuencia. La gestión del fenómeno migratorio por parte del gobierno es un claro ejemplo de cómo se construyen ciertas «alarmas sociales» con la finalidad de legitimar leyes restrictivas de derechos fundamentales, como es el caso de la Ley de Extranjería.

Esta alarma social intencionalmente generada ha servido al gobierno para realizar una clara distinción entre los extranjeros: los regulares y los irregulares. A los primeros, en teoría, se les reconocen casi los mismos derechos que a los ciudadanos españoles; a los segundos se les han limitado derechos fundamentales y se han diseñado una serie de instrumentos represivos para asegurar su expulsión del territorio nacional.

En definitiva, la inmigración irregular es objeto de tal estigmatización, persecución y represión, que se puede decir que ha sido configurada legalmente como un «cuasi-delito» (Silveira 2003). A su vez, esta configuración legal ahonda en los estereotipos que identifican inmigración irregular con delincuencia (Asúa 2001*a*: 24-28), de modo que se genera un círculo vicioso: la re-

---

38. Por todos, Izquierdo 1996; Goytisolo y Naïr 2001.

39. Según el *Anuario Estadístico de Extranjería 2002*, a 31 de diciembre de 2002 residían regularmente en el Estado español, es decir, con permiso de residencia, 1.324.001 personas extranjeras; sin embargo, la cifra oficial de población a 1 de enero de 2003 indicada por el Instituto Nacional de Estadística, y extraída de los datos del padrón municipal, cifra en más de 2,5 millones los extranjeros que residen en España. Ello supondría que casi la mitad de los extranjeros residirían en España en situación administrativa irregular. Sea como fuere, incluso tomando como cierta la cifra del padrón municipal, la población extranjera en España se situaría en torno al 6 % de los habitantes (incluyendo aquí a los europeos comunitarios), cifra todavía inferior a la media europea.

presión de la inmigración irregular profundiza su identificación con la delincuencia, y dicha identificación legitima políticas migratorias más represivas.

Este peligroso círculo vicioso, que puede desencadenar sentimientos xenófobos contra la inmigración, debe ser desarticulado mediante investigaciones sociales rigurosas desarrolladas desde disciplinas sociales tales como la Criminología, la Sociología Jurídico-Penal y la Política criminal, entre otras.

Los investigaciones deberían analizar fundamentalmente dos aspectos: en primer lugar, el volumen de la criminalidad cometida por —o más bien atribuida a— los inmigrantes,[40] con el fin de destruir falsos mitos sobre el alcance de la participación de los inmigrantes en actividades delictivas,[41] así como para intentar diseñar vías de intervención política en los casos en que efectivamente se constate una delincuencia vinculada al fenómeno migratorio.[42] En segundo lugar, es necesario realizar un análisis crítico de las actuales políticas migratorias de cariz absolutamente represivo, en especial de la política criminal que se está diseñando para los extranjeros, con el objetivo de poner de manifiesto las vulneraciones de derechos fundamentales de aquéllos y de alertar sobre las repercusiones sociales que tales políticas pueden tener. Ello implica también analizar el papel de la legislación y de las políticas públicas como constructoras de realidad social, aspecto que debe ser abordado desde la sociología jurídica.

En esta contribución me centraré en el segundo de los aspectos mencionados,[43] y concretamente intentaré mostrar cómo se ha ido configurando una política criminal diferenciada destinada a los extranjeros. Pero antes haré un breve repaso a la evolución de la política migratoria del Estado español.

---

40. Desde la perspectiva de la llamada «criminología crítica», que orienta los planteamientos teóricos de este trabajo, se ha insistido en que las estadísticas sobre criminalidad en realidad no miden la criminalidad efectivamente cometida, sino tan sólo aquella que ha entrado en el circuito jurídico-penal mediante la actuación de las instancias del Sistema Penal. Por ello, no sería correcto hablar de criminalidad cometida por los inmigrantes, sino más bien de criminalidad atribuida a los inmigrantes o de procesos de criminalización de aquéllos.

41. Declaraciones de altos cargos del Gobierno durante los primeros meses de 2002 se refirieron a la cifra de ¡98 %!

42. Ver en este sentido las recomendaciones del documento «Immigració i Drets. Debat i propostes», promovido por el Institut Esquerra XXI en el año 2003.

43. En relación al primer aspecto, son contadísimos los análisis realizados. Para una deconstrucción de los mencionados mitos, ver Wagman 2002. Desde otra perspectiva, encontramos análisis sobre la criminalidad de los inmigrantes en García España (2001 y 2002) y en Valenzuela Ratia (2003).

Podemos decir que el Estado español no ha tenido una política de inmigración hasta muy recientemente. Hasta 1985, no hay ni siquiera un cuerpo legislativo coherente que regule el tratamiento de los extranjeros, sino tan sólo un conjunto de decretos, circulares y disposiciones sin rango de ley.

En 1985 España se incorpora a la Comunidad Europea, y en ese mismo año se aprueba la L.O. 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Esta Ley de 1985, denominada comúnmente «Ley de Extranjería», constituyó pura y simplemente eso, una ley de extranjería, no de inmigración (De Prada 2002: 75). Es decir, es una ley totalmente ajena al fenómeno inmigratorio, en la que los aspectos de policía y de control de los extranjeros tienen preeminencia sobre la integración de los inmigrantes (ya prevé la expulsión como «solución» frente a las situaciones de irregularidad administrativa y crea la nefasta institución de los centros de internamiento para extranjeros). El Reglamento de Ejecución de esta ley fue aprobado varios años después, en 1996 (Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero), y es sólo entonces cuando se empieza a tener en cuenta el proceso migratorio, en el sentido que el Reglamento incorporaba disposiciones tendentes a la regulación de los flujos migratorios. Sin embargo, su ineficacia en cuanto al control de estos flujos queda patente por la bolsa de extranjeros irregulares que se creó (Ruíz de Huidobro 2001: 69-10).

Con la intensificación del fenómeno migratorio a partir de los años 90 se pone de manifiesto la necesidad de reformar la Ley de Extranjería, y el proceso de reformas se inicia en el año 2000. A partir de entonces la legislación de extranjería ha sufrido muchas modificaciones, lo que refleja la inicial ausencia de planificación racional del fenómeno migratorio por parte del Estado español.

El 11 de enero de 2000 se aprobó la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que sustituyó la L.O. 7/1985. Esta ley del 2000 tenía un talante más integrador y se inspiraba en el criterio de la máxima equiparación posible de derechos entre nacionales y extranjeros. Una de sus novedades más aplaudidas fue la eliminación de la sanción de expulsión para el caso de irregularidad administrativa. Sin embargo, la aprobación de esta ley no fue pacífica, sino que se aprobó con la oposición del Partido Popular, partido en el gobierno en ese entonces pero sin la mayoría absoluta en el Parlamento. Desde el mismo momento de su aprobación, ese parti-

do ya manifestó su propósito de reformarla ni bien le fuese posible, y ello sucedió pocos meses después, tras las elecciones de marzo de 2000 que le atribuyeron la mayoría absoluta.

La ley fue completamente modificada por L.O. 8/2000, de 22 de diciembre (de los 63 artículos de la originaria ley sólo se conservaron intactos 10), y supuso un cambio de orientación claramente involutivo. La nueva redacción de la Ley de Extranjería establece una clara distinción entre extranjeros regulares y extranjeros irregulares, limitando fuertemente los derechos de los segundos, e introduce nuevamente la sanción de expulsión para los extranjeros que se encuentren irregularmente en territorio español.

Tras el verano de 2003 se realiza una nueva modificación de la Ley de Extranjería. La L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros modifica de nuevo tres artículos de la Ley de Extranjería (además de modificar el art. 89 del Código Penal, como luego veremos). Paradójicamente, bajo el título de «integración social de los extranjeros», esta modificación está dirigida a asegurar la expulsión de los extranjeros que estén imputados o hayan sido condenados por un delito.

La persecución de los extranjeros irregulares se ha visto nuevamente intensificada recientemente, con la aprobación de la «Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre» (¡No es broma, así es como se llama la Ley!). Esta reforma fue anunciada por el gobierno tras la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003, que declaró ilegales una serie de preceptos del Reglamento de ejecución de la ley, por haberse extralimitado en la regulación. Con esta reforma se atribuye rango de ley a esas disposiciones, a la vez que se aprovecha la ocasión para profundizar el giro represivo.

Como se dice en la Exposición de Motivos de esta L.O. 14/2003, la reforma «incorpora modificaciones encaminadas a dotar al ordenamiento jurídico con mayores instrumentos para *luchar* contra la inmigración ilegal».[44] La política migratoria del Estado español ante la inmigración irregular ya se plantea directamente en términos de «lucha». Se profundiza así el giro represivo iniciado con la modificación de la Ley de extranjería realizada por L.O. 8/2000.

---

44. La cursiva es mía.

Sustancialmente, la reforma abarca los siguientes extremos: en primer lugar, pretende dotar de mayor efectividad a la política de expulsiones y devoluciones; en segundo lugar, atribuye carta de naturaleza a los centros de internamiento para extranjeros, mediante la regulación de los derechos y deberes de los extranjeros internados; en tercer lugar, prevé el acceso de la policía al padrón municipal de habitantes «con la finalidad de ejercer las competencias establecidas en la Ley de Extranjería sobre control y permanencia de los extranjeros en España»;[45] en cuarto lugar, establece obligaciones de información a las compañías transportistas de personas, con el fin de intensificar el control de las entradas aeroportuarias; en quinto lugar, limita la reagrupación familiar y elimina la posibilidad de regularización por la vía del arraigo; finalmente, y éste es el único extremo acogido más positivamente (aunque no por todos), introduce la figura del visado de 3 meses con el objetivo de buscar trabajo. Es manifiesto que, una vez más, los aspectos represivos prevalecen sobre los destinados a la integración y la gestión racional del proceso migratorio. La expulsión es la única medida que se prevé frente a la inmigración irregular. El mensaje está claro: la «solución» frente a la inmigración irregular es exclusivamente la expulsión.

Y, seguramente no por casualidad, ésta es la misma «solución» que se aplica a los extranjeros que se vean involucrados en un procedimiento penal. Ya he mencionado más arriba la identificación que se ha hecho entre inmigración irregular y delincuencia, que ha sido abiertamente promovida por declaraciones de altos cargos del gobierno. También la Ley abona estas identificaciones mediante la aplicación de una misma sanción —la expulsión— tanto a quien comete un delito como a quien comete una simple infracción administrativa (como es el caso de encontrarse en España sin los papeles en regla).

A continuación me centraré en la intersección que se produce ya desde la inicial Ley de Extranjería de 1985 entre el derecho de extranjería y el derecho penal, intersección que ha desembocado en una subordinación de este último a los objetivos de control de los flujos migratorios. Veremos que dicha intersección se profundiza con la aprobación del Código Penal de 1995 y con las varias reformas de la Ley de Extranjería mencionadas más arriba.

---

45. Es probable que muchos extranjeros en situación irregular soliciten la baja del padrón para evitar el control policial, de modo que perderán el acceso a derechos fundamentales inherentes a toda persona como la sanidad, la educación básica y otros recursos sociales.

Mi objetivo final es mostrar que, sobre todo tras la reforma del Código Penal y de la Ley de Extranjería realizada por L.O. 11/2003, la expulsión se ha consolidado como el instrumento privilegiado de una política criminal diferenciada para los extranjeros. Es decir, a los extranjeros condenados (o inculpados) por un delito no les espera fundamentalmente la pena de prisión como en el caso de los españoles, sino una sanción especial destinada tan sólo para ellos: la expulsión del territorio español (y, por aplicación de la Convención de Schengen, de toda la U.E.). Veamos cómo se ha ido conformando esta política criminal diferenciada.

La intersección de la legislación de extranjería con el derecho penal

Como he señalado, en el control de los flujos migratorios se ha producido una intersección entre el derecho penal y el derecho administrativo, que ha llevado a privilegiar el segundo sobre el primero. Este fenómeno lo observamos por primera vez con la L.O. 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Es a partir de esta Ley que el objetivo de control de los flujos migratorios se adentra también en el propio sistema penal, introduciéndose la posibilidad de archivar el proceso penal contra un extranjero para que se ejecute una orden de expulsión administrativa contra el mismo, e iniciándose en la práctica la posibilidad de sustituir una pena privativa de libertad por la expulsión. Este desplazamiento de la responsabilidad penal a favor de la efectividad del control de la inmigración, es decir, esta renuncia a la potestad punitiva del Estado introducida en 1985, se ha consolidado en posteriores leyes de extranjería y en el Código Penal de 1995. De este modo, como ha señalado Adela Asúa, se produce una subordinación del derecho penal a las finalidades de control de la inmigración (2001*a*: 18-20). Veamos cómo se articula jurídicamente tal subordinación.

Conviene antes señalar que la expulsión constituye una sanción administrativa aplicable por la autoridad gubernativa como consecuencia de la comisión de una infracción administrativa de las tipificadas en el art. 57 de la Ley de Extranjería (por ejemplo, encontrarse en situación de residencia irregular o realizar conductas contrarias al orden público). Además, también está prevista en el Código Penal (art. 89) como medida sustitutiva de la pena privativa de libertad específica para extranjeros.

En este trabajo me centraré solamente en los supuestos que se refieren a extranjeros imputados o condenados por un delito,

que son los casos en los que se produce el aludido entrecruzamiento o intersección entre el derecho penal y el derecho de extranjería. Tanto la Ley de Extranjería como el Código Penal contienen expresas previsiones destinadas a expulsar del territorio español a las personas extranjeras que hayan cometido un delito o sean inculpadas en un proceso penal.

Los antecedentes penales como causa de expulsión (art. 57.2 Ley de Extranjería)

El primer supuesto de intersección con el derecho penal que encontramos en la Ley de Extranjería se configura como una «causa de expulsión», es decir, no requiere la realización de conducta alguna por parte del extranjero. Es el caso previsto en el art. 57.2, según el cual constituirá causa de expulsión «que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados».

Ante todo hay que señalar que esta causa de expulsión constituye una clara vulneración del principio *non bis in idem*, ya que se añade una nueva sanción —la expulsión— por un hecho por el que ya se sufrió condena. Es decir, este precepto permite expulsar a una persona por el simple hecho de tener antecedentes penales, en España o en otro país.

Además, la configuración de los antecedentes penales como causa de expulsión, es redundante. El art. 31.4 de la Ley de Extranjería impide que puedan obtener permiso de residencia las personas que tengan antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español. Y la no obtención del permiso de residencia provocará la permanencia en situación irregular del extranjero y, por tanto, la posibilidad de expulsión. En caso que el extranjero tuviese residencia legal en España, los preceptos mencionados son contradictorios, debido que el art. 31.4 permite renovar la residencia a los extranjeros que hayan sido condenados (Asúa 2001*a*: 38-44; 2001*b*: 1.022).

Finalmente conviene destacar que en este caso el procedimiento de expulsión se lleva a cabo sin ningún tipo de intervención judicial, excepto si se interpone recurso contencioso-administrativo. Es decir, si la policía comprueba que un extranjero tiene antecedentes penales, en España o en otro país, puede tramitar un procedimiento de expulsión.

La prevalencia de la orden de expulsión sobre el proceso penal (art. 57.7 Ley de Extranjería)

El segundo caso de interferencias entre derecho penal y derecho administrativo de extranjería lo encontramos en el apartado 7.º del mismo art. 57 LOE, y es quizá el que más escandalosamente prescinde de todos los principios y garantías del ordenamiento jurídico, además de constituir un ejemplo de pésima técnica legislativa, sobre todo tras su reforma llevada a cabo por L.O. 11/2003, de 29 de septiembre.

Vale la pena transcribir literalmente el artículo, para dar ejemplo de cómo no deben hacerse las leyes: «Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculpado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernamental someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación».

En pocas palabras, el precepto indica al Juez que interrumpa el curso normal del proceso penal, para autorizar a la autoridad gubernativa a que ejecute una medida de expulsión. Es decir, la autoridad gubernativa impone la sanción de expulsión por alguna infracción administrativa, pero al tratarse de una persona imputada en un proceso penal —a disposición judicial—, el Juez debe autorizar la ejecución de la expulsión.

Como he dicho, este artículo ha sido modificado recientemente, en septiembre de 2003. Originariamente el artículo atribuía al juez la potestad discrecional de autorizar o no la expulsión del extranjero al que se hubiese tramitado un expediente de expulsión por alguna de las causas previstas en la Ley.

La reforma ha pretendido eliminar la discrecionalidad judicial recurriendo a una extraña fórmula. No se entiende muy bien qué significa «someterá al juez que autorice su expulsión», pero en todo caso no parece muy acorde con el principio constitucional de independencia de la judicatura que esta modificación de la Ley de Extranjería elimine la discrecionalidad judicial en este ámbito y atribuya a la administración la potestad de suspender los procedimientos penales en caso de imputados extranjeros, exigiendo tan sólo una «ratificación judicial», que deberá ser concedida salvo que concurran «circunstancias excepcionales».

Otra de las novedades introducidas con la reforma de septiembre 2003 es la posibilidad de suspender el proceso penal para ejecutar la expulsión no sólo en caso de imputados por delitos castigados con penas de prisión de hasta 6 años, sino también con penas de distinta naturaleza y, asimismo, a los imputados en procedimientos por faltas. Se amplía así la posibilidad de expulsión a los extranjeros imputados por pequeñas infracciones penales.

En tercer lugar, ya he destacado la falta de claridad del precepto. En concreto, y a diferencia de su antecesor, no se señala claramente la necesidad de que se haya tramitado un expediente administrativo de expulsión por alguna de las infracciones que prevé la Ley, antes que el Juez autorice la expulsión. Esto debe ser así necesariamente. Es decir, el encontrarse inculpado en un proceso penal no es la causa del procedimiento de expulsión, ya que esto supondría una manifiesta vulneración de la presunción de inocencia. Es necesario que se haya tramitado un expediente de expulsión por una de las infracciones que prevé ese mismo artículo 57.

Las novedades introducidas se han justificado con el argumento de evitar que los extranjeros a quienes se esté tramitando un expediente de expulsión cometan un delito menor para quedar a disposición judicial y evitar así ser expulsados. Dejando de lado el hecho de que el gobierno no ha presentado ninguna investigación que verifique la habitualidad de esta práctica, la respuesta no parece ser la más acertada desde un punto de vista criminológico, ya que puede generar un mensaje de impunidad respecto de los delitos castigados con penas inferiores a seis años de prisión.

Y, desde luego, es una incongruencia desde el punto de vista procesal. En caso que el Juez autorice la expulsión, se archivarán provisionalmente las actuaciones penales, por imposibilidad de continuar el proceso en ausencia del imputado. Se trata de un supuesto de interrupción del proceso penal que no está previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que, pese a los esfuerzos de ingeniería interpretativa realizados por la doctrina y por la Fiscalía General del Estado, es imposible de armonizar con el resto de nuestro sistema jurídico.[46]

En efecto, este supuesto de expulsión plantea especiales problemáticas debido a que constituye una contradicción con el res-

---

46. Algunos autores lo intentan incluir en el supuesto del art. 784.8.h), en una interpretación *más que forzada (entre ellos, Roma Valdés 1999:849-868)*; en cambio, la Fiscalía General del Estado entiende que acordada por el Juez la autorización de expulsión antes de la apertura del juicio oral, se sobresee provisionalmente el procedimiento al amparo del art. 641.2 LECrim, al no existir «motivos suficientes para acusar» por no estar el extranjero a disposición de los Tribunales españo-

to del ordenamiento jurídico español, contradice principios básicos del ordenamiento jurídico, como son el de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora de la administración y el principio de legalidad e indisponibilidad de la acción penal.

En concreto, tal expulsión implica una renuncia del *ius puniendi* para dar paso a la ejecución de una resolución administrativa, infringiendo gravemente el principio de preeminencia de la actividad jurisdiccional frente a la actividad administrativa sancionadora. Además, significa la introducción de criterios de oportunidad en el proceso penal, que son extraños a nuestro ordenamiento jurídico (Palomo del Arco 2000: 139-207).

Como he señalado, la justificación que se ha dado de este artículo es impedir que los extranjeros irregulares eviten la expulsión mediante la comisión de un delito menor, que provoca el inicio de un proceso penal y la suspensión de la vía administrativa. Pero esta previsión constituye un sinsentido. No puede admitirse que la política de control de la inmigración adquiera primacía frente al derecho penal con el argumento de evitar que los inmigrantes puedan escapar del control gubernativo al quedar sometidos a la autoridad judicial. No es jurídicamente admisible la renuncia al poder punitivo para ejecutar una orden administrativa de expulsión, ya que ello supone una invasión de criterios de control de la inmigración que resulta de dudosa constitucionalidad (Asúa, 2001*a*: 33).

La expulsión sustitutiva de la pena de prisión (art. 89 Código Penal)

En cuanto a las previsiones sobre el tema contenidas en el Código Penal, las mismas se encuentran en el artículo 89, que supuso una novedad del llamado «Código Penal de la Democracia» de 1995. También este artículo 89 se ha visto modificado recientemente por la ya mencionada L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, en el mismo sentido de eliminar la discrecionalidad judicial, con la finalidad que la expulsión se convierta en la regla general.

---

les; mientras que una vez decretada la apertura del juicio oral, se aplica por analogía la solución del art.791.4 en relación con el 841 y, por tanto, hay que decretar la «suspensión del juicio oral con el archivo de los autos». Una solución alternativa aportada por la propia Memoria de la Fiscalía General consistiría en un auto atípico de archivo provisional de las actuaciones, fundamentado en la Ley de Extranjería (Palomo del Arco 2000: 139-207).

El artículo 89 instituye dos posibilidades de expulsión.[47]

En primer lugar, se establece que «las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España».

Esta posibilidad de expulsión la encontrábamos ya prevista en la L.O. 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (art. 21.2, párrafo segundo), y sobre su constitucionalidad se pronunció favorablemente el Tribunal Constitucional en STC 242/1994. Con posterioridad encontramos la previsión tanto en el Anteproyecto de Código Penal de 1992 (art. 88) como en el de 1994 (art. 89), hasta que finalmente se plasma en el art. 89 del actual Código Penal. Pero como se ha dicho, su redacción se ha visto modificada por L.O. 11/2003.

La modificación ha consistido fundamentalmente en limitar todo lo posible la discrecionalidad judicial en la sustitución de la pena de prisión por la expulsión. Así, donde el precepto originario decía que las penas «podrán ser sustituidas», ahora se dice que las penas «serán sustituidas».

La modificación efectuada también se encarga de dejar claro que cuando los condenados sean extranjeros no residentes legalmente no se aplicará en ningún caso el régimen general de suspensión y sustitución de penas (art. 80, 87 y 88).

A continuación el mismo precepto prevé la segunda modalidad de expulsión sustitutiva: «Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España».

Como en el caso anterior, también aquí se ha limitado la discrecionalidad de los jueces y tribunales al cambiar la expresión de «podrán acordar» por «acordarán». Además, el precepto atribuye a los jueces sentenciadores la competencia de decretar

47. También se prevé la expulsión en el art. 108 CP, como sustitutiva de medidas de seguridad privativas de libertad. La redacción de este precepto es paralela a la del art. 89.

la expulsión, desconociendo la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que es a quien corresponde ejercer la potestad jurisdiccional durante la ejecución de la pena privativa de libertad.

En cambio, un aspecto positivo de la reforma es el hecho de haber precisado que este segundo caso de sustitución sólo afecta a los extranjeros «no residentes legalmente». La fórmula del precepto originario era ambigua y había generado encontradas interpretaciones doctrinales.[48]

Si en el primer supuesto del art. 89 se trata de una «expulsión sustitutiva» de la pena de prisión, en este caso se trataría de una modalidad de «sustitución parcial» de la pena de prisión. Como rasgos comunes hay que señalar que tanto ésta como la anterior expulsión sustitutiva no se aplican cuando se trate de personas condenadas por delitos relativos al tráfico ilegal de personas (art. 89.4). Y en ambos casos la expulsión comporta la prohibición de entrada en el territorio español por un periodo de diez años[49] (art. 89.3).

En este segundo supuesto el Código Penal vino a dar cobertura a una práctica que se realizaba mediante una interpretación extensiva del mencionado art. 21.2, párrafo segundo de la L.O. 7/1985, que permitía la expulsión como medida sustitutiva de toda la pena (Roma Valdés 1999).

Varios autores han señalado que esta «sustitución parcial» por la expulsión constituye un trato discriminatorio, ya que cumplidas las tres cuartas partes de la condena lo que procede es la libertad condicional (Muñoz Conde y García Arán 2000: 648-649; Mir Puig 1996: 719-720).

Esta previsión provoca que los extranjeros irregulares sean sancionados en primer lugar mediante pena privativa de libertad de larga duración por el delito que cometieron y, en segundo lugar, con la expulsión del territorio nacional una vez acceden al tercer grado o han cumplido las tres cuartas partes de la condena. Esta duplicidad de sanciones frente a un mismo hecho —la comisión de un delito— infringe el principio *non bis in idem*, ya que no cabe duda que la expulsión es una medida de carácter sancionador y restrictiva de derechos, según ha declarado la STC

---

48. Una buena parte de la doctrina había interpretado la norma en sentido literal y entendía que la expulsión era aplicable tanto a los extranjeros irregulares como a los que disponían de permiso de residencia (Asúa 2001*a*:87; Palomo del Arco 2000: 139-207). Esa postura no era acorde con una interpretación sistemática de la Ley ni con el principio garantista *in dubio pro reo*. En el sentido de limitar la expulsión a los extranjeros no residentes legalmente, Manzanares Samaniego 1997: 1.289.

49. Este plazo también se ha visto afectado por la reforma, ya que el precepto originario establecía un plazo de 3 a 10 años, atendiendo la duración de la pena impuesta.

115/1987. Ello se agrava con la prohibición de regresar a España por un plazo de 10 años, que se aplica a ambos supuestos de sustitución. Si esta pena de «destierro» puede considerarse como el sustituto de la pena de prisión inferior a seis años, cuando se aplica una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena vulnera la prohibición de doble castigo, además de infringir gravemente el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, hay que señalar que ambas modalidades de expulsión sustitutiva previstas en el Código Penal no tienen en cuenta las posibilidades de reinserción social del penado, prueba de lo cuál es que se adoptan al margen de la voluntad del afectado, aunque el mismo desease permanecer en España. Es decir, se hace prevalecer la situación administrativa de irregularidad sobre el mandato constitucional de orientación de las penas hacia la reinserción, y se decreta la expulsión pese a que desde una perspectiva resocializadora fuese aconsejable la permanencia del extranjero en España (por ejemplo, por tener mayor arraigo que en su país de origen o por residir su familia en España).

Además, el supuesto de sustitución parcial hace absolutamente ilusoria una ejecución de la pena privativa de libertad orientada a la reinserción social, en el caso de los extranjeros no residentes legalmente. Si la persona va a ser expulsada, difícilmente se le podrá aplicar un tratamiento penitenciario dirigido a la reinserción social (¿a qué sociedad?), ni se le van a conceder permisos de salida, de manera que devendrá imposible que la pena cumpla su función constitucional. En estas condiciones, la pena privativa de libertad sólo podrá tener funciones preventivo-generales y retributivas (Rodríguez Candela 1998: 59-60).

Al preguntarse acerca de la finalidad de estas expulsiones sustitutivas, la doctrina coincide en señalar que se pretende desmasificar las cárceles, entre otros objetivos (por todos, Manzanares 1997: 1.288-1.293; Muñoz Conde y García Arán 2000: 648-649; Mapelli y Terradillos 1996: 109; Serrano Pascual 1999: 384-389). En este sentido, Mapelli y Terradillos sostienen que «estamos ante una medida que complementa otras normas orientadas a seleccionar la "calidad" de los extranjeros y de paso ayuda a paliar el grave problema de congestión que sufren nuestros establecimientos penitenciarios. La constitucionalidad de esta disposición es, por tanto, dudosa, casa mal con la declaración constitucional de reconocimiento a los extranjeros de las libertades públicas (art. 13), entre las que se encuentra el derecho a la igualdad» (1996: 109).

Otra de las críticas dirigidas a la expulsión sustitutiva ha señalado que la misma es desaconsejable por motivos de pre-

vención general. En este sentido Asúa señala que «quien sabe que con la comisión de un delito no tiene nada que perder, porque la expulsión le espera en todo caso, no tendrá motivo para abstenerse de delinquir, con lo cual no se combate esa "delincuencia inducida". Por otro lado, se erosiona gravemente la finalidad de prevención general, como se viene denunciando insistentemente» (2001*a*: 55; 2001*b*: 1.030). Asimismo se ha sostenido repetidamente que la expulsión sustitutiva constituiría un beneficio, un «trato de favor» a los extranjeros irregulares frente a los nacionales y frente a los extranjeros residentes legales.

Personalmente me parece que esta crítica a la expulsión sustitutiva puede ser matizada. Por una parte, considero que en determinados casos la expulsión puede cumplir con el objetivo de prevención general en mayor medida que la amenaza de una pena privativa de libertad. Y por otra —vinculada a la anterior— no creo que la expulsión constituya siempre un trato de favor, por el contrario, en algunos casos puede llegar a ser más gravosa que la pena de prisión a la que sustituya. El problema es que la expulsión como sanción sustitutiva puede tener efectos muy desiguales dependiendo de la concreta persona a quien se le aplique y de la pena de prisión que sea sustituida; es decir, como ya se ha señalado, puede constituir una pena muy beneficiosa o una consecuencia más aflictiva que la pena de prisión sustituida (Asúa 2001*a*: 48; 2001*b*: 1.026). Ejemplo claro del primer caso lo constituiría la persona que viaja a España con el objetivo de introducir drogas y sin intención de quedarse a residir, en este caso la expulsión sustitutiva conduciría a la impunidad por el delito cometido. Ejemplo del segundo caso sería el de una persona que emigra a España en busca de trabajo y es acusada de un delito menor, por el que ni siquiera entraría en prisión, caso en el que la expulsión puede ser mucho más aflictiva que la condena a prisión.

Esta ambivalencia de la expulsión en cuanto a sus efectos, impediría una aplicación indiscriminada de la misma, como reconoció el Tribunal Constitucional en Auto n.º 106/1997. Adela Asúa ha señalado que en este Auto el propio TC reconoció la tacha de potencial inconstitucionalidad del art. 89, que sólo podría salvarse mediante una aplicación restringida de tal precepto, que situase en un segundo plano las exigencias de control de la inmigración, respetando los principios elementales del derecho penal (2001*a*: 48-53; 2001*b*: 1.029). Sin embargo, tras la reforma del Código Penal efectuada en septiembre de 2003, será más difícil salvar la posible inconstitucionalidad de tal precepto

mediante una aplicación restringida, ya que el legislador ha pretendido transformar la expulsión en la regla general.[50]

La consolidación de la expulsión como instrumento de política criminal

Al igual que sucede con el art. 57.7 de la Ley de Extranjería, también con el art. 89 CP se da entrada a la política de extranjería en el ámbito del derecho penal, lo cual fue defendido con el mismo argumento de evitar el «fraude de ley», esto es, que el inmigrante irregular cometa un delito para evitar la ejecución de una orden de expulsión. La diferencia es que en este caso no se renuncia a la persecución penal sino que se juzga y condena al extranjero y posteriormente se sustituye la pena privativa de libertad por la expulsión.

Asúa sostiene que en todas estas previsiones se observa claramente el afán por dotar de primacía a la política de extranjería sobre la política criminal (2001*a*: 67). Es decir, en el ámbito del control de los flujos migratorios encontramos una intersección del derecho administrativo sancionador y del derecho penal, que conduce a la introducción de consideraciones extrapenales dentro de la ley penal. El derecho penal se está instrumentalizando con la finalidad de combatir la inmigración ilegal; está quedando supeditado a las políticas migratorias, sin reparar en la vulneración de todos los principios jurídicos que, en un Estado de Derecho, deben ser respetados en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

En este afán por combatir la inmigración irregular, cada vez son más las excepciones a los viejos principios del derecho penal liberal: principio de igualdad, principio de proporcionalidad, principio de legalidad, principio de indisponibilidad de la acción penal (en oposición a criterios de oportunidad), principio de preeminencia del orden jurisdiccional penal sobre el derecho administrativo sancionador, *ne bis in idem*, etc.

---

50. Con anterioridad a la reforma del art. 89 CP efectuada por L.O. 11/2003, los jueces y tribunales, en uso de su discrecionalidad judicial, han mostrado reticencia a sustituir la pena de prisión por la expulsión, sobre todo en casos de tráfico de drogas, de manera que este artículo 89 no se ha aplicado de forma generalizada. Como se ha dicho, la aludida reforma pretende convertir la expulsión en la regla general y, para tal fin, ha restringido a mínimos la discrecionalidad judicial. Al mismo tiempo, la Fiscalía General del Estado ha dado directrices a los fiscales para que soliciten siempre la expulsión. Los conflictos no se han hecho esperar. El día 8 de enero de 2004 la prensa difunde dos autos de la Audiencia Provincial de Madrid en los que se deniega la sustitución de la pena de prisión por la expulsión, solicitada por la Fiscalía, en el caso de condenas por narcotráfico de notoria importancia. En los Autos, la Audiencia aprovecha para hacer una crítica de fondo a la reforma, así como a la postura de la Fiscalía (*El País* 8-1-2004).

En el caso de los extranjeros, todos estos principios garantistas pierden vigencia. Es decir, se está configurando un derecho penal y una política criminal diferenciada para los extranjeros, rodeada de menores garantías.

Estas excepciones a los principios constitucionales se han agravado tras las reformas de la Ley de Extranjería y del Código Penal operadas por L.O. 11/2003, que pretenden conferir automatismo a la sustitución de la responsabilidad penal por la expulsión mediante la limitación de la discrecionalidad judicial. Esperemos que los jueces sean conscientes del despropósito de esta reforma y no admitan la restricción de su independencia. Es más, como hemos recomendado en otro lugar,[51] los jueces, en su condición de garantes de los derechos fundamentales de todas las personas —incluidos los extranjeros—, deberían mostrar una mayor implicación en el ejercicio de sus competencias respecto a un tema tan sensible como es el ejercicio de la potestad punitiva frente a los extranjeros. El actual diseño político-criminal relativo a la inmigración y la extranjería y los estereotipos que se construyan pueden ser determinantes en cuanto a la futura construcción de la ciudadanía y a la integración de minorías étnicas.[52]

Ante la constatación de la configuración de la expulsión como sanción específica de esta política criminal diferenciada destinada a los extranjeros, hay que preguntarse si la misma es legítima. Creemos que no. La nacionalidad no puede ser un criterio que legitime la ruptura del principio de igualdad que implica el diseño de esta política criminal diferenciada. El derecho penal se basa en el principio de territorialidad (art. 8.1 Código Civil; art. 23 LOPJ), y no en el criterio de la nacionalidad del infractor, lo que significa que las leyes penales españolas se aplican por igual a españoles y extranjeros que se hallen en territorio español. Por otro lado, la nacionalidad no constituye un fundamento razonable que permita excepcionar el principio de igualdad y aplicar una consecuencia penal diferente a españoles y extranjeros ante la comisión de unos mismos hechos delictivos; es decir, como ha sostenido García

---

51. Ver las recomendaciones del *Primer Informe sobre los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Catalunya*, del Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona (Silveira, Monclús y Fernández, 2003).

52. Wacquant ya ha alertado del peligro que el actual proceso de criminalización de los extranjeros en Europa desemboque en la construcción de una *underclass* similar a la de la población negra en los Estados Unidos (2000: 106 y ss.).

Arán,[53] el criterio de la nacionalidad del infractor de la ley penal es constitucionalmente inadmisible como fundamento de un tratamiento penal desigual.

Finalmente podemos preguntarnos qué tipo de racionalidad hay detrás de esta política criminal diferenciada para los extranjeros.

La reforma de la Ley de Extranjería y del Código Penal realizada por L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, nos puede dar alguna pista al respecto. Como he señalado, dicha reforma elimina la discrecionalidad judicial en la sustitución del proceso o de la pena por la expulsión. Ahora el juez deberá decretar o autorizar la expulsión, salvo que existan motivos excepcionales. Creo que el objetivo de esta modificación es realizar una racionalización de la política de expulsiones e intentar evitar el derroche de recursos. La intersección entre el derecho penal y el derecho de extranjería tal como estaba regulada era claramente antieconómica. Se habían establecido una multiplicidad de momentos en los que se podía llevar a cabo la expulsión, pero siempre se trataba de una posibilidad que dependía de la discrecionalidad judicial. Y, como ya se ha apuntado, los jueces habían mostrado mucha reticencia en sustituir el proceso o la pena por la expulsión.

Podía entonces suceder que el juez de instrucción no autorizase la expulsión del imputado y, tras la realización del juicio, el juez o tribunal sentenciador sustituyese la pena de prisión inferior a 6 años por la expulsión. En este caso, se habrían derrochado recursos al realizar el juicio penal. Pero el derroche sería mucho mayor si el órgano sentenciador no sustituyese la pena de prisión por la expulsión y ésta fuese llevada a cabo por la autoridad gubernamental tras el cumplimiento de la condena (en base al art. 57.2, antecedentes penales como causa de expulsión).

Estos ejemplos me sirven para tratar de desentrañar las racionalidades que están detrás de esta política criminal diferenciada para extranjeros y que gira en torno a la expulsión del territorio español. Creo que la misma conjuga una racionalidad neoliberal con una racionalidad conservadora. La racionalidad neoliberal se manifiesta en la reducción de costes económicos que supone la sustitución de la pena de prisión por la expulsión (y todavía se reducen más los costes si se logra la paralización del proceso penal para ejecutar una expulsión administrativa). La expulsión es una pena con una clara finalidad preventivo-especial negativa o incapacitadora

53. *Motivos de inconstitucionalidad en la regulación de las infracciones y sanciones realizada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (inédito).

—la persona a quien se expulsa queda incapacitada para cometer delitos en España— que, además, tiene unos costes económicos muy reducidos. Pero además se aplica como una técnica actuarial de reducción de riesgos (De Giorgi 2004), ya que la expulsión se aplica a toda la categoría de los inmigrantes en situación de residencia irregular, que se considera un grupo de riesgo.

Por otro lado, la racionalidad conservadora se vislumbra en una actitud moralista y xenófoba frente a los extranjeros. Se considera casi una ofensa nacional que estos recién llegados se permitan el lujo de cometer delitos. A los extranjeros se les exige que no cometan delitos si quieren residir en España, se le exige un *plus* de obediencia respecto a los nacionales, un respeto escrupuloso a la legalidad.

Esta conjunción de la racionalidad neoliberal y la conservadora es común en las prácticas y las políticas penales actuales. El tema ha sido abordado por O'Malley, quien señala que en ocasiones ambas racionalidades se han englobado bajo el calificativo de criminología neoliberal, pero que en realidad se trata de la Nueva Derecha. En palabras del propio autor, «la Nueva Derecha está integrada por dos tendencias de pensamiento distintas y que de algún modo compiten entre sí: una neoconservadora *social autoritaria* y una neoliberal de *libre mercado*. La alianza resultante, aunque usualmente referida como neoliberal en la criminología actual, es en la práctica mucho menos coherente que una racionalidad política singular» (O'Malley 2004).

Creo que esta interesante contribución nos da pistas para analizar las políticas criminales en nuestro país y, en particular, en el tema que aquí nos ha ocupado, nos permite identificar la política criminal diferenciada para los extranjeros como un ejemplo más del desembarco de la Nueva Derecha en las políticas penales del Estado español.

5) La Política penal/penitenciaria en relación con la mujer: un enfoque de género[54] (*Elisabet Almeda*)

La situación actual de las cárceles de mujeres en España debe enmarcarse en el contexto más general del conjunto de las cárceles del país. Sin embargo, estos establecimientos presentan tam-

54. Este artículo resume una pequeña parte de la investigación sobre las cárceles de mujeres, realizada por la autora en el marco de su tesis doctoral «Passat i present de les presons de dones. Un estudi de cas al centre penitenciari de Brians» defendida en diciembre de 1999 en la Universidad Autónoma de Barcelona y, ac-

bién una serie de características específicas que hay que destacar especialmente, ya que implican diferencias importantes en cuanto a las condiciones de cumplimiento de la pena de prisión entre hombres y mujeres. Estas particularidades de las cárceles femeninas suponen situaciones muy discriminatorias hacia las mujeres y, en definitiva, comportan, una pena privativa de libertad mucho más dura en comparación a la que cumplen los hombres.

Existen algunos estudios sobre la situación de las cárceles de mujeres en España que ya apuntan algunas ideas y reflexiones sobre las especificidades de estas instituciones. Sin embargo, se trata de un número muy reducido de trabajos, la mayoría de los cuales datan de principios de los noventa.[55] Ciertamente, la escasa bibliografía que existe en el Estado español contrasta con la de la mayoría de países europeos y Estados Unidos donde los estudios teóricos y empíricos sobre las cárceles de mujeres son

---

tualmente, en fase de publicación. Aparte de un análisis histórico y teórico de las cárceles de mujeres, también se efectuó a lo largo de la investigación y tal como indica el título, un trabajo de campo en la prisión de mujeres de Brians donde se realizaron entrevistas con detenimiento, por un lado, a un conjunto de internas que están cumpliendo condena y, por otro, al equipo directivo del centro penitenciario y a casi todo el conjunto de profesionales que integran los diferentes equipos de personal de la prisión de mujeres del centro. Simultáneamente y para complementar el material obtenido en las entrevistas anteriores, también se realizaron entrevistas, por un lado, a expertos en el ámbito penitenciario y a personas vinculadas directa o indirectamente con el centro de Brians y, por otro lado, a miembros de asociaciones no gubernamentales que trabajan igualmente en aspectos relacionados con el campo penal y penitenciario. Se debe tener en cuenta que era la primera vez que una investigadora entraba en Brians, concretamente, en la prisión de mujeres, para elaborar un trabajo de campo de larga duración. Así que, con una gran satisfacción, pero con un cierto temor y recelo al principio, a causa de las grandes dificultades que generalmente se tienen a la hora de efectuar cualquier trabajo en el interior de una prisión catalana, se utilizaron todos los recursos y habilidades a mi alcance para poder desarrollar un rigurosos, largo y denso estudio de caso. Se puede ejemplificar brevemente diciendo que el estudio de caso supuso, además de un análisis exhaustivo de datos y documentos del mismo centro, el hecho de entrevistar una muestra de 37 mujeres encarceladas y un total de 34 profesionales del centro de Brians, 26 de los cuales trabajaban solamente en la prisión de mujeres del centro.

55. Entre estos estudios cabe destacar los siguientes: Equipo Barañi (2991); Pi-Sunyer y Vendrell (1988); Garcia Mas *et al.* (1987, 1989); Miranda (1997); Errico (1996); Miranda y Guerra (1995); Balmaseda y Carrera (1995); Sepulveda (1995); Fernández *et al.* (1995); Bona (1994); Herrera (1993); Emakume Eta Justizia, (1994) y Giménez-Salinas y Rifà (1992). Cabe mencionar también los trabajos de Canteras Murillo (1990) y Teresa Miralles (1983) aunque más que tratar el tema de las cárceles de mujeres hacen referencia básicamente a la delincuencia femenina. Pero son dos obras importantes que deben consultarse, la de Canteras se basa en una extensa e interesante investigación empírica sobre las mujeres delincuentes en España durante los años ochenta y la de Miralles es fundamental, porque esta autora es la primera criminologa española que ha analizado, a principios de los ochenta, la delincuencia femenina desde un punto de vista feminista incorporando el concepto de género.

muy numerosos. Los primeros trabajos datan de la mitad de los años sesenta y principios de los setenta y fueron elaborados por mujeres criminólogas y sociólogas de los Estados Unidos y del Reino Unido.[56] De hecho, se puede afirmar que es a partir de este periodo cuando se escribe y se discute más sobre las prisiones femeninas, un ámbito muy olvidado históricamente por la disciplina criminológica y sociológica.

Desde los años ochenta, la situación ha cambiado mucho, ya que desde entonces ha habido una gran proliferación de los estudios sobre las prisiones femeninas. Este mayor interés sobre el tema no se ha producido únicamente en los países anglosajones, aunque las autoras de estos países continúan siendo las más prolíficas, sino también en otros países más cercanos al entorno sociocultural español, como por ejemplo Francia o Italia[57] o algunos países latinoamericanos.[58] Ahora bien, no será hasta principios de los noventa que todas estas investigaciones tendrán una resonancia importante en la disciplina criminológica y en la sociología jurídica. Es importante destacar que la mayoría de estos trabajos se sitúan en el marco de la criminología crítica, concretamente en lo que la autora ha denominado como «criminología del género» o «criminología feminista. Se ha denominado de esta manera porque en el momento de analizar las particularidades de las cárceles de mujeres, estos estudios incorporan muchos de los escritos feministas sobre el papel de la mujer en la sociedad y, en este sentido, tiene muy en cuenta las teorías de la desigualdad entre géneros. Aunque se trata de una corriente de pensamiento

---

56. En los Estados Unidos, hay que señalar los estudios de Ward y Kassebaum (1966) y de Giallombardo (1966,74) y en el Reino Unido los de Smith (1962); Gibson (1973), Crites (1976) y Smart (1976).

57. En el Reino Unido, podemos mencionar, sobre todo, los excelentes libros de Carlen, una de las autoras más prolíficas en este ámbito: Carlen (1985); Carlen y Worrall (eds.) (1987); Carlen (1998). Asimismo, debe hacerse referencia a Dahl y Snare (1978); Heidensohn (1985); Dobash, Dobash y Gutteridge (1986); Genders and Player (1987); Morris (1987), entre otros. En Francia se puede citar a Cario (1990), que es el autor francés que más ha escrito sobre las prisiones de mujeres y, en el caso de Italia, puede destacarse el libro de Campelli *et al.* (1992). Para finalizar, comentar el trabajo de Bertrand et al. (1998), el único estudio comparativo entre las cárceles de mujeres de diferentes países occidentales, concretamente, Estados Unidos, Reino Unido y los países del Norte de Europa.

58. Cabe destacar, entre otros, el interesante libro coordinado por Rosa del Olmo (1998) en el que a parte de estudios teóricos sobre la criminalidad femenina también se aportan diversos trabajos sobre la situación de las mujeres en el sistema penal y penitenciario de varios países andinos y un conjunto de propuestas de mejora de la situación. Asimismo, hay que hacer referencia obligada a los estudios de la criminóloga mexicana Elena Azaola: Azaola (1996) y Azahola y Yacamán (1996) que aportan mucha información y análisis sobre la criminalidad femenina y las cárceles de mujeres en la república mexicana.

todavía en desarrollo, muchos de los resultados y reflexiones obtenidos proporcionan algunas líneas teóricas que permiten analizar mejor las ideas y los discursos que legitiman el funcionamiento y la organización actual de las instituciones de reclusión femeninas en la mayoría de países occidentales. En definitiva, permiten estudiar el enfoque que tiene la política penitenciaria acerca de las mujeres encarceladas.

Además, se trata de la primera perspectiva criminológica y sociológica que cuestiona directamente las explicaciones sexistas de la delincuencia femenina, tanto las de los primeros positivistas —Lombroso y Ferrero (1895)— como las de los funcionalistas —Thomas (1967) o Pollack (1961)— que, en realidad, son las pocas, por no decir las únicas, referencias sobre este tema existentes en la literatura criminológica o sociológica.

A partir de sólidos estudios empíricos, esta nueva corriente de pensamiento analiza las características y particularidades de las prisiones femeninas desde una perspectiva de género. Entre otras cuestiones, los estudios de las criminólogas/sociólogas feministas permiten hacer «visibles» las problemáticas de las cárceles femeninas y demostrar, a grandes rasgos, que la política penitenciaria que se está aplicando en estas instituciones es marcadamente sexista y discriminatoria hacia las mujeres. El enfoque del tratamiento penitenciario de los centros de reclusión femeninos todavía se basa en ideas estereotipadas sobre la mujer delincuente, heredadas de las tesis lombrosianas del siglo diecinueve. Por todo ello, una de las conclusiones de las criminólogas del género es que la pena privativa de libertad es mucho más severa para las mujeres encarceladas en comparación con los hombres.

Pues bien, toda la exposición de este breve artículo está amarada de las ideas principales de las criminólogas/sociólogas del género, ya que para la autora, esta perspectiva es la única que permite analizar con detenimiento la situación actual de las cárceles de mujeres en España y, en general, en los países occidentales.

El objetivo general del artículo es exponer brevemente algunas de las particularidades principales de las cárceles de mujeres: las diferentes formas de encarcelamiento de las mujeres y sus consecuencias, la diversidad de las problemáticas y situaciones que se viven en los centros de reclusión femeninos, el tratamiento penitenciario que se aplica y la disciplina que se imparte. Una de las particularidades de las cárceles femeninas es el tema de la maternidad. Pero en esta exposición no se hará referencia explícita a este ámbito, porque ciertamente merece por sí sólo un estudio a parte y ello sobrepasa el objetivo de este artículo.

Los diversos encarcelamientos de las mujeres y sus consecuencias

A diferencia de los hombres encarcelados, distribuidos en centros penitenciarios masculinos específicamente pensados y diseñados para recluirlos, las mujeres presas se distribuyen en tres tipos de dependencias penitenciarias muy diversas entre ellas que deben distinguirse desde un principio: pequeños módulos, unidades o departamentos situados en el interior de cárceles de hombres, pequeñas cárceles de mujeres dentro de grandes complejos penitenciarios de hombres —los denominadas «macrocárceles»— o centros penitenciarios exclusivamente femeninos.

En todo el territorio español existen, aproximadamente, unos 75 módulos de mujeres y cada uno de ellos alberga entre 15 y 40 mujeres, aunque en algunos casos pueden llegar a las 70.[59] En cambio, sólo existen cuatro establecimientos exclusivos para mujeres —de los más de 80 que hay en el caso de los hombres— con capacidad de alojar entre 200 y 300 mujeres: Alcalá de Guadaira (Sevilla), Brieva (Ávila), Madrid I mujeres, Wad Ras (Barcelona). El tercer tipo de dependencia penitenciara para mujeres, las pequeñas cárceles femeninas dentro de las macrocárceles de hombres tienen una capacidad similar a las anteriores y han aumentado mucho en los últimos años debido al crecimiento de estos grandes complejos penitenciarios que pueden recluir a más de 1.500 personas presas, pero hoy por hoy este tipo de cárceles todavía representa la minoría de centros donde se ubica a las mujeres reclusas. Una muestra de este tipo de cárcel femenina es precisamente la cárcel de mujeres de Brians, objeto de estudio en el trabajo de campo realizado por la autora. Actualmente, el centro de Brians aloja alrededor de las 1.600 personas presas de la cuales 240 son mujeres y el resto hombres. Otras macrocárceles que tienen cárceles de mujeres similares a Brians son la de Topas o la de Soto del Real (Madrid V).

A parte de estas tres categorías principales de cárceles femeninas también existen, como se comentará a lo largo de este apartado, las «Unidades dependientes para madres con hijos/as». Sin embargo, estos centros están ubicados fuera del recinto peniten-

59. Este es el caso de los Departamentos de mujeres de las cárceles de Valladolid, Alcalá II, Martutene, Torrero (Zaragoza), Badajoz, Alicante, Castellón, Palma de Mallorca, Gran Canarias, Pamplona, Málaga, Cuenca, Ibiza, La Coruña, León, Murcia, Almería, Santander, Nanclares de la Oca (País Vasco) o Cáceres I, entre otros. En el caso de Cataluña, los departamentos de mujeres se encuentran en los centros penitenciarios de hombres de Tarragona, Ponent (Lérida) y Gerona.

ciario y solamente acogen a un grupo muy reducido de internas, entre 10 y 15, por lo que su cobertura es todavía muy pequeña. A otro nivel se pueden destacar también los denominados «programas de módulos mixtos de hombres y mujeres», aunque también son muy minoritarios y, en realidad, sólo funcionan en dos cárceles del país, la de Valencia y la de Navalcarnero. En estos programas, los hombres y las mujeres presas tienen muchos momentos de convivencia en común, ya que realizan conjuntamente las clases lectivas, los talleres, las actividades culturales y deportivas y también todas las comidas. Pero, desafortunadamente, estos programas son muy poco conocidos y no hay mucha información sobre su funcionamiento y organización.

La Ley penitenciaria de 1979 es partidaria de los establecimientos penitenciarios exclusivos para mujeres y, subsidiariamente, de las unidades o departamentos separados en el interior de las cárceles de hombres. Sin embargo, tal como se acaba de constatar, la realidad es bien diferente, ya que la mayoría de mujeres son encarceladas en las unidades o departamentos dentro de las cárceles de hombres. Los establecimientos sólo de mujeres únicamente se encuentran en algunas ciudades del país, como Madrid o Barcelona. En el resto del territorio, pues, las mujeres son distribuidas, mayoritariamente, en departamentos o módulos dentro de cárceles masculinas. Pero sean del tipo que sean, en comparación a los centros penitenciarios de hombres, hay muy pocos centros para mujeres repartidos homogéneamente por todo el territorio español. Esta situación implica más penalidades para las mujeres, ya que, en muchas ocasiones, han de cumplir su pena de prisión en áreas lejanas de su entorno sociofamiliar. Ello perjudica, evidentemente, las posibilidades de visitas de sus familiares y amigos y, a la vez, puede agravar su desarraigo y desintegración familiar.

La ausencia de centros de reclusión apropiados para mujeres y la consecuente distribución de estos establecimientos en cárceles de hombres dispersas por todo el Estado es una circunstancia que también ocurre en la mayoría de países europeos y así lo han destacado muchas de las estudiosas de las cárceles de mujeres: Campelli *et al.* (1992), en el caso de Italia; Carlen y Worrall (eds.) (1987), en el caso de Escocia, Gales o Inglaterra; Heidensohn (1985) y Dobash *et al.* (1986), en el caso del Reino Unido en su conjunto o Cario (1990) en el caso de Francia.

Efectivamente, las condiciones de vida de las mujeres encarceladas, así como la política penitenciaria que se aplica son muy diferentes según el tipo de centro en el que las mujeres están recluidas. Ahora bien, según la gran mayoría de autoras que han

estudiado el tema, tanto en las cárceles españolas como en las de otros países europeos, los centros de mujeres ubicados en el interior de cárceles de hombres, ya sean *módulos/departamentos* con pocas plazas o centros más grandes —como el caso de la cárcel de mujeres de Brians— tienen muchos más inconvenientes y problemas que los centros penitenciarios donde únicamente se aloja a mujeres. Las razones principales por las cuales estos centros de mujeres tienen estas desventajas son diversas.

En primer lugar, porque los departamentos de mujeres están situados en centros inicialmente concebidos para recluir solamente a población reclusa masculina. Por el gran incremento que ha experimentado la población reclusa femenina en los últimos años —tal como se ha comentado anteriormente— estos centros de reclusión masculinos se han visto obligados a habilitar partes del edificio penitenciario para incluir también a mujeres presas. Pero estos recintos son, en realidad, como una especie de añadidos de las cárceles de hombres, verrugas de estos grandes centros masculinos, como acertadamente comentaban los funcionarios de Brians cuando calificaban la ubicación de la cárcel de mujeres de este centro catalán.[60] También Herrera (1993) es de la misma opinión:

> Las cárceles de mujeres son en numerosos casos meros acomodos *de ocasión y segunda mano*, no diseñados especialmente por cubrir las necesidades de las reclusas [Herrera 1993: 345].

Estos «acomodos de ocasión» ocupan un espacio muy reducido de toda la estructura principal de la cárcel y, en consecuencia, tienen, generalmente, unas condiciones de habitabilidad muy peores que la de los espacios destinados a albergar a los hombres. Ciertamente, ello es muy grave, porque en estos recintos residen también, en muchas ocasiones, los hijos/as menores de las internas. Al ser las instalaciones muy precarias y deficientes se dispone de muchos menos espacios para realizar actividades o programas específicos de tratamiento. Esta última situación no ocurre tan frecuentemente en los establecimientos destinados únicamente a mujeres presas, ya que como que son sólo para ellas, cuentan con todo el espacio y la infraestructura disponible en el edificio.

---

60. Esta idea no sólo se ha podido constatar en el estudio de caso de Brians sino también en otras cárceles de mujeres españolas como la de Topas o la de Soto del Real a raíz del trabajo de investigación, todavía en curso, «Rastreando lo invisible: Mujeres inmigrantes en las cárceles» que la autora del libro está realizando conjuntamente con Natàlia Ribas, Encarna Bodelón, Lluís Flaquer y Alexandra Martínez.

Estos hechos han sido denunciados reiteradamente en los diversos informes del Defensor del Pueblo (1988, 1990, 1998).

En segundo lugar, los departamentos de mujeres dentro de cárceles de hombres o las pequeñas prisiones de mujeres en el interior de macrocárceles de hombres son gobernados indistintamente por un solo director que marca la política penitenciaria, tanto para la población reclusa masculina como para la femenina. Como la población masculina es la mayoritaria, la política que se lleva a cabo siempre acaba priorizando las necesidades de este colectivo por encima del femenino, mucho más minoritario. De esta manera, se destinan muchos menos recursos económicos, materiales y/o personales para las mujeres presas, lo cual comporta menos posibilidades de tratamiento, menos talleres productivos, menos actividades culturales y recreativas, menos posibilidades educativas, etc. A la vez, al ser centros segregados de una cárcel de hombres, las mujeres tienen acceso más restringido, si es que no están excluidas, a las instalaciones comunes de la cárcel (polideportivo, biblioteca, salas de acto, etc.). Cabe señalar que algunas cárceles de mujeres ubicadas en macrocárceles de hombres, como la de Brians o Topas tienen su dirección propia, aunque está muy supeditada a la dirección central de todo el complejo penitenciario y las iniciativas que se toman siempre dependen de lo que se decida desde el equipo que rige el conjunto de la prisión.

El hecho de que sean módulos/departamentos o pequeñas cárceles en el interior de cárceles de hombres podría ser aprovechado —o sería comprensible que así lo fuera— para promover actividades conjuntas entre ambos colectivos. De esta manera, se podría facilitar una mayor «normalización» de la vida penitenciaria. Pero, esta no es, de momento, la política penitenciaria actual, ya que en la mayoría de estas cárceles mixtas se realizan muy pocas actividades en común y cuando se ha intentado llevar a término programas o actuaciones en esta dirección no han sido bien recibidos por la mayoría de funcionarios, muy refractarios a incorporarlos por lo que puede suponer de más trabajo y conflictos.

En tercer lugar, porque estos centros de mujeres están ubicados en cárceles hechas y pensadas para alojar a hombres y por este motivo no se adaptan a las necesidades y especificidades que puedan tener las mujeres, particularmente si son madres o tienen a sus hijos/as con ellas en la cárcel. Así es que muchos de los departamentos de mujeres de España, pero también en otros países europeos, no tienen los espacios suficientes para tener guarderías para que las presas que son madres puedan recibir, si lo desean, a sus hijos/as en los días de visita. Tampoco tienen suficientes espacios para las quieran —y puedan— convivir con

ellos/as en la cárcel. De hecho existen algunos departamentos de mujeres que no admiten, ya de entrada, la posibilidad de alojar a los hijos/as de las presas. En el caso de los departamentos que sí albergan a madres presas con sus hijos, éstos no disponen, en muchos casos, de servicios de guardería o de unos servicios específicos para las mujeres y sus hijos/as. Por ello, los niños y niñas que viven en las cárceles se ven obligados a convivir bajo las mismas condiciones que sus madres y en el mismo espacio que el resto de las mujeres encarceladas (Emakume eta Justizia 1994; Carlen 1998). En cambio, en las cárceles exclusivas para mujeres casi siempre hay guarderías y departamentos específicos donde se instalan las madres con sus hijos/as.

Por otro lado, en España los departamentos de mujeres tienen menos posibilidades, en comparación a los hombres, de acceder al tercer grado en régimen abierto (Bona 1994; Miranda y Guerra 1995). Esta circunstancia, aún siendo mayor en el caso de estos centros ubicados en las cárceles de hombres, también afecta a las prisiones exclusivas para mujeres, puesto que en conjunto y proporcionalmente existen muchos menos departamentos de tercer grado para el conjunto de mujeres encarceladas. Evidentemente, esto es muy discriminatorio si se tiene en cuenta el tipo de delito que suelen cometer las mujeres presas —delitos contra la salud pública— y la menor «peligrosidad» que estos delitos suponen. Además, las mujeres presas son, en general, las responsables principales de la familia por lo que deberían tener las máximas facilidades para acceder al tercer grado penitenciario. A parte de que se esta vulnerando la Ley penitenciaria de 1979 que ordena, justamente, la obligatoriedad de que todos los centros penitenciarios cuenten con módulos diferenciados para alojar a los reclusos/as que están en la fase de cumplimiento de régimen abierto. Esta condición se cumple en la mayoría de establecimientos penitenciarios para hombres pero en el caso de las mujeres no se aplica y, por tanto, las mujeres presas que se encuentran en esta situación penitenciaria han de cumplir la última parte de su condena en las mismas condiciones que en el inicio de la misma.

Por todos estos motivos que se han expuesto, la gran mayoría de estudiosas del tema son más partidarias de las cárceles exclusivas para mujeres. Más aún, recomiendan alojar gradualmente al conjunto de las mujeres presas en los centros de reclusión sólo femeninos y cerrar paulatinamente los módulos/departamentos de mujeres existentes en las cárceles de hombres. Sin embargo, esta política todavía no se ha llevado a cabo ni en España ni en la mayoría de países europeos que continúan manteniendo estas unidades penitenciarias para mujeres en el interior de las cárce-

les de hombres. Como siempre, el argumento de la Administración penitenciaria se fundamenta en el reducido número de mujeres presas y en el elevado coste que supondría llevar a término una política de esta índole.

Una de las ideas principales de las criminólogas del género es que las cárceles han sido siempre diseñadas y pensadas para albergar a población reclusa masculina y por ello sostienen que, en general, las cárceles de mujeres son meras copias de las cárceles de hombres y no se adaptan a las problemáticas o necesidades que puedan tener las mujeres encarceladas:

> Las mujeres no encajan bien en el sistema penal. Todas las cárceles están claramente diseñadas para tratar con la delincuencia de jóvenes y hombres [Heidensohn 1985: 82];
>
> El sistema penal ha estado siempre orientado hacia los hombres y dominado por los hombres y esto ha tenido consecuencias significativas para las mujeres [Smith 1962: 56].

Heterogeneidad de la población reclusa femenina

Según prescribe la normativa penitenciaria española, previamente a la clasificación de los internos/as en función de su conducta, debe existir una separación de los mismos según su sexo, su edad, su condición de preventivos o penados, primarios o reincidentes, su estado de salud, su peligrosidad, etc. Concretamente respecto a la edad, la Ley penitenciaria de 1979 y el Reglamento de 1996 establece que los jóvenes entre dieciocho y veinte unos años, ya sean hombres o mujeres, se les ubicará en establecimientos penitenciarios específicos o en departamentos separados dentro de las cárceles de adultos. No obstante, en todo el territorio español este precepto únicamente se cumple en el caso de los hombres presos. En Cataluña, por ejemplo, existe la cárcel de la Trinidad para presos jóvenes entre 18 y 21 años y otras muchas cárceles, como la Modelo, para los adultos de más de 21 años. Por el contrario, no existe ningún centro penitenciario para mujeres jóvenes, con lo cual a partir de los 18 años, e incluso en algunos casos desde los 16, las jóvenes van directamente a las cárceles o departamentos de mujeres «adultas» con todo lo que ello implica. En los establecimientos femeninos, las mujeres conviven todas juntas, ya que tampoco en el interior de estos centros hay ningún tipo de clasificación por edad, y juntas convivirán en la misma cárcel hasta cumplir la totalidad de su pena de privación de libertad.

La ausencia de centros de reclusión para mujeres jóvenes fue, precisamente, uno de los aspectos más destacados en el primer informe del Defensor del Pueblo:

> Debe resaltarse, como se ha expuesto en nuestros informes parlamentarios, la inexistencia en la actual estructura penitenciaria de centro alguno destinado a internas jóvenes donde pudieran realizarse con plenitud las peculiaridades que su régimen y tratamiento penitenciario requieren, a diferencia de lo que ocurre para los hombres jóvenes, para los que sí existen centros específicos. Todo ello exige una reorganización de su tratamiento penitenciario, hasta ahora deficiente, para que pueda efectivamente cumplirse la finalidad constitucional de la pena y los efectos de la posible reinserción social [Defensor del Pueblo 1988: 72].

Tal como se muestra en la cita anterior, el Defensor del Pueblo acaba exigiendo un cambio total de esta situación aunque la realidad actual continua siendo la misma, trece años después de este informe.

Efectivamente, el criterio de no separación de las mujeres presas según la edad no solamente es contrario a la normativa española sino también a las directrices internacionales sobre el tratamiento penitenciario a menores. De todos modos, la falta de clasificación de las presas en función de su edad no sólo es una característica de las cárceles españolas sino que también se da en la mayoría de cárceles femeninas de los países occidentales (Bertrand *et al.* 1998).

En la mayoría de cárceles de mujeres de los países occidentales tampoco existe una correcta separación de las internas según sus circunstancias delictivas, su situación procesal y penal o su «supuesta peligrosidad». En el caso español, y tal como se ha comentado en el apartado anterior, muchos de los departamentos de mujeres tampoco tienen dependencias separadas para las madres encarceladas con sus hijos/as.

Así pues, en los centros de reclusión femeninos, sean del tipo que sean, existe una gran heterogeneidad y mezcla de situaciones y problemáticas. Conviven mujeres de edades distintas, con delitos de gravedad muy diferentes, las que son reincidentes con las primarias, las preventivas y las penadas, las consideradas «peligrosas», las clasificadas en los distintos grados, las madres con sus hijos/as. Todas ellas han de convivir y compartir, obligatoriamente, un mismo espacio penitenciario, con las disfunciones y problemáticas evidentes que ello comporta, tanto para el ámbito del régimen disciplinario como para el del tratamiento. Esta gran diversidad supone muchas dificultades para llevar a cabo

un tratamiento penitenciario adecuado para cada caso concreto, por lo que el supuesto tratamiento «individualizado y científico» que marca la Ley penitenciaria queda totalmente desvirtuado.

La diversidad de situaciones y problemáticas en las cárceles de mujeres es muy superior a la de las prisiones masculinas, ya que en estos centros casi siempre existe una clasificación de los presos en diferentes módulos según sus circunstancias delictivas o penales. No debe olvidarse, además, que en el caso de los hombres considerados «peligrosos» también existen las cárceles de alta seguridad o la clasificación especial de los Ficheros Internos de Especial Seguimiento-FIES. En el caso de las mujeres, en cambio, no existen cárceles de máxima seguridad, aunque ello no impide que, tanto en los departamentos como en las cárceles de mujeres, se aplique, de manera indiscriminada, las mismas medidas de seguridad, control y vigilancia que las existentes en los centros masculinos, sin que se ajusten, en este caso, al peligro real que representa la población reclusa femenina. Únicamente un tanto por ciento muy reducido de mujeres presas se consideran «peligrosas» y a pesar de ello las medidas de seguridad que se aplican para estas mujeres afectan indirectamente al resto de las encarceladas. Esta situación se ha constatado en el estudio de caso de Brians, en las cárceles de mujeres españolas visitadas a raíz del estudio de las extranjeras encarceladas y, además, es una constante en la mayoría de cárceles de mujeres de los países occidentales, tal como se ha demostrado en los trabajos comparados de Bertrand *et al.* (1998) y de Gibson (1973).

En las cárceles de mujeres existe una gran diversidad de circunstancias y problemas debido a la ausencia de criterios clasificadores, pero simultáneamente debe resaltarse que también existe una diversidad de perfiles de las mujeres encarceladas. En este sentido, es necesario cuestionarse, como las ideas de Lombroso y Ferrero, Thomas y Pollack, según las cuales solamente existe un único modelo de mujer criminal. De acuerdo con estos autores, las mujeres delincuentes son muy peligrosas y, además, en la mayoría de casos cometen los delitos «deliberadamente» (?). Consideran que, en general, se trata de mujeres que o bien son esencialmente masculinas, «desviadas de los roles de su naturaleza femenina» o bien enfermas mentales.

Realmente, la mentalidad de muchos funcionarios de cárceles y, por tanto, también el tipo de tratamiento penitenciario que actualmente se aplica a las mujeres presas sigue muy influido por esta concepción sexista de la mujer delincuente.

Particularidades del tratamiento penitenciario hacia las mujeres

En las cárceles de mujeres existe, en general, una menor oferta de programas rehabilitadores. El conjunto de programas específicos de tratamiento, de formación y/o trabajo o las actividades culturales y recreativas que se ofrecen en las cárceles femeninas es comparativamente menor, menos variado y de peor calidad que el que se realiza en las cárceles de hombres (Defensor del Pueblo 1998; Bona, 1994):

> No es infrecuente que en un mismo establecimiento exista un abundante programa de actividades para los hombres y que éstas sean absolutamente inexistentes para las mujeres. Es de lamentar que no pueda citarse a titulo de ejemplo ningún centro penitenciario cuyo departamento de mujeres tenga un programa de actividades de semejante intensidad e interés que el previsto para los hombres de ese mismo centro penitenciario [Defensor del Pueblo 1988: 70].

Pese a que la situación actual ha mejorado un poco, sigue siendo precaria y deficiente y sobretodo se acusa más en los departamentos de mujeres o en las pequeñas cárceles de mujeres, ubicadas en las cárceles de hombres:

> El tratamiento de las mujeres continúa caracterizándose por la falta de suficientes actividades. Tal es el caso, por ejemplo, de los departamentos de mujeres de Cuenca, Zaragoza, Cáceres I o Badajoz [Defensor del Pueblo 1998: 204].

Tal es el caso también de la cárcel de mujeres de Brians, de Topas, de Soto del Real, etc. Además, en este tipo de centros ubicados en cárceles de hombres, las mujeres raramente pueden participar en las actividades o programas que se organizan para los hombres y por este motivo muchas de ellas pasan largas horas de inactividad en el patio de la cárcel. En efecto, la ociosidad es uno de los problemas graves que afecta a todas las cárceles del Estado, pero concretamente en las de mujeres, esta situación se intensifica más. La Administración penitenciaria siempre justifica la insignificancia de los programas rehabilitadores en las cárceles femeninas alegando el reducido número de mujeres encarceladas y el elevado coste —y poca rentabilidad— que supondría organizarlos solamente para la población reclusa femenina.

La mayoría de los programas educativos, formativos, laborales o las actividades culturales o recreativas que se organizan en

las cárceles de mujeres refuerzan el papel tradicional de la mujer en la sociedad. Ello queda muy patente cuando se examina el tipo de actividades formativas o laborales que se desarrollan en el interior de las cárceles femeninas españolas. Con sólo consultar las memorias anuales del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña o los informes generales de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias o de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se puede constatar que, principalmente, están orientadas hacia los modelos y roles tradicionales de la mujer en la sociedad: cursillos de corte y confección, patronato, tintorería, bordados, cocina, estética y cosmética, peluquería, puericultura, etc. En los últimos años en algunas cárceles de mujeres como la de Brieva, Valencia o la de Wad Ras (Barcelona) se están organizando también cursos más variados de fotografía, informática, mecanografía, horticultura o jardinería, pero son excepciones y, generalmente, no están homologados ni dan acceso a ningún tipo de titulación. .

Respecto a los programas de enseñanza reglada que se ofrecen en las cárceles —formación básica, bachillerato, formación profesional o universidad— debe destacarse que en las cárceles de mujeres, la participación femenina es proporcionalmente más elevada que la que se da en las cárceles masculinas, incluso en los programas universitarios. Ahora bien, también la tasa de analfabetismo de las mujeres presas es mucho más elevada que la de los hombres. En el año 1994 era del 22 % en el caso del conjunto de la población reclusa femenina y del 7,2 % en el caso de los hombres (Errico 1996: 3). En realidad, el único ámbito de enseñanza reglada en el que hay más participación masculina y, en este caso, de forma exagerada, es el de formación profesional y ocupacional.

Las actividades culturales o recreativas que se desarrollan en las cárceles femeninas acostumbran a ser talleres de maquillaje, cerámica, costura o macrame, artes plásticas o trabajos manuales, música, teatro, pintura. En los talleres productivos —los que se llevan a cabo, ya que en muchos departamentos de mujeres no se organiza ni uno, tal como ha denunciado el Defensor del Pueblo en muchos de sus informes—, las tareas que se realizan están relacionadas con los siguientes ámbitos: confección de alfombras, ropa o material del hogar (servilletas, mantelería, camisas, jerseys, edredones, cubrecamas, colchas); fabricación y montaje de pinzas de tender la ropa, muñecas de trapo, flores o árboles de Navidad de plástico; labores de cerámica o artesanía, etc. En muchas ocasiones se hacen trabajos que han sido rechazados por los centros penitenciarios de hombres, porque están mal remunerados o

presentan dificultades en su elaboración (Emakume eta Justizia 1994). Según Errico (1996) y Balmaseda y Carrera (1995) los talleres productivos para las mujeres acostumbran a ser los más duros, los peor pagados y, tal como se acaba de comentar, los que han sido rechazados en los centros penitenciarios masculinos.

En cambio, en las cárceles de hombres, tanto los cursos formativos o ocupacionales como los talleres productivos, son mucho más variados y diversificados. La mayoría implican un mayor estatus laboral para las personas que los siguen estudiando una vez cumplida la condena y, en definitiva, son más útiles para contribuir a una futura «reinserción social» de la persona encarcelada. Entre los cursos y talleres que se desarrollan pueden destacarse los siguientes: construcción, mecánica, encuadernación, electricidad, soldadura eléctrica, tipografía, automoción, climatización, instalación de gas, técnico de sonido, manipulados, informática, confección industrial, pintura o carpintería. En verdad, el contenido de estos cursos o talleres es mucho más rico que el que se realiza con las mujeres y para la persona que los realiza supone la adquisición de unos conocimientos laborales mucho más reconocidos y remunerados en el mercado actual que los relacionados únicamente con las tareas femeninas tradicionales.

Entre los programas más propiamente de tratamiento que se llevan a cabo en las cárceles catalanas hay que destacar también los denominados programas motivacionales organizacionales, los cognitivos-conductuales, los de competencia psicosocial, los de salidas programadas, los de educación sexual y cambio de actitudes, los de intervención en drogodependencia, etc. En el programa concreto de competencia psicosocial es sorprendente la denominación de algunas de las técnicas que se imparten: «Desarrollo moral», «Psicología de la mujer», «Educación de los padres» (Departament de Justicia 1993). Lo que puede que no sorprenda tanto es que estos programas se realizan justamente en las cárceles de mujeres de Wad Ras, Gerona o Ponent, respectivamente: ¡dónde había de ser sino! Es sorprendente porque a diferencia de otras técnicas que se realizan (Formación Jurídica, autocontrol, técnicas de comunicación, orientación laboral, entre otras) que parece que tengan cierta utilidad, es difícil captar lo que se intenta hacer en estas tres materias concretas. La memoria no lo explícita, si bien con el nombre ya denotan que la mujer presa necesita, según los expertos que han diseñado el programa, un refuerzo moral y psicológico mucho mayor que los hombres, así como también una mejor instrucción en su papel de madre.

En el informe del Defensor del Pueblo de 1988 ya se denunciaba sutilmente esta discriminación en la organización de actividades para las mujeres presas:

> La escasa programación de actividades para las mujeres presas no respeta además el principio constitucional de igualdad de sexos. El acceso a la cultura, al deporte y al trabajo no debe ser programado para las mujeres presas ni con una intensidad distinta, ni tampoco con un contenido necesariamente diverso al de los hombres presos, produciéndose en la actualidad ambas deficiencias [Defensor del Pueblo 1988: 71].

¡Cuánta razón tiene! Pero la situación no ha cambiado en los últimos años. Con toda certeza, Concepción Arenal estaría también muy decepcionada, ya que había denunciado la misma situación hace casi un siglo.

Este enfoque diferencial en el tratamiento penitenciario entre hombres y mujeres no es en absoluto una política exclusiva de las cárceles españolas —y catalanas. En realidad, el énfasis en la domesticidad de las mujeres encarceladas en el conjunto de programas formativos y ocupacionales es una constante que se repite en la gran mayoría, por no decir todas, las cárceles de mujeres de los países occidentales, tal como han señalado las criminólogas del genero en todos sus estudios e investigaciones sobre el tema (Giallombardo 1974; Smart 1976; Carlen 1983; Heidensohn 1985; Dobash, Dobash y Gutteridge 1986; Genders y Player 1987, Bertrand *et al.* 1998; Cario 1990; Campelli *et al.* 1992, etcétera).

Definitivamente, las actividades formativas u ocupacionales que se organizan en las cárceles de mujeres están muy lejos de ser auténticos programas rehabilitadores destinados a la reinserción laboral en sentido amplio. En la cárcel no se prepara a las mujeres, ni se les facilita los instrumentos o técnicas laborales necesarias para realizar un trabajo fuera del hogar una vez cumplida la pena privativa de libertad. Por el contrario, se las forma en las tareas del hogar y en la ética del espacio privado. Se tiende, por tanto, a reproducir los estereotipos sociales de genero, reafirmando y retribuyendo a las mujeres en sus roles domésticos. De esta manera, la cárcel pasa a ser el lugar privilegiado para recordar y enseñar a las mujeres que son y han de seguir siendo buenas hijas, esposas o madres. Ni que decir que si la resocialización significa enseñar aquello que no se sabe, aquello necesario para reintegrarse en la sociedad, parece irónico pensar que las mujeres presas no saben ser madres, esposas, amas de casa y que, precisamente, esto es lo que necesitan saber para reinsertarse en la sociedad.

Además, tal como comenta Carlen (1983), la formación en las tareas domésticas y familiares puede parecer incluso una perdida de tiempo si se relaciona con la importancia que ello pueda tener para la vida de las mujeres presas. Porque, precisamente, se trata de un tipo de mujeres que, en la mayoría de casos, han rechazado este rol femenino más convencional que responde, en verdad, a los estándares de lo que se espera han de ser las mujeres de clase mediana. En las entrevistas a las mujeres encarceladas en Brians o en otras cárceles de mujeres españolas estudiadas, se criticaba mucho el reducido número de programas rehabilitadores y el poco interés que tenían en participar en ellos porque no respondían a sus necesidades ni problemáticas.

Tal como argumentaba Lombroso y Ferrero hace más de un siglo, las mujeres delincuentes han transgredido su rol convencional, han osado desviarse de su papel asignado. Por este motivo, uno de los objetivos de la política penitenciaria es corregir esta desviación de las mujeres presas a partir de imbuir todo el tratamiento penitenciario de un enfoque que refuerce la domesticidad. Hay que tener presente que este tipo de programas sexistas no solamente no prepara a las mujeres laboralmente, sino que además aumenta su dependencia a la privacidad del hogar y a las tareas domésticas de la vida cotidiana. Sin duda, ello no facilita su futura reinserción laboral cuando hayan acabado de cumplir su condena de cárcel.

Podría afirmarse que uno de los objetivos principales de los programas rehabilitadores en las cárceles femeninas es, en realidad, la «feminización» de las mujeres encarceladas. En este sentido, todavía se identifica el comportamiento de la mujer criminal como un comportamiento masculino. Verdaderamente, ¡las tesis lombrosianas están más vigentes que nunca! Al delinquir, la mujer ha vulnerado una ley penal, pero también las normas sociales de su condición femenina y, consecuentemente, se ha «masculinizado». La cárcel ha de contrarrestar esta doble desviación, recordando y enseñando a las presas cual debe ser su rol más importante. Paradójicamente, la Administración penitenciaria española sigue recalcando que los programas rehabilitadores que se llevan a cabo en las cárceles sirven para adquirir habilidades sociales y laborales. No es que la autora tenga nada en contra del aprendizaje de las tareas domésticas, por otra parte muy importantes para tener una vida cotidiana placentera, pero se pregunta por qué estos trabajos no se enseñan también en las cárceles de hombres si son tan importantes y por qué, en cambio, si se imparten cursos mucho más útiles laboralmente, como los ya comentados anteriormente. En efecto, porque en el caso de los

hombres si que existe la idea de que han de ganarse la vida y mantener una familia.

Control, disciplina y medicalización en las cárceles de mujeres

Tanto en los estudios sobre las cárceles femeninas españolas como en los de la mayoría de sociólogas/criminólogas del género, se constata que en estas instituciones se ejerce un régimen disciplinario y un control mucho más duro y rígido que el que se aplica en las cárceles de hombres.

A diferencia, pero de los estudios españoles que no aportan datos al respeto, los trabajos de campo realizados en las cárceles de mujeres británicas destacan que el propio personal penitenciario considera que las cárceles femeninas son más difíciles de dirigir, ya que la tensión y el conflicto son más grandes que en el caso de las cárceles masculinas. Contrariamente a la opinión general, la incidencia de la violencia en las cárceles femeninas es más elevada que en la de los hombres y ello queda reflejado en las estadísticas penitenciarias con el mayor número de expedientes, sanciones y partes disciplinarios (Heidensohn 1985; Mandaraka-Sheppard 1986; Carlen 1983, 1985: 87).[61]

De hecho, se trata de una violencia basada no en la agresión física, sino en la desobediencia y en la falta de respeto al funcionario penitenciario. En las cárceles de mujeres prácticamente no se encuentran objetos peligrosos, no se organizan muchos motines y las tentativas de evasión son casi nulas. Sin embargo, se crean unas relaciones muy complejas entre funcionarias e internas que a menudo derivan en una espiral creciente de acción, represión y provocación. En este sentido, los resultados son muy destructivos para las mujeres psicológicamente. La dinámica del conflicto es fundamentalmente verbal. En realidad esta violencia verbal es uno de los mecanismos de defensa más habitual de la mujer presa y el más utilizado por los funcionarios cuando hay que abrir expedientes disciplinarios.

Las posibles explicaciones son diversas, pero hay que destacar dos de principales. Por un lado, existe el tópico de que las mujeres soportan menos la vida disciplinaria y institucional de la cárcel, ya que se angustian con más facilidad que los hombres frente a un régimen carcelario duro; son más susceptibles y conflictivas y tienen un carácter más irritable. En realidad este argumento se explica por la falsa creencia de que las mujeres encarceladas tienen

61. Estos datos se han podido corroborar en el estudio de caso de Brians.

unas características mucho peores que los hombres, ya que no sólo han vulnerado las leyes penales, sino también el rol social de su condición femenina. Otra vez afloran las ideas positivistas de Lombroso y Ferrero (1895) que justifican una disciplina mayor para estas mujeres que por el hecho de haber delinquido, han de ser, muy conflictivas y peligrosas, por lo cual es necesario un férreo control disciplinario. «Anormales patológicamente», añadirían estos dos autores, porque muy pocas mujeres cometen delitos y, además, pocas acaban en la cárcel. Ciertamente, se pueden reconocer nuevamente los argumentos sexistas.

Por otro lado, desde la perspectiva del género, Dobash, Dobash y Gutteridge (1986) son de la opinión que las pautas de comportamiento de las mujeres presas son en general menos toleradas por el funcionariado que las de los hombres, por lo cual tienen más sanciones disciplinarias. Son menos toleradas porque las concepciones del funcionariado están impregnadas de las explicaciones anteriores. La ideología y las prácticas sociales discriminatorias que predominan en las cárceles de mujeres exigen unos estándares de comportamientos más elevados para las mujeres que para los hombres. La violencia y la tensión son más grandes en las prisiones de mujeres, porque las presas tienen más responsabilidades familiares y domésticas que sus homólogos masculinos y, en este sentido, su encarcelamiento les impone una pena mucho más severa.

Esta concepción estereotipada de la mujer encarcelada como una persona «conflictiva, histérica y emocional» también comporta, según las sociólogas del genero, que en las cárceles de mujeres se suministre mayor medicación. Así, en el tratamiento penitenciario de las mujeres predomina un enfoque psicoterapéutico por encima del resocializador. Por este motivo, el nivel de prescripciones de tranquilizantes, antidepresivos y sedantes que se facilitan a las mujeres presas es, en general, mucho mayor que en el caso de los hombres en la misma situación. Ello no es extraño si se tiene en cuenta que, a lo largo del tiempo, la perturbación mental ha sido considerada como una de las causas más importantes de la criminalidad femenina y, por tanto, la medicación y el internamiento psiquiátrico eran y son, en muchos casos, prácticas habituales en el campo penitenciario. La concepción de la mujer delincuente como una persona loca más que mala, *mad not bad*, es uno de los temas omnipresentes en la criminología positivista.

Según Genders y Player (1987), la medicación refuerza el estatus de dependencia de las mujeres y niega, de esta manera, su responsabilidad cuando han de afrontar sus problemas y su

capacidad de cuidarse por ellas mismas. A la vez se confirma su dependencia con los recursos exteriores de apoyo de la institución penitenciaria. Los mismos funcionarios de las prisiones justifican este exceso de medicación argumentando que las mujeres demandan lo que antes de ingresar en la cárcel sus médicos ya les habían recomendado o que entre las mismas mujeres se estimula a tomar medicamentos. El enfoque marcadamente paternalista y proteccionista de las cárceles de mujeres queda otra vez patente.

En Cataluña y España la ausencia generalizada de estudios empíricos sobre la realidad penitenciaria de las mujeres no permite obtener datos concretos sobre este tema de la medicación, aunque en el estudio de caso de Brians los resultados constatados son muy similares a todo lo comentado.

6) **La Política criminal en materia de terrorismo (*Mónica Aranda Ocaña*)**

Tratar de determinar una definición clara y expresa del concepto de «terrorismo» resulta una tarea ardua y complicada, puesto que la misma no existe como unitaria y unánimemente aceptada. Si resulta comúnmente aceptado por los estudiosos en la materia que este término se popularizó en inglés, justo un año después de la muerte de Robespierre, por Edmund Burke, quien en su polémica contra la Revolución francesa describía a «miles de esos villanos llamados terroristas... azuzando y persiguiendo al pueblo» (Hoffman 1999: 20), aunque el término naciera asociado a las prácticas de represión utilizadas por los Estados autoritarios y sus dirigentes sobre los ciudadanos. No será hasta fines de la década de los sesenta y principios de los setenta cuando el uso de este término comienza a ser asociado en la categorización de grupos nacionalistas separatistas y de organizaciones radicales con una fuerte motivación ideológica. En síntesis, se puede concluir que este vocablo hace referencia, básicamente a un concepto peyorativo con connotaciones claramente negativas de un tipo particular de violencia que provoca terror.

Antecedentes a la actual Política criminal antiterrorista

La política penal de represión del terrorismo aparece en España vinculada a la represión del anarquismo a fines del siglo XIX con la Ley de 10 de julio de 1894 (modificada dos años más tarde

y referida a los atentados cometidos con explosivos). Cuando nos adentramos en el siglo XX, observamos que ya el Código Penal de 1928 asume la regulación de la delincuencia terrorista, aunque habrá que esperar a 1934 para comprobar que ya en la tipificación delictiva se introduce y se tiene en cuenta, por primera vez, un elemento subjetivo junto al medio empleado por el delincuente: «con propósito de perturbar el orden público, aterrorizar a los habitantes de una población o realizar alguna venganza de carácter social» (art. 1), y restablece la pena muerte para este tipo delictivo «cuando resultare alguna persona muerta o con lesiones de las que define y sanciona el artículo 423 del Código penal». (Ley de 11 de octubre de 1934). Sucede, precisamente en 1934, el atentado en Marsella de 9 de octubre que acaba con la vida del Rey Alejandro I de Yugoslavia y de Louis Barthou, Ministro de Asuntos Exteriores y antiguo jefe del gobierno francés, lo que impulsa la cooperación entre los Estados en la represión de la violencia política. Esta iniciativa se vio plasmada en la siguiente Resolución del Consejo de la Sociedad de Naciones de 10 de diciembre de 1934: «Es deber de cada Estado no apoyar ni tolerar en su territorio cualquier actividad terrorista con un fin político». A iniciativa del gobierno francés, fueron aprobadas, el 16 de noviembre de 1937, las dos Convenciones de Ginebra sobre la prevención y represión del terrorismo y la relativa a la creación de un Tribunal Penal Internacional con competencia para juzgar los actos de terrorismo[62] (López Garrido 1987: 11).

Durante la etapa del régimen franquista la legislación se endurece, sin lugar a dudas, en la lucha contra el terrorismo, llegando a la legalizar la imposición de la pena capital como única y exclusiva pena en los casos de resultado de muerte o lesiones graves: Bando de 28 de julio de 1936; Ley de 29 de marzo de 1941 para la Seguridad del Estado; Código Penal de 1944; Decreto-Ley de 18 de abril de 1947 de Bandidaje y Terrorismo; Decreto 1794/1960 de 21 de septiembre sobre Rebelión Militar, Bandidaje y Terrorismo, y Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968.

No será hasta 1971 cuando se deroga el Decreto de 1960, por Leyes 42 y 44 de 15 de noviembre de 1971, haciendo desaparecer de la legislación la pena de muerte como única pena y substituyéndola por reclusión mayor. A través del Decreto-Ley 10/1975 de 26 de agosto, sobre Prevención del Terrorismo, se produce un nuevo endurecimiento de dicha legislación, reduciendo determinadas garantías individuales del proceso: se amplían los plazos

62. De los 24 países que firmaron ambas Convenciones sólo fueron ratificadas por India.

establecidos para poner al detenido a disposición judicial, se amplía el plazo de la prisión provisional y se configuran los procesos de tramitación abreviada. Decreto éste que justo será derogado un año más tarde por Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero, pero que mantuvo en vigor los artículos referidos a las facultades excepcionales de la policía en materia de detención y registros (Bassa 1997: 90-91).

En los albores de 1977 no existía un tratamiento jurídico unitario del fenómeno terrorista en España, con la consiguiente dispersión normativa que provocaba una doble tipificación: en el derecho común (260, 263 CP) y en el militar (294 bis a), bis b) y bis c)) del Código Justicia militar.

Será a través del Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero, cuando se consigue ampliar la competencia de los tribunales ordinarios para el conocimiento de determinadas conductas terroristas, limitándose así el conocimiento en esta materia de la jurisdicción militar. A partir de este momento, para que las conductas calificadas de terroristas sean sometidas a la jurisdicción militar deberán concurrir dos requisitos:

1) que el delito sea cometido por grupos militares o paramilitares;
2) que los hechos pusiesen en peligro el orden constitucional y produjesen grave alteración del orden público (Serrano-Piedecasas *op. cit.*: 191).

El mes de enero de 1977 destaca por la aprobación de tres Reales Decretos Leyes: RDL 1/1977 por el que se crea la Audiencia Nacional;[63] RDL 2/1977 que suprime el Tribunal de Orden

63. Respecto a la naturaleza y competencias de la Audiencia Nacional, es cuestión nada unánime entre los autores desde la creación de la misma. Así, Doña Margarita Robles, ex secretaria de Estado de Interior y Magistrada de la Audiencia Nacional, en entrevista concedida al diario Gara el 28 de mayo de 2000, manifestaba que «la Audiencia Nacional tuvo su razón de ser cuando se creó en 1977. Creo que los jueces vascos, frente a lo que algunos sostienen, están lo suficientemente cualificados para juzgar casos de Kale Borroka e incluso casos de terrorismo. La Audiencia Nacional, desde el punto de vista de competencias penales, debería limitarse al conocimiento de los grandes delitos en materia económica y de narcotráfico».

Se ha considerado a la Audiencia Nacional como un tribunal excepcional, desvirtuando el Derecho a un juez natural, pero, tal y como se destacó anteriormente, no es una opinión unánime. Giménez García afirma que la Audiencia Nacional no se puede calificar de Tribunal excepcional, pues para tal calificación se debieran cumplir tres requisitos:

1) De naturaleza orgánica, en la medida en que la selección de los magistrados del tribunal se efectúe de forma distinta a los del resto de los tribunales del Estado, y en virtud de criterios estrictamente políticos.

Público y RDL 3/1977 por el que se extiende la competencia de los delitos de terrorismo a la Audiencia Nacional.

Finalmente, los artículos 294 bis a), bis b) y bis c) del Código de Justicia Militar se incorporan como anexo al Código Penal, desapareciendo, de este modo, la competencia en materia de terrorismo de la jurisdicción militar.

La primera legislación de excepción de la democracia en España fue el Decreto-Ley 21/1978 de 30 de junio sobre «medidas en relación con los delitos cometidos por grupos y bandas armadas» que se aprobó con carácter provisional por el Congreso de los Diputados, donde se establecía, entre otras medidas, la incomunicación de los detenidos por tiempo ilimitado. La primera Ley antiterrorista que se aprueba en España con tal denominación es la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, así unos días antes de la aprobación de la Constitución Española. Esta Ley, cuyo plazo de vigencia se preveía de un año y se prorrogó un año más hasta la aprobación, tras los Pactos de la Moncloa, del Real Decreto Ley 3/1979, de 26 de enero sobre Seguridad Ciudadana, preveía medidas tales como: la incomunicación del detenido en dependencias policiales por un plazo de hasta diez días; la posibilidad de intervención telefónica y postal en aras a las averiguaciones pertinentes; registros sin la previa autorización u orden judicial y, la entrada de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado en cualquier domicilio. Por otro lado, esta normativa hace desaparecer las figuras delictivas con *nomen iuris* propias del terrorismo, por lo que la inclusión de este comportamiento delictivo en la categoría de «grupos y bandas armadas» podría significar el prescindir de los motivos en la comisión de delitos. De este modo, la naturaleza común del delito queda determinada por el resultado ignorándose la intencionalidad política del sujeto activo (Serrano-Piedecasas *op. cit.*: 193).

De hecho, no puede obviarse la normativa constitucional a este respecto, el art. 13.3 CE señala que: «La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al prin-

---

2) De naturaleza procesal, por aplicar dicho tribunal un sistema procesal propio y distinto del general caracterizado por una grave reducción de las garantías propias de un proceso penal en una sociedad democrática.

3) De naturaleza sustantiva, por aplicar unos tipos penales propios y diferentes del resto del Código Penal.

Afirma que sus magistrados son seleccionados en concursos ordinarios y por turnos de antigüedad en las mismas condiciones que el resto de los tribunales. Asimismo, que la existencia de la Audiencia Nacional no es exponente del juez natural entendido como el juez del lugar, pero la Constitución lo que garantiza, en realidad, es el juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24), y la Audiencia Nacional es juez predeterminado por la ley (*op. cit.*:22).

cipio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo». Respecto a esta Ley 56/1978, de 4 de diciembre, en uno de los Informes de Amnistía Internacional, publicado el 2 de diciembre de 1980, referido a un estudio sobre prisiones y comisarías españolas establecía que «La legislación vigente ha conducido a la invalidación de importantes garantías contra los malos tratos de los detenidos y ha privado a estos de la posibilidad de una auténtica compensación o desagravio según la ley. Un examen de las disposiciones del nuevo proyecto (el Decreto 3/1979) indica que perpetuaría y exacerbaría estas deficiencias» (Bassan *op. cit.*: 92).

A pesar de ello, examinando el Real Decreto de 1979 sobre Seguridad Ciudadana podemos observar que éste reconoce que el terrorismo es una conducta autónoma, distinta de otra forma de delincuencia. Asimismo, considera, como reforma urgente, la necesidad de introducir en el Código Penal el delito de «apología» (art. 1) cuando éste ya se castigaba en el art. 268 del mismo si se refería a delitos contra la seguridad interior del Estado y como falta (art. 566.4) para el resto de delitos. Por otro lado, amplía la competencia de la Audiencia Nacional a todos los delitos cometidos por bandas organizadas y armadas, incluida la apología y las detenciones ilegales del art. 481 bis del CP. A su vez, introduce singulares formas de participación, desde la apología de conductas, hasta la realización de «actos de colaboración que favorezcan» la comisión de delitos (art. 2) y suspende la excarcelación de los presos y detenidos cuya libertad se hubiera acordado con anterioridad a su entrada en vigor.

Algunas de las principales críticas, acorde al principio de legalidad, que se realizaron a este Real Decreto regulador de la Seguridad Ciudadana, pueden resumirse en dos: por un lado, ninguna norma de rango inferior a Ley puede introducir nuevos tipos penales y limitar el ejercicio de derechos individuales y, por otro lado, esta normativa está vulnerando el principio de irretroactividad de las normas no favorables del art. 9.3 CP al acordar la suspensión de las excarcelaciones ya aprobadas (Serrano-Piedecasas *op. cit.*: 195).

Política criminal Antiterrorista en democracia

En el conjunto de leyes antiterroristas españolas, desde las elecciones generales de 15 de junio de 1977, se destaca de forma mayoritaria, por algunos autores, la entrada en vigor de la L.O. 11/1980 de 1 de diciembre, esta vez aprobada con carácter per-

manente, por la que se trata de subsanar la discutible legitimidad formal de las medidas antiterroristas de los últimos años, a partir de la misma se va definiendo una política legislativa, pareciera ser más o menos coherente, que culmina con la L.O. 26 de diciembre de 1984, que logra sistematizar en un solo texto legal toda la normativa terrorista penal y procesal (Serrano-Piedecasas *op. cit.*: 191), ambas examinadas posteriormente.

Probablemente, entre las muchas cuestiones que pueden ser relevantes de esta Ley Orgánica de 1980, se destaca el debate político previo a su aprobación. En esta ocasión, durante el debate que tuvo lugar en el mes de octubre de 1980, el PSOE y el PCE votaron a favor, cuando hasta el momento en los debates para la aprobación de la legislación anterior o bien se habían abstenido, o bien habían votado en contra. Es más, en esta ocasión, los líderes de ambos partidos «amenazaron» a sus diputados con la expulsión del partido si no votaban a favor, mostrando, de este modo, su clara posición contra el terrorismo (Bassa *op. cit.*: 92).

Esta Ley Orgánica en su art. 1 hace referencia a los supuestos que se establecen en el art. 55.2 CE referidos a la posibilidad de suspensión de los derechos establecidos en los arts. 17.2[64] y 18.2 y 3[65] CE para aquellas personas que «presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana, planeen, organicen, ejecuten, cooperen o inciten de modo directo, a la realización de las acciones que se especifican en el siguiente apartado, así como a quienes, una vez proyectadas, intentadas o cometidas de las mismas, hicieren su apología pública o encubriesen a los implicados en ellas». En su art. 6 destaca que «La instrucción, conocimiento y fallo de las respectivas causas corresponderá exclusivamente a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional» limitando así el 24.2 CE y el derecho a juez predeterminado por la ley (Serrano-Piedecasas *op. cit.*: 197). Asimismo, esta Ley Orgánica relativa a Delitos de Terrorismo, establece la posibilidad de prolongar la detención «hasta un plazo máximo de siete días, siempre que tal propuesta

---

64. «*La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial*».

65. 18.2: «*El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*». 18.3: «*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*».

se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de detención», y permite, por otro lado, la posibilidad de decretar incomunicación por «La autoridad que haya decretado la detención o prisión... por el tiempo que estime necesario» (art. 3.1 y .3). También resulta significativo de esta normativa su art. 4 por el que «Los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrán proceder, sin necesidad de autorización o mandato judicial previo, a la inmediata detención de los presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo primero, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen...».

Justo un año después, 1981, se aprueba la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, llamada de Defensa de la Democracia, que modifica el Código de Justicia Militar y Penal en lo referido a los delitos de rebelión y terrorismo, por la que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico la figura del «arrepentido», que fue incorporado tres años más tarde en la LO 9/1984, de 26 de diciembre, para ser finalmente incorporada al CP por LO 3/1988, de 25 de mayo de reforma del CP. El art. 2 de esta LO 2/1981 introduce en el Código Penal, a través de la incorporación del art. 174 bis c), la reducción de pena para la figura del «arrepentido»: «El integrante, colaborador o cooperador de los grupos o bandas armadas que espontáneamente coadyuvare con la Fuerzas de Seguridad o con la Autoridad Judicial con actos suficientes para evitar la comisión del delito o aminorar sus efectos, o aporte pruebas definitivas para la identificación o la captura de los partícipes se le rebajará en dos grados la pena que le correspondiera por su participación en dichos delitos». De igual modo, en el mismo art. 2 se incorpora el delito de «apología» y la posibilidad de cerrar medios de comunicación: «Admitida la querella presentada por el Ministerio Fiscal por los delitos comprendidos en este artículo, el Juez, a petición de aquél, ordenará el cierre provisional» (art. 2.2). Justo cuatro días después se aprueba el Reglamento Penitenciario por Real Decreto de 8 de mayo de 1981. En marzo de 1983 se publica el Proyecto de Ley Orgánica 14/1983 de asistencia letrada al detenido, por la que se permitía que las declaraciones de los detenidos se realizaran con presencia de abogado, pero teniendo en cuenta que éste no tenía acceso a dependencias policiales, exclusivamente podía acceder en el momento de la declaración. Al respecto de este Proyecto, Amnistía Internacional, en su Informe de 1983 referido al Estado español, señalaba: «En este proyecto, la ley sigue privando, efectivamente, al detenido la ayuda judicial durante el periodo crucial de las diligencias policiales previas» (Bassa *op. cit.*: 93).

Un año más tarde, se aprueba la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre «Medidas contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas o rebeldes» de desarrollo del art. 55.2 CE, fuertemente criticada desde la doctrina por la cantidad de preceptos constitucionales que infringía. Así, Barbero Santos llegó a resumirla del modo siguiente: equiparación en algunos supuestos de la autoría a la participación (arts. 7, 8 y 9), del delito consumado al frustrado (art. 3); remisión parcial incluso total de la pena en determinados casos de dilación (art. 6.2); posibilidad de prolongar hasta diez días la detención policial (art. 13); facultad de la autoridad gubernativa para decretar la incomunicación del detenido «por el tiempo que se considere necesario» (art. 15), para entrar sin autorización o mandato judicial ni consentimiento del particular en su domicilio y registrarlo (art. 16); posibilidad, por resolución motiva del juez (en caso de urgencia por Ministerio de Interior o Director de la Seguridad del Estado), de decretar la intervención postal, telegráfica o telefónica por un plazo de tres meses prorrogables a tres más (art. 17); posibilidad de suspender de forma cautelar, durante la instrucción y pendencia de la causa, las actividades de los colectivos y asociaciones a que se refiere el art. 5 de este misma Ley (art. 20); cierre de medios de comunicación en cuanto se admitiera a trámite querella presentada por el Ministerio Público (art. 21); imposibilidad de excarcelar presos o detenidos, por el órgano jurisdiccional, respecto a los cuales se haya acordado su libertad, hasta que la resolución no sea firme, cuando el recurrente sea el Ministerio Fiscal (art. 19.3) (v. Bassa *op. cit.*). Esta L.O. en su art. 1 señala que la misma era de aplicación «a las personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes que proyecten, organicen o ejecuten los delitos que se especifican en el siguiente apartado, y las que cooperen con ellos o provoquen a la participación en los mismos, o encubran a los implicados», igualmente, continúa este primer apartado, «a los que hicieren apología de tales de delitos». En su art. 2 se establece la posibilidad de la extraterritorialidad de las normas penales: «Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en esta Ley producirán ante los Tribunales españoles los mismos efectos que las de éstos». La posibilidad de declarar ilegal y de disolución de asociaciones cuyos dirigentes o miembros activos hayan sido condenados por delitos comprendidos en esta Ley queda establecida en el art. 5 *in fine*: «El Tribunal sentenciador acordará, a instancia de parte y previa declaración de ilicitud, su disolución o clausura», cuando la comisión de los mismos fuera inducida, amparada o encubierta por dichas

«organizaciones, asociaciones, sociedades, centros colectivos de actividad política, cultural o social, con o sin personalidad jurídica». Del mismo modo, esta Ley prevé la atenuación de las penas (*pena inferior en uno o dos grados*) si hay «*desistimiento* con propósito de reinserción social» cuando el sujeto abandone voluntariamente sus actividades delictivas y confiese, que dicho abandono evite o haga disminuir una situación de peligro, impida la producción de un resultado (art. 6). Teniendo en cuenta que, estas *últimas circunstancias deben concurrir para poder* obtener la libertad condicional, además de haber cumplido, como mínimo, un tercio de la condena (art. 6.3).

Resulta también destacable de esta normativa su art. 9.2, puesto que en el mismo se define, legalmente, lo que va a entenderse como «actos de colaboración» y, asimismo, el precepto siguiente va a definir el concepto de «apología» (art. 10).[66] Continúa el articulado prácticamente sin modificaciones respecto a la legislación anterior. Así, en el art. 11, se repite la disposición ya establecida en la LO. 1/1980, de 1 de diciembre —art. 6— referida a la competencia, en la instrucción, conocimiento y fallo de las causas criminales por estos delitos, de los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional; en el art. 13 de nuevo se extiende el plazo de la detención preventiva a un máximo de otros siete días pasadas las setenta y dos horas ordinarias —art. 3.1 LO 1/1980—; la posibilidad de la incomunicación durante la detención preventiva (art. 15.1) —art. 3.3 LO 1/1980; la capacidad que se otorga a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de, sin previa autorización o mandato judicial, proceder a detener a presuntos responsables de estos delitos cualquiera que fuera el lugar o domicilio en el que se encuentren y al registro de los mismos (art. 16) —art. 4 LO 1/1980—; la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones ordenada por el Juez competente o, en caso de urgencia, por el Ministerio del Interior, en su defecto por el Director de Seguridad del Estado (art. 17) —art. 5 LO 1/1980. Además, la LO en examen, LO 9/

---

66. «*a*) La alabanza o aprobación de hechos delictivos comprendidos en esta Ley, mediante la manifestación hecha en público; *b*) El apoyo o ensalzamiento de la rebelión o de las actividades propias de una organización terrorista o grupo armado o rebelde, o de los hechos y efemérides de sus miembros mediante la publicación y difusión en los medios de comunicación social de artículos de opinión, reportajes informativos, composiciones gráficas, comunicados, y en general, cualquier otro modo en el que se materialice la difusión; *c*) El apoyo o adhesión a la rebelión o a las organizaciones terroristas o grupos armados o rebeldes o a sus actividades o a las de sus miembros, mediante discursos, soflamas u ostentación de pancartas, que se produjeren durante la celebración de concentraciones en las vías urbanas u otros lugares abiertos al público».

1984, introduce, en su art. 19.3, la imposibilidad de «excarcelación de los presos o detenidos cuya libertad se hubiere acordado, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente sea el Ministerio Fiscal».

En igual día, 26 de diciembre de 1984, es aprobada la LO 10/84 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para poder hacer efectivas las modificaciones que se establecieron en la LO 9/1984, recordando, en su exposición de motivos, que ya el Real Decreto de aprobación de la LECr destacaba que «el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no son suyas, ni ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado».

Fue la STC de 16 de diciembre de 1987, como consecuencia del planteamiento de sendos recursos de inconstitucionalidad por parte del Parlamento Vasco y del Parlamento de Cataluña respectivamente, la que recortó el contenido de esta Ley Orgánica que, dada la trascendencia de la misma, pasa a examinarse a continuación. En primer lugar, se destaca de esta sentencia que en la misma se establece la «emergencia» de este tipo de legislación, refiriéndose a la excepción constitucional que se establece en el art. 55.2 CE, derivada «de las actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas que crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional». Asimismo, señala que dicha habilitación en la Constitución demuestra, «sin necesidad de mayor argumentación adicional», la no arbitrariedad de esa diferenciación de trato respecto el goce de determinados derechos constitucionales en circunstancias determinadas, a pesar de explicitar que tal habilitación no permite al legislador «margen creativo al respecto», es decir, sólo puede aplicarse esta suspensión de derechos fundamentales en los supuestos mencionados, sin tener cabida a «quienes hicieran apología de los delitos aludidos», destacando que el uso del concepto «bandas armadas» no puede ser interpretado de forma amplia, sino «restrictivamente». De este modo, la aplicación de esta normativa a «personas o grupos que actuaran con armas, sin provocar el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de la cobertura constitucional del art. 55.2», pero la cuestión que parece emerger tras este razonamiento es la siguiente: ¿quién va a valorar «objetivamente» dicha provocación?, ¿no provoca «terror» la actividad delictiva con uso de armas por sí misma?, ¿dónde está y quién pone el límite al «miedo intenso»? Por otro lado, la suspensión de dichos derechos debe realizarse sobre la base del «principio de concor-

dancia práctica», es decir, la suspensión debe ser compatible con la intervención judicial.

Respecto a la posibilidad de prolongación de la duración de la detención establecida en este art. 55. 2 CE, más allá de las 72 hs establecidas como límite general por el art. 17.2 CE, el Tribunal Constitucional destaca, en esta sentencia, que dicha suspensión «ni altera el sentido procesal de dicha detención ni hace decaer en principio las demás garantías que asisten al detenido», sin poder iniciarse ni llevarse a cabo sin «previa y expresa autorización judicial», teniendo presente que «en plazo más breve posible» se debe poner al detenido a disposición judicial (art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 5.3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, ambos ratificados por España).

Referente a la inviolabilidad del domicilio protegida por el art. 18 CE, esta STC establece que dicho derecho es «relativo y limitado». Así, la posibilidad de suspender el mismo que se establece en el art. 55.2 CE habilita al legislador «a modular la intervención judicial en la entrada y registro de domicilio, pero no a suprimirla de raíz», por lo que la misma requerirá de decisión judicial, salvo en los casos de «flagrante delito».

Continúa examinando el derecho al secreto de las comunicaciones determinando que, si bien es cierto que el art. 55.2 CE permite eliminar la previa autorización judicial «en supuestos en los que las circunstancias del caso no permitiesen la oportuna adopción previa de una resolución judicial», sólo puede darse dicha circunstancia de forma excepcional.

En cuanto al derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 a) CE, la STC señala que la previsión que se realiza por el art. 21.1 de esta Ley Orgánica «resulta evidentemente desproporcionada al mero hecho de la admisión de una querella criminal» y no se encuentra amparada por el límite establecido en el propio art. 20.4 de la CE: «una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades», destacando, por otro lado, los efectos «indirectos negativos» de autocensura que tendría la adopción de medidas de este tipo, la adopción de la cual, además, no es potestativa de la autoridad judicial valoradas las circunstancias del caso, sino que se le «ordena» la adopción del cierre del medio.

Debe destacarse que la propia STC recuerda la temporalidad de determinados artículos de esta normativa cuales son: art. 5 (relativo a la declaración de ilicitud y disolución de asociaciones); art. 19 (relativo a la libertad provisional); art. 20 (posibili-

dad de suspensión cautelar de actividades) y, el art. 22 (relativo a la suspensión de cargos públicos). Todos ellos, en virtud de la Disposición Final segunda de la misma LO 9/1984, tenían una vigencia temporal de dos años, de este modo, en la fecha de la STC (diciembre de 1987) ya perdieron dicha vigencia.

En definitiva, esta STC declara la inconstitucionalidad del apartado primero del art. 1 de esta Ley por la que hace referencia a la aplicación de esta Ley a los que hicieran «apología»; el art. 13 *in fine*, en cuanto establece la posibilidad de la ampliación del plazo de la detención preventiva a otros siete días más de los previstos en régimen general (72 horas); asimismo, se declara la inconstitucionalidad del art. 15.1 (referido a la posibilidad de decretar incomunicación por la autoridad que haya decretado la detención o prisión) salvo que se interprete que dicha incomunicación ha de ser simultáneamente solicitada su autorización al órgano judicial competente y, finalmente, se declara la inconstitucionalidad completa del art. 21 referido a la clausura de medios de difusión.

A raíz de las críticas que esta Ley recibió y el fallo de la STC que se acaba de examinar de forma somera, condujo a una nueva reforma del CP por LO 3/1988 de 25 de mayo, en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes, incorporando al cuerpo del ordenamiento jurídico «común» u «ordinario» aquellas medidas que habían nacido para casos determinados y tiempo limitado, propias de una legislación de excepción. Por medio de esta Ley Orgánica se introducen en el Código Penal los siguientes preceptos más significativos: art. 10.15, referido a la equivalencia de sentencias de tribunales extranjeros a las sentencias de los tribunales españoles en materia de delitos relacionados con actividades de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes; art. 57 bis a), imposición automática en grado máximo de las penas impuestas a los delitos relacionados actividades de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes; art. 57 bis b), donde se prevén circunstancias particulares para la graduación individual de la pena, incluso la remisión total de la pena (cuestión que hoy no queda prevista en la legislación actual), en estos delitos para los denominados «arrepentidos»: abandono voluntario de las actividades delictivas y confesión de los hechos en los que se haya participado, que su abandono haya evitado o disminuido «sustancialmente» una situación de peligro o haya impedido la producción del resultado o bien, haya ayudado «eficazmente» en la obtención de pruebas «decisivas» para identificar o capturar a otros responsables. Igualmente, para la obtención de la li-

bertad condicional de los sentenciados por este tipo de delitos se deberá tener cumplido un tercio de la pena impuesta y cumplir con alguno de los supuestos expresados; art. 174 bis a) 2, donde se define qué se considerará como «actos de colaboración».[67] De igual modo, y para dar efectividad a esta modificación del CP, se aprueba, en el mismo día, la LO 4/1988, de 25 de mayo de modificación de la LECr. Según Bassa: «*El terrorismo volvía a poner de relieve las profundas contradicciones del Estado constitucional que, impotente para mantenerse fiel a sus normativas y garantías, cae en la provocación terrorista y dinamita algunas de las más importantes conquistas políticojurídicas del siglo XIX*» (*ibídem*: 95).

Por otro lado, en el ámbito penitenciario, se introducen determinadas especialidades para aquellos que son condenados por pertenencia/colaboración con banda armada. Así, se aprueba una circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias relativa las Normas Comunes Tipo para primer grado de tratamiento y artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de junio de 1989, por la cual se clasifica a este tipo de internos en determinadas fases que conllevan respectivas formas de vida en los centros penitenciarios. Será en 1991 cuando se pone en marcha en determinadas prisiones españolas el denominado régimen FIES (Fichero de Internos de Especial Seguimiento). El 6 de marzo de 1991 se dicta por la DGIP la circular que hace referencia a la creación de los FIES-RE (régimen especial) y de los FIES-NA (narcotraficantes) que se presenta como instrumento de mejora del programa de control y seguimiento que se inicia en 1989 para los presos incluidos en el colectivo de bandas armadas. Posteriormente, a través de la Circular de la DGIP de 28 de febrero de 1995, este régimen FIES se amplia a cinco grupos de presos:

FIES 1-CD (control directo): para internos especialmente conflictivos y peligrosos.

FIES 2-NA (narcotraficantes): presos o penados presuntos autores de delitos contra la salud pública.

FIES 3-BA (bandas armadas): personas vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas.

---

67. «La información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos».

FIES 4-FS (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de II.PP).

FIES 5-CE (características especiales): podría decirse que este último grupo es un cajón de sastre donde se incluye a aquellos internos que evolucionan favorablemente al régimen especial; aquellos que están vinculados a la delincuencia de carácter internacional; autores o presuntos responsables de delitos muy violentos contra la libertad sexual que hayan causado gran alarma social y aquellos encarcelados por negarse a realizar el servicio militar o la prestación social sustitutoria.

La entonces vigente regulación en el CP de los «delitos de terrorismo» (Sección 2.ª, Cap. V, arts. 571 a 580) resulta una continuidad iniciada con las Leyes 3/1988 de reforma del CP y 4/1988 de reforma de la LECr, que rompieron, tal y como se advirtió anteriormente, con el carácter de legislación especial que tenía la regulación anterior.

Tras la reforma del CP de 1995 por LO 10/1995, de 23 de noviembre, se extiende la figura del «arrepentido»,[68] ya instaurada para los delitos relacionados con banda armada o elementos terroristas, a los delitos de narcotráfico (art. 376) y desaparece la remisión total de la pena, previendo una atenuación de la misma en 1 o 2 grados, que, por otro lado, es facultativa del juez o tribunal que debe, si opta por imponer la pena inferior, razonarlo en sentencia. Para que puedan ser aplicados los «beneficios» de la figura del arrepentido en los delitos de narcotráfico, este art. 376 CP impone la necesidad de que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado. Además, es necesario que concurran alguna de estas dos circunstancias: *a*) colaborar activamente con las autoridades para impedir que se produzca el delito, y *b*) coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado. Veremos más adelante como el

68. Debe recordarse aquí, que esta figura no es, en absoluto, propia de la legislación española. Del mismo modo se encuentra refleja la misma en la Ley 86/1020, de 9 de septiembre de 1986, francesa relativa a la lucha contra el terrorismo y otros atentados a la seguridad del Estado; o en la Ley n.º 304, de 29 de mayo de 1982, italiana en la que se prevén reducciones de la pena y medidas de indulgencia durante la instrucción (cuyo origen data del Decreto-Ley 59/1978, de 21 de marzo, convertido en la Ley 191/1978, de 18 de mayo sobre «Normas penales y procesales para la prevención y represión de graves delitos», en la cual se hace expresa mención a la «finalidad terrorista o de subversión del orden democrático»).

CP sufre nuevas modificaciones para facilitar la lucha contra el terrorismo en España.

En esta materia, debemos recordar las negociaciones que se llevaron a cabo por parte del Gobierno con la dirección de ETA del 16 de diciembre de 1998 a diciembre de 1999, etapa durante la cual este grupo declara una tregua indefinida de atentados el 16 de septiembre de 1998. Precisamente, el 11 de febrero de 1999, el entonces Ministro de Interior, D. Jaime Mayor Oreja, en Conferencia dictada en el Club Siglo XXI, señalaba: «*La tregua no surge del profundo deseo de paz del frente nacionalista, ni de sus convicciones éticas y políticas. Es sólo un instrumento. ETA pretende mantener un cordón umbilical de diálogo con el gobierno, pero su verdadera estrategia consiste primero en derrotar, hacer ceder, y sólo después, dialogar. ETA, con mentalidad bélica ancestral, sólo dialoga con aquellos a quienes ha derrotado previamente*» (http://www.nodo50.org/elkarri.madrid/orejasxx.htm), parece ser que las declaraciones que se están realizando en la fecha en que se escriben estas letras (tras salir a la luz pública las conversaciones del Sr. Carod Rovira con la directiva de ETA en enero de 2004), no son exactamente en el mismo sentido. ¿Es tan fácil cambiar de parecer en función del cargo que se ocupa o en función de quién sea el interlocutor?

Durante el tiempo que duró la tregua si bien no se produjeron atentados sí aumentaron los actos de lo que se ha denominado como «terrorismo de baja intensidad», es decir, aumentan los actos de *kale borroka*. La mayor parte de los detenidos por dichos actos fueron menores de edad, por lo que se genera una petición de mayor castigo frente a éstos. Consecuencia de dicha demanda fue la aprobación de la LO 5/2000 de 12 de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores en relación con los delitos de terrorismo y su posterior modificación por LO 7/2000 de 22 de diciembre que, a su vez, modifica al CP en sus arts. 40, 266, 346, 351, 504, 505, 551, 577, 578 y 579. Destacar de entre las modificaciones que afectan al CP, la referida al art. 577 por el cual, hasta este momento, se tipificaba las acciones de los que, sin pertenecer a banda armada, comparten sus fines y contribuyen a subvertir el orden constitucional o a alterar gravemente la paz pública y *de facto* sólo se aplicaba esta normativa cuando se consideraba que existía riesgo para la vida o la integridad física de las personas. La nueva redacción de este artículo trata de paliar este déficit al establecer que estas acciones no se limitan a dañar bienes materiales individuales o colectivos, sino que persiguen «contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional». Asimismo, se

incorpora el delito de daños a los enumerados en dicho precepto y resuelve las dudas sobre la tenencia de explosivos utilizados para cometer actos de terrorismo. En este mismo sentido se agravan las penas establecidas en los arts. 266, 346 y 351 CP para los delitos de daños causados por incendio, explosión o con riesgo para las personas.

Se destaca de esta modificación la introducción del art. 578 del CP de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo por el que se sanciona a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, recordando muchísimo a la antigua concepción de la «apología del terrorismo».

Respecto a la modificación que se realiza a la Ley de responsabilidad penal de los menores 5/2000, antes incluso de su entrada en vigor, destacar la articulación en la Audiencia Nacional de un Juez Central de Menores, la posible prolongación de los plazos de internamiento y la previsión de la ejecución de las medidas de internamiento que la Audiencia acuerde con el apoyo y control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición y bajo dirección de la propia Audiencia Nacional.

Debe recordarse que, en fecha 23 de septiembre de 1999, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprueba la Recomendación 1426 *European Democracies facing up to terrorism*, por la que no sólo define lo que dicha Asamblea considera como acto de terrorismo,[69] sino que además, establece que la lucha contra el terrorismo debe respetar el marco jurídico y los derechos fundamentales y las libertades individuales y, por lo tanto, no se aconseja el recurso a legislación de carácter especial.[70]

Tras la modificación del CP y de la Ley de responsabilidad de menores, un año más tarde, el 7 de noviembre de 2001, el Pleno del Senado aprueba la asunción al derecho interno de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

---

69. «Any offence committed by individuals or groups resorting to violence or threatening to use violence against a country, its institutions, its population in general or specific individuals which, being motivated by separatist aspirations, extremist ideological conceptions, fanaticism or irrational and subjective factors, is intended to create a climate of terror among official authorities, certain individuals or groups in society, or the general public».

70. «The Assambly believes that the fight against terrorism should be conducted on the basis of respect for the rule of law and the fundamental rights and freedoms of individuals, and it therefore regards recourse to special legislation as inadvisable».

En dicha Convención, en su art. 2, se van a definir conceptos centrales en esta materia, cuales son, a destacar, «grupo delictivo organizado»,[71] «delito grave»[72] o «grupo estructurado».[73]

Con los atentados del 11 de septiembre de 2001, también llamado «día de la infamia», en Estados Unidos, la política antiterrorista adquiere un carácter internacional y represivo aún mayor. En estos sucesos, los que más imágenes han registrado en la historia, perecieron más de 3.200 personas de 83 países distintos y algunos de los testigos creyeron que se trataba, tal vez, de la III Guerra Mundial, al considerar que los estallidos de los aviones, que hicieron estrellar Mohamed Atta y Marwan Alshehhi contra el World Trade Center, que impactaron a 800 km/h, podían ser bombas o misiles. Sorpresivamente, el Sr. Robert Baer, miembro de la CIA, declaraba que conocían las intenciones y los nombres de los dos terroristas puesto que sabían de la reunión que habían mantenido los terroristas en Malaisia en el año 2000 donde planearon el atentado contra el Pentágono y perdieron su pista cuando llegaron a Estados Unidos al aeropuerto internacional de Los Ángeles, que «todo ha sido un gigantesco fallo» (declaraciones ofrecidas por Antena 3). Como consecuencia de estos hechos el Consejo de Ministros del Consejo de Europa realiza un comunicado (Doc. 9.208) el 19 de septiembre de 2001 condenando el ataque terrorista contra el pueblo americano expresando su solidaridad con el mismo. En el mismo sentido, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por Resolución 1.258 tomada los días 25 y 26 de septiembre de 2001, condena dichos actos considerando a los mismos como un crimen que viola el Derecho Humano más fundamental: el derecho a la vida. Considera, además, que el Tribunal Penal Internacional es la institución más idónea para tratar este tipo de ataques terroristas a los que asemeja a actos de guerra. Señala, asimismo que, si la respuesta pasa por algún tipo de acción militar ésta debería tomarse en conformidad a la normativa internacional y

---

71. «Se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material».

72. «Se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave».

73. «Se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada».

con acuerdo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, incluso expresa su convicción de que la introducción de restricciones adicionales a la libertad de movimiento, o la introducción de mayores restricciones a la inmigración o al derecho de asilo pueden ser absolutamente inapropiadas y llama a todos los Estados miembros a refrenar la intención de introducción de este tipo de medidas. Y, finalmente, solicita que esta Resolución sea transmitida tanto al Congreso como al presidente de los Estados Unidos y a la Secretaría General de la Naciones Unidas (recordemos el caso que se ha hecho de la misma por parte del presidente de los Estados Unidos, el primer ministro británico o el presidente del Gobierno español en la guerra preventiva contra Iraq).

A fines de 2001 comienza a barajarse la posibilidad de modificar el servicio secreto español, es decir, sustituir al denostado y antiguo CESID por un nuevo Centro Nacional de Inteligencia que verá la luz, finalmente, el 6 de mayo de 2002 como luego se examinará. Anteriormente en el tiempo, el mes de abril de 2002 se aprueba la LO 6/2002 de Partidos Políticos, en la cual, en su exposición de motivos, se resalta la insuficiencia de un estatuto de los partidos y, especialmente «si se tiene en cuenta que, por razón de la actividad del terrorismo, resulta indispensable identificar y diferenciar con toda nitidez aquellas organizaciones que defienden y promueven sus ideas y programas, cualesquiera que éstas sean, con un respeto escrupuloso de los métodos y principios democráticos, de aquellas otras que sustentan su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y de las libertades». No me detendré a examinar la misma, puesto que es pública, pero sí desearía destacar algunas de las repercusiones que ésta ha provocado: por un lado, un grupo de 30 artistas, escritores, profesores de universidad y presidentes de organizaciones cívicas de Cataluña suscribieron un manifiesto contra esta normativa dado que, tras expresar su rechazo al terrorismo, se asegura que esta Ley además de «recortar la Democracia» producirá «efectos contrarios a los teóricamente deseados» (dicho manifiesto fue firmado entre otros por personajes tan notables como Lluís Llach, Josep Benet, Salvador Cardús o Josep Subirats —*El País*, 17 de mayo de 2002); y, por otro lado, el 31 de mayo de 2002 se hace público los Comentarios de la sección española de Amnistía Internacional referidos a esta normativa. Sintéticamente, Amnistía Internacional afirma que tras los atentados del 11 de septiembre ha venido manifestando «su preocupación por la introducción, por parte de muchos gobiernos en su lucha contra el terrorismo, de medidas draconianas que li-

mitan derechos humanos y libertades civiles» y recuerda que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, a la libertad de opinión y expresión, a la libertad de reunión y asociación pacíficas y a participar en el gobierno de su país, directamente o por medios de sus representantes libremente escogidos (arts. 18 a 21 respectivamente), que, además, estos mismos derechos se encuentran recogidos en multitud de Tratados Internacionales firmados y ratificados por España y que, en virtud de los arts. 10 y 96 de la Constitución, son parte del ordenamiento jurídico español: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (arts. 18 a 22 y 25) o el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950. También destaca este Informe que, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la libertad del debate político está en el mismo corazón del concepto de sociedad democrática (STEDH de 8 de julio de 1986), lo que implica permitir la libre circulación de opiniones e informaciones (STEDH de 19 de febrero de 1998) y que una persona opuesta a las ideas y posiciones oficiales puede encontrar un lugar en la arena política (STEDH de 27 de abril de 1995).

Sobre la base de esta normativa, en el mes de marzo de 2002 el Tribunal Supremo ordena la ilegalización y disolución de Abertzale Batasuna y en el mes de abril ordena la ejecución de dicha sentencia en todas las instituciones legislativas regionales, juntas generales, diputaciones o alcaldías. Asimismo, ordena la cancelación de las inscripciones de este partido en el registro del Ministerio del Interior, el embargo de sus bienes o derechos y de cuentas corrientes y subvenciones.

Un mes más tarde, el 6 de mayo de 2002, por Ley 11/2002 se crea el Centro Nacional de Inteligencia (CNI) que sustituye al Centro Superior de Información de la Defensa (antiguo CESID) y se configura como un organismo público especial. La principal misión del CNI es la de «proporcionar al Gobierno la información e inteligencia necesaria para prevenir y evitar cualquier riesgo o amenaza que afecte a la independencia e integridad de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones» (Exposición de motivos). Este organismo deberá actuar bajo el principio de coordinación con los demás servicios de información del Estado y, a estos efectos, se crea, asimismo, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia, presidida por el vicepresidente del Gobierno que designe el presidente e integrada por el ministro de Asuntos Exteriores, el ministro de Defensa, el ministro de Interior, el mi-

nistro de Economía, el secretario general de la Presidencia, el secretario de Estado de Seguridad y el secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia. Respecto al órgano encargo del control de las actividades de este Centro, se establece que éste será la Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados del Parlamento.

Continuando con esta secuencia temporal, con fecha 7 de junio de 2002, se publica en el Boletín de las Cortes Generales, el Tratado entre España, Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo a la entrega judicial acelerada para delitos graves en un espacio común de Justicia hecho en Madrid el 23 de noviembre de 2001, por el que se establece el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales referidas a delitos cuya pena máxima no sea inferior a doce meses de privación de libertad. Este Tratado manifiesta que deberá ser revisado en el momento en que entre en vigor la Orden de Detención y Entrega Europea para mantener aquellas disposiciones que supongan una mejora respecto de la regulación de dicha orden.

En ese mismo mes, en fecha 13 de junio, se aprueba la Decisión Marco del Consejo de Europa (2002/475/JAI) por la que se insta a los Estados miembros a considerar como delitos de terrorismo determinadas acciones que se establecen en el art. 1 de esta decisión-marco; se definen los conceptos de «grupo terrorista» y «organización estructurada»; se insta a que los Estados miembros adopten sanciones «con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, que puedan tener como consecuencia la extradición» (art. 5); se prevé la reducción de la pena en caso de abandono de la actividad terrorista y la posibilidad de considerar responsable a personas jurídicas así como las sanciones a aplicar a éstas y, la obligación de asumir «todas las medidas posibles para garantizar una adecuada asistencia a la familia de la víctima» de estos delitos.

Ya llegados a 2003, en fecha 10 de marzo, por LO 1/2003 relativa a la Garantía de la Democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales, se modifica el art. 505 del CP para sancionar a quienes «sin ser miembros de la corporación local, perturben de forma grave el orden de los plenos impidiendo el acceso a los mismos, el desarrollo del orden del día previsto, la adopción de acuerdos o causen desórdenes que tengan por objeto manifestar el apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas»; se modifica, asimismo, la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 42 y 51); la LECr (art. 10 y se añade una nueva Disposición Adicional); la LO de Financiación de Partidos Políticos (art. 10 y se introduce un nuevo art. 4); la LO 5/1985 del

Régimen Electoral General y los arts. 61 y 75.7 de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Cuatro días más tarde, por LO 2/2003, de 14 de marzo, se modifican los arts. 65.4 y 88 de la LO del Poder Judicial para poder dar efectividad a la Ley 3/2003 de 14 de marzo por la se aprueba la Orden Europea de Detención y Entrega. Con esta Ley se establece el reconocimiento del principio de reconocimiento mutuo que permite la ejecución prácticamente automática de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de los demás Estados sin necesidad de que la autoridad judicial que ha de ejecutar la orden realice un nuevo examen de la solicitud para verificar la conformidad de la misma a su ordenamiento jurídico interno. Se pretende así, sustituir a los vigentes procedimientos extradicionales por un nuevo proceso de entrega de personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia tras ser condenados por sentencia firme. Esta Orden de Detención Europea es aplicable desde el 1 de enero de 2004 en España, Portugal, Dinamarca, Reino Unido, Finlandia, Suecia, Bélgica e Irlanda.

Con el ánimo de combatir el terrorismo a escala internacional, tras los atentados del 11-S, los Estados miembros de la Unión han centrado sus esfuerzos en la adopción de medidas que potencien la cooperación en las investigaciones criminales. Bajo el paraguas de este marco se aprueba, en fecha 21 de mayo de 2003, la Ley 11/2003 que regula los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea. Esta Ley regula la constitución de estos equipos conjuntos de investigación entre dos o más Estados miembros de la UE y las definiciones de los términos contenidos en la misma, así como el contenido mínimo del acuerdo de constitución, su composición, el tratamiento de la información obtenida por el equipo, la ejecución de las medidas de investigación y el régimen de responsabilidad patrimonial de los miembros. Ese mismo día se aprueba la Ley 12/2003 sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo como consecuencia de la adopción de las sucesivas Recomendaciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que desde 1999 han ordenado a los Estados miembros a que adopten las medidas necesarias para prevenir y reprimir el delito de terrorismo. El objetivo central de esta normativa es la posibilidad de bloqueo de cualquier tipo de flujo o posición financiera para evitar la utilización de los fondos en la comisión de acciones terroristas.

De este mismo año se destaca la nueva modificación del CP, de la LO del Poder Judicial, de la LO General Penitenciaria y de

la LECr, por la LO 7/2003 de 30 de junio de Medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Como una de las últimas reformas que se desea destacar, por ser, desde mi modesto punto de vista, la reforma que más ha ofendido a la esencia misma de la democracia, es sin lugar a dudas, la LO 20/2003 de 23 de diciembre de modificación del CP y de la LO del Poder Judicial. Esta modificación del CP por la cual se tipifica y sanciona con prisión a quien convoque un *referéndum* (justo en el momento en los que se está discutiendo sobre la legalidad del denominado «Plan Ibarretxe», provocó la renuncia de todos los grupos parlamentarios a votar dicha reforma, suceso que se da por primera vez en 25 años. Se destaca que esta reforma de última hora no llegó a ser debatida en el Congreso, sino que se presentó directamente en el Senado por lo que no hubo lugar a una discusión de la misma. Esta modificación introduce en el CP tres artículos: art. 506 bis que sanciona con pena de prisión de tres a cinco años e inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre tres a cinco años al de la duración de pena de privación de libertad impuesta, a «la autoridad o funcionario público que, careciendo manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, convocare o autorizare la convocatoria de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución» o a la autoridad o funcionario público que sin realizar la convocatoria o la autorización, facilite, promueva o asegure dichos procesos; art. 521 bis: por el que se condena a prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses a quien participe como interventor o facilite, promueva o asegure su realización una vez acordada la ilegalización del proceso y, art. 576 bis: por el que se sanciona con la pena de tres a cinco años de prisión a la autoridad o funcionario público que allegue fondos o bienes públicos, subvenciones o ayudas públicas de cualquier clase a asociaciones ilegales y partidos políticos disueltos o suspendidos por llevar a cabo alguna de las conductas señaladas en los artículos anteriores y a los partidos políticos, personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad jurídica y grupos parlamentarios o agrupaciones electorales que continúen la actividad de los anteriores.

Finalizado este amplio relato se considera muy importante destacar dos de las últimas intervenciones parlamentarias en el seno del Congreso de los Diputados que ha tenido el Presidente del Gobierno ante interpelaciones/preguntas de otros grupos parlamentarios. Así, en fecha 9 de septiembre de 2003 el Sr. Gustavo de Aréstegui y San Román del Grupo parlamentario Popular

en el Congreso pregunta: «¿Qué importancia concede el Gobierno a la presidencia que ocupará España del Comité Antiterrorista del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas?».[74] A esta cuestión, el presidente del Gobierno responde que «Eso, sin duda, es un reconocimiento a la trayectoria, al compromiso y a la capacidad que ha demostrado nuestro país para comprometerse en la lucha contra el terrorismo en España y también fuera de nuestro país [...]. Somos solidarios, porque hemos tenido solidaridad con todos aquellos países que han sido golpeados o pueden ser golpeados por el terrorismo» (DS. Congreso de los Diputados n.º 244). En fecha 17 de diciembre, el Sr. José Luis Rodríguez Zapatero, del Grupo parlamentario Socialista, pregunta al presidente del Gobierno: «¿Cree usted haber contribuido a la mejora de la calidad de la Democracia en España? La respuesta es: «Yo creo que la actitud del Gobierno de fortalecer la ley y las instituciones es apostar por el fortalecimiento de una tarea democrática en España», a lo que el Sr. Zapatero insta al Sr. Aznar a repasarse la Constitución y éste responde de este modo: «¿Qué haría usted si una autoridad constitucional en España convocase un referéndum sabiendo que es ilegal? ¿Qué haría, señoría, pactar por un trocito de poder?... Cuando una persona transgrede el orden constitucional y la ley, naturalmente el Estado de Derecho debe reforzarse...» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados n.º 306).

Cuando finalizo de escribir estas líneas, se produce en Madrid, 11 de marzo de 2004 (declarado día de las víctimas de terrorismo por la Eurocámara), el mayor atentado terrorista que ha padecido España en el cual han muerto casi dos centenares de personas y más de un millar y medio han resultado heridas, de hecho, es el mayor atentado sufrido en Europa tras el padecido en Irlanda del Norte en el que murieron 29 personas. Estoy haciendo referencia a los atentados en las estaciones de tren de Atocha, Santa Eugenia y El pozo del Tío Raimundo a las 7:30 de la mañana. La primera versión oficial de los hechos la ofrece el, entonces Ministro de Interior, Sr. Ángel Acebes. señalando que se trata de un atentado de ETA (en víspera de elecciones generales), puesto que los explosivos hallados son los que comúnmente utiliza la banda, a pesar de que por el momento no han reivindicado el mismo. Las prime-

74. Debe recordarse en este punto, la referencia que se hizo anteriormente a la nula incidencia que tuvo en España la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa relativa a la respuesta con acción armada frente a los actos terroristas cometidos el 11-S.

ras imágenes que se ofrecen han sido obtenidas por un fotógrafo colaborador habitual de Antena 3 televisión y son del todo escalofriantes, probablemente quien escribe no podrá encontrar nunca calificativos con los que poder describirlas (desconcierto, indignación, impotencia, repugnancia...). Otra de las intervenciones que desearía destacar fue la realizada por el entonces candidato a la presidencia del gobierno en España, el Sr. Rajoy, quien destacó: «Están desafiando a todos los españoles, y los españoles no nos doblegaremos» (TVE), todo ello, cuando se mantenía aún la autoría de ETA. No fue hasta primera hora de la tarde de ese fatídico día que ETA rechaza la autoría del atentado a través de dos llamadas a Euskal Televista y al diario Gara y cuando aparece una carta en un diario árabe con sede en Londres donde se reivindica la autoría por parte del grupo terrorista islámico Al-Qaeda.

A pesar de ello, esa misma tarde el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprueba una resolución de condena de los atentados apuntando como autor a ETA y, durante esa misma tarde, la entonces Ministra de Exteriores, Sra. Ana Palacio, remite un comunicado a las embajadas españolas instruyéndolas para que resaltaran la autoría de ETA («Coses que pasen», TV3, 11: 15 hs del 12 de marzo).

Por otro lado, caída la tarde es interceptada una furgoneta que estaba aparcada en los alrededores de la estación de Atocha con explosivos iguales a los utilizados en los atentados junto a una cinta con versos del Corán. Ese mismo día se da por finalizada, se suspende, la campaña electoral para las elecciones generales del 14 de marzo.

Al día siguiente, más de dos millones de personas en Madrid y más de millón y medio en Barcelona salen a la calle bajo el lema «Con las víctimas, con la Constitución y contra el terrorismo». También surgieron muestras de solidaridad con España en el resto de Europa y en EE.UU., así: en la sede de la OTAN ondeaban las banderas a media asta por primera vez desde el 11 de septiembre; en Francia las banderas también ondeaban a media hasta y se decretaron tres días de luto; en Bruselas y Londres se depositaron cientos de flores en las embajadas españolas; en Roma, Washington y Nueva York tuvieron lugar concentraciones condenando este atentado; el Parlamento alemán homenajeó a las víctimas y, finalmente, el FBI ofrece un grupo de expertos para la investigación.

En último lugar, sólo quería destacar la rueda de prensa que ofreció el Sr. Aznar, entonces aún presidente del Gobierno, al día siguiente de los atentados. En dicha intervención uno de los perio-

distas asistentes le pregunta: «Probablemente no sea una pregunta para hoy pero ¿la política exterior de los dos últimos años puede tener algo que ver?», y la respuesta del Sr. Aznar fue: «Efectivamente, no es una pregunta para hoy» y abandonó la sala de prensa (¡gran talante!).

Conclusiones

La alteración de las fuentes de legitimación ha consistido precisamente en la asunción de la *excepción* o de la *emergencia* como justificación política de las reglas del juego que en el Estado de Derecho disciplinan la función penal. A fuerza de desconocer la excepcionalidad de la creación de este derecho especial, la excepción ha desbancado a la regla, contagiando con sus esquemas sustancialistas y subjetivistas todo el sistema de justicia penal (v. Ferrajoli 1998: 807-816).

Por otro lado, no deben obviarse las condenas que ha recibido España por parte de Organismos Internacionales en referencia a este tipo de legislación. A modo ejemplificativo, debieran tener presente las observaciones que se realizan por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su 56.º periodo de sesiones, celebrada en la sede de Nueva York, en el mes de marzo de 1996. O el Informe emitido el 27 de noviembre de 1997 por el Comité contra la Tortura de la Naciones Unidas en su 19.º periodo de sesiones, tras examinar el tercer informe de España (CAT/C/34/Add.7) se señala que...

> No obstante los resguardos legales para decretarla, la extendida detención en régimen de incomunicación, durante la cual el detenido no puede contar con la asistencia de un abogado de su confianza, parece facilitar la práctica de la tortura. La mayor parte de las quejas referidas a torturas inflingidas son en ese periodo [*Concluding Observations/Comments*, Spain 27/11/1997. A/53/44].

En el mismo sentido, Amnistía Internacional en el mes de marzo de 1998, emite un Informe «Propuesta de Amnistía Internacional a las autoridades españolas para la implementación de un programa de protección y promoción de los derechos humanos», en el que se hace eco de las preocupaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por esta materia,

Los principales motivos de preocupación que observó el Comité de Derechos Humanos de la ONU tras examinar el Cuarto Informe Periódico del Gobierno Español incluían «el constante mantenimiento en vigor de una legislación especial en virtud de la cual los sospechosos de pertenecer a grupos armados o colaborar con ellos, pueden ser detenidos por periodos de hasta cinco días y no tienen derecho a designar su propio abogado. El Comité pone de relieve que esas disposiciones no se ajustan a los artículos 9[75] y 14[76] del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

---

75. 9.1) Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

9.2) Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

9.3) Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales, y, en su caso, para la ejecución del fallo.

9.4) Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

9.5) Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación».

76. 14.1) Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2) Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3) Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

Tampoco resulta nada desdeñable el Informe emitido por Amnistía Internacional «Motivos de preocupación en materia de derechos humanos en relación con el proceso de paz en el País Vasco», de junio de 1999 (EUR 41/01/99/s), en el cual, tras condenar la violencia ejercida por parte de ETA e instar al gobierno español a que finalice con la misma, establece en el capítulo dedicado a «Recomendaciones», cuestiones como: la solicitud de derogación «inmediatamente» del art. 520 bis LECr. (ampliación del plazo de detención en régimen de incomunicación aplicable a sospechosos de terrorismo) y del art. 527 de la misma ley (por el cual sólo se permite al detenido acceder a un abogado designado de oficio en los casos de sospechosos de terrorismo); que se tomen medidas para «impedir la aplicación prácticamente sistemática de la detención en régimen de incomunicación»; la revisión e inversión, «radicalmente», de la práctica de dispersión de ciertos grupos de presos «repartiéndolos por toda la península, las Islas Canarias y Ceuta y Melilla, con miras a permitir que *todos* los presos, cuando sea posible, y siempre que el individuo lo solicite, cumplan sus penas en la zona donde tienen establecidos vínculos familiares y sociales»...

Como una de las condenas o llamadas de atención a tener muy presente, destacaría el texto aprobado por la Asamblea par-

---

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4) En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5) Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo previsto por la ley.

6) Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7) Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

lamentaria del Consejo de Europa el 23 de septiembre de 1999 (Recomendación 1426 (1999) ya destacada anteriormente), en cuyo punto número 11 establece: «La Asamblea cree que la lucha contra el terrorismo debería ser conducida en base al respeto a la ley y los derechos fundamentales y la libertades individuales, y, por lo tanto, el recurso a la legislación especial es desaconsejable».[77]

77. *The Assembly believes that the fight against terrorism should be conducted on the basis of respect for the rule of law and the fundamental rights and freedoms of individuals, and it therefore regards recourse to special legislation as inadvisable.*

CAPÍTULO VIII

EL NUEVO AUTORITARISMO POLÍTICO-CRIMINAL EN ESPAÑA

Patricia Faraldo Cabana
Ignacio Muñagorri Laguia

1) Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales (la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas) (*Patricia Faraldo Cabana*)

Determinaciones previas

El día 2 de julio de 2003 entró en vigor la Ley Orgánica (en adelante LO) 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (en adelante BOE). Su confesado propósito, según la Exposición de Motivos, es «perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, siempre desde el escrupuloso respeto a los principios contenidos en el artículo 25 de la Constitución. Pero además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad». En este trabajo analizaré qué medios se han dispuesto para lograr una mayor eficacia en esa lucha contra la criminalidad, centrada en «las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad». Estos medios son, fundamentalmente, la modificación del límite máximo absoluto de cumplimiento de las penas privativas de libertad en el concurso real de delitos, que pasa de treinta a cuarenta años, y la creación de obstáculos para que determinados delincuentes accedan

al tercer grado y a la libertad condicional, lo que puede suponer que esos cuarenta años lo sean de cumplimiento efectivo, esto es, sin permisos y sin acceso al tercer grado ni a la libertad condicional. Y, como veremos, para llegar a este objetivo lo que se ha hecho es debilitar los principios de seguridad jurídica y de igualdad.

La presencia activa de una organización terrorista en nuestro país ha llevado a que, desde hace años, se sitúe en el centro de la discusión político-criminal la cuestión acerca de cuáles son las medidas penales más efectivas para hacerle frente. De hecho, ésta no es la primera reforma que experimenta el Código penal de 1995 en materia de delitos de terrorismo. Por un lado, la LO 2/1998, de 15 de junio (BOE de 16 de junio), por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alteró los arts. 170 y 514 CP así como el art. 790.1 LECrim con el fin, según su Exposición de Motivos, de proporcionar instrumentos más claros y efectivos para defender los derechos y libertades de los ciudadanos frente a la violencia callejera entendida como nueva forma de terrorismo. Por otro lado, la LO 7/2000, de 22 de diciembre (BOE de 23 de diciembre), de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, modificó los arts. 40, 266, 346, 351, 504, 505, 577, 578 y 579 CP, señalando la Exposición de Motivos que «los poderes públicos tienen que afrontar que los comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades interpretativas de las mismas. Tanto más si se considera que, cuanto más avanza la sociedad ganando espacios de libertad frente al terror, más numerosas y variadas son las actuaciones terroristas que tratan de evitar, atemorizando directamente a cada ciudadano o, en su conjunto, a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, que se desarrolle con normalidad la convivencia democrática y que la propia sociedad se fortalezca e imponga dicha convivencia, erradicando las graves e ilegítimas conductas que la perturban». Ya me he pronunciado en su momento acerca de la utilización simbólica del Derecho penal en estos cambios legislativos, por lo que no incidiré de nuevo en el tema.[1] Sí me parece necesario subrayar que al

1. *Vid.* Díaz Pita y Faraldo Cabana, «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», *RdPP* n.º 7, 2002-1, pp. 119 ss. Efectúa un interesante estudio crítico de esta reforma Ramos Vázquez, «Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del ius puniendi», *Revista de Ciencias Penales*, n.º 4, 2001-2002, pp. 89 ss.

hilo de estas reformas en materia de terrorismo, que en España suscitan un apoyo mayoritario entre la opinión pública y los partidos políticos de implantación nacional, tanto los proyectos de modificación de la legislación procesal y penal actualmente en tramitación, como las reformas procesales y penales ya en vigor[2] y la reforma penal que es objeto de este comentario aprovechan para meter en el mismo saco del terrorismo la delincuencia organizada y los delitos graves, lo que pone de manifiesto la capacidad expansiva de esta legislación de excepción. También se ha de tener presente que la actual reforma se enmarca en la «guerra»[3] contra

2. Ofrece una detallada relación Portilla Contreras, «La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del "enemigo" tras el atentado de 11 de septiembre de 2001», *Mientras tanto* n.º 83, 2002: 77-78, donde cita como hitos relevantes que «se han convertido los tipos actos preparatorios en tipos autónomos; se ha creado la figura del terrorista "individual" (LO 7/2000, de 22 de diciembre); se ha sancionado la libertad ideológica y la de expresión (LO 7/2000, de 22 de diciembre) e infringido, asimismo, la actual Ley General penitenciaria al imponer la dispersión de presos nacionalistas». En materia procesal, «se aprobaron Leyes Orgánicas que suprimieron *garantías básicas de los detenidos y presos*». *Vid. en particular la LO 13/2003*, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional (BOE de 27 de octubre), comentada cuando se encontraba en fase de Proyecto en Faraldo Cabana, «El proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional», *AP* n.º 25, 16 al 22 de junio de 2003, margs. 635 ss. En Alemania son particularmente llamativas las normas elaboradas desde 1992 en materia de lucha contra la delincuencia organizada, caracterizadas por permitir cada vez mayores intromisiones en la libertad y la intimidad de los sospechosos: la Ley de lucha contra el tráfico ilegal de drogas y otras formas de aparición de la criminalidad organizada (OrgKG, *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität*), de 17-7-1992 (BGBl. I, p. 1.302); la Ley contra el blanqueo de dinero (*Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten*), de 25-10-1993 (BGBl. I, p. 1.770); la Ley de lucha contra la delincuencia (*Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und anderer Gesetze*), de 28-10-1994 (BGBl. I, p. 3.186); la Ley de lucha contra la corrupción (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*), de 13-8-1997 (BGBl. I, 2.038); la Ley para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada (*Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*), de 9-5-1998 (BGBl. I, p. 845), entre otras. Legitima estos cambios H. Lesch, *Strafprozeßrecht*, Kriftel, Luchterhand, 1999, pp. 98 ss., 150 ss. Pone condiciones para aceptar su legitimidad, sin excluirla de principio, Schneider, «Bellum Justum gegen den Feind im Inneren? Über die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei der, «Bekämpfung» der Organisierten Kriminalität», *ZStW* 2001, pp. 511 ss.

3. Sobre el empleo de este término y su significado último, *vid.* Prittwitz, «Krieg als Strafe-Strafrecht als Krieg?», en Prittwitz y otros (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Nomos, Baden-Baden, 2002: 499 ss. En España pone de relieve Muñagorri Laguía, «Acerca de las reformas del 2003 al Código penal español», *NDP* 2003/A: 242, que «cualquier escenario de guerra en el que se define al enemigo, lleva a justificar la ruptura de las reglas de juego, de los límites», lo que se demuestra en la penetración de la excepcionalidad en el Derecho penal material y procesal, que «expande la noción del enemigo y al irle privando de garantías lo va definiendo como no-persona».

el terrorismo emprendida por Occidente tras el ataque contra las Torres Gemelas de Nueva York de 11 de septiembre de 2001, ataque que ha dado lugar a una reacción mayoritariamente de signo *pro securitate* y *contra libertatem* en el seno de los Estados y de las sociedades que se han sentido afectadas. En este marco no han faltado voces a favor de aplicar el derecho de guerra en la lucha contra el terrorismo, lo que no significa tanto «civilizar» el Derecho penal, como se quiere presentar interesadamente,[4] cuanto desinformalizarlo y despojarlo de garantías y principios que, se dice, dificultan el castigo de este tipo de criminalidad.

Y es que la disminución de las garantías del acusado en el proceso penal, la creación de nuevas figuras delictivas de márgenes poco precisos[5] y la exasperación de los marcos punitivos de las infracciones ya presentes en el Código penal parecen ser notas distintivas del moderno Derecho penal y procesal penal en la

---

4. En este sentido, cfr. Schneider, «Bellum Justum gegen den Feind im Inneren?», cit.: 499 y ss.

5. Tanto que en ocasiones rozan, si es que no vulneran, la libertad de expresión, como ocurre, por ejemplo, con el segundo apartado que se ha añadido al art. 170 CP, en el que se sanciona el reclamo público de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas «y con el que se pretende cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas (que no se aplican a las genéricas o de sujeto pasivo indeterminado) y la apología (que, en la concepción del Código Penal de 1995, sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico), de inexcusable atención», según la Exposición de Motivos, que añade además que «una de las finalidades prioritarias de los violentos es la atemorización de la sociedad, para lo cual reiteran actos de desórdenes públicos, violencia callejera, intimidaciones y amenazas. Frente a la gran mayoría de estos actos, el Código Penal otorga a la sociedad protección suficiente, lo que no puede decirse respecto de algunos comportamientos genéricos de intimidación que se llevan a cabo mediante el anuncio o reclamo de actuación de grupos terroristas, intimidaciones que se sitúan técnicamente entre la amenaza y la apología, sin corresponderse estrictamente con ninguna de estas figuras delictivas». A pesar de estas palabras del legislador no debemos partir de la aceptación incondicionada de un ámbito injustificado de impunidad anterior a la reforma. Nos encontramos ante un tipo penal a caballo entre las amenazas y la apología, si bien más cerca de ésta que de aquéllas, con lo que se contagia de las críticas que cabe realizar frente a la apología desde un punto de vista garantista defensor de las libertades de expresión y de opinión. De este nuevo apartado del art. 170 CP ya se ha dicho que es ejemplo «de la tendencia de nuestro legislador, ya comentada en otros apartados, de huida hacia el derecho penal, lo cual redunda en la laminación de las exigencias propias del principio de conservación de las leyes penales máxime si éstas son particularmente recientes como es el caso del Código Penal; por otra parte..., la ausencia de una línea político-criminal definida que evite el recurso a tipificaciones que obedecen más a exigencias estrictamente coyunturalistas que a una seria reflexión de cómo abordar el fenómeno terrorista, todo ello redunda en una política criminal errática que en la mayoría de los casos incrementa más que resuelve problemas de notable calado». Prats Canut en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3.ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2002: 256-257.

lucha emprendida contra la delincuencia organizada en general, y contra el terrorismo como forma particularmente grave de actividad criminal organizada.

Simplificando una rica y matizada discusión, puede decirse que actualmente se utiliza el concepto de «moderno» Derecho penal en dos sentidos bien diversos. Por un lado, la Escuela de Francfort lo emplea en contraposición al concepto de Derecho penal «liberal» o «clásico», para referirse críticamente al reciente fenómeno de expansión del objeto del Derecho penal más allá de los límites que tradicionalmente han acompañado a la protección de los bienes jurídicos clásicos, y que lleva a la perversión del concepto de bien jurídico, que de ser un límite de los procesos de criminalización se habría convertido en su justificación, a la exacerbación de la idea de prevención, con el consiguiente adelantamiento en la intervención penal, y a la absolutización de la orientación a las consecuencias, que convierte al Derecho penal en mero instrumento de pedagogía social con el fin de sensibilizar a la ciudadanía respecto de ciertos temas.[6] Por otro lado, diversos autores reivindican el adjetivo «moderno» para un Derecho penal que, en consonancia con la evolución del Estado liberal de Derecho al Estado social y democrático de Derecho, ha cambiado su objeto de referencia, pues de prestar atención casi exclusiva a la delincuencia patrimonial de las clases bajas se ha pasado a la criminalización de las actividades ilícitas de las clases media y alta, interviniendo en sectores que tradicionalmente permanecieron al margen del Derecho penal liberal, además de hacer frente a nuevos riesgos que amenazan a bienes jurídicos supraindividuales o con nuevas formas de ataque a los tradicio-

---

6. Cfr. Hassemer y Muñoz Conde, «Viejo y nuevo Derecho penal», en Hassemer y Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995: 22 ss. Sobre la dialéctica de lo moderno, *vid.* Hassemer, «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», *ZRP* 1992: 378-379; del mismo autor, «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», *ADPCP* 1992: 235 ss.; del mismo autor, «Strafgerechtigkeit — Versuch über das wissenschaftliche Werk Arthur Kaufmanns», en Haft y otros (eds.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993: 85 ss. *Vid.* un análisis crítico de la posición de Hassemer en Müssig, «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema», *RDPCrim* n.º 9, 2002: 169 ss. En la doctrina española asumen esta terminología, entre otros, Mendoza Buergo *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001: 67; Sánchez García de Paz, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999: 11, nota 1; de la misma autora, «La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea», en Quintero Olivares y Morales Prats (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001: 709 ss.

nales bienes jurídicos individuales. Estos autores critican con contundencia, y a mi juicio con razón, la identificación del modelo del Derecho penal liberal propio de la Ilustración con lo clásico en el sentido definido y pretendido por Hassemer, y en su discurso defienden la legitimidad de la expansión del Derecho penal sin flexibilización de ningún tipo de las reglas penales de imputación ni relativización de los principios político-criminales de garantía.[7]

El Derecho penal del enemigo

Las medidas penales y procesales antiterroristas y contra la delincuencia organizada y la grave que se están adoptando en España se enmarcan, como he indicado, en una tendencia ya consolidada en el seno del moderno Derecho penal. Pero tanto este desarrollo legislativo como otros aspectos característicos de esa modernidad del Derecho penal no han dejado de ser objeto de enconadas críticas. En España, partiendo de un discurso crítico con la expansión del moderno Derecho penal, se ha propuesto la creación de un Derecho penal de dos velocidades.[8]

El Derecho penal de primera velocidad estaría integrado por los delitos pertenecientes al Derecho penal clásico, castigados con penas privativas de libertad, para cuya imposición se exigirían las más rigurosas reglas de imputación y el respeto más exquisito a todos los derechos individuales y garantías procesales y sustantivas que se han ido consolidando en el Estado de Derecho. El Derecho penal de segunda velocidad estaría integrado por los delitos que se han ido introduciendo durante el proceso de modernización, que responden a la aparición de nuevos riesgos en la sociedad globalizada, que no deberían sancionarse con

---

7. Cfr. por todos Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003: 48 ss.; Martínez-Buján Pérez, «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en Díez Ripollés y otros (eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Tecnos, Madrid, 2002: 395 ss.; Schünemann, «Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta», en Schünemann, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002: 53 ss.

8. *Vid.* por todos, Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed. Civitas, Madrid, 2001, *pássim*. Criticando la evolución del moderno Derecho penal, *vid.* también García-Pablos de Molina *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000: 106-115, 317-318, 373-377, entre otras.

penas privativas de libertad sino con otro tipo de sanciones penales,[9] como multas o inhabilitaciones, para cuya imposición se permitiría un menor rigor de los presupuestos clásicos de imputación de responsabilidad y una relajación de esos derechos y garantías propios del Derecho penal liberal.[10]

Pero es que más allá de la propuesta de esas dos velocidades, a mi juicio suficientemente contestada por Martínez-Buján[11] y Gracia Martín,[12] se ha cuestionado «si puede admitirse una «tercera velocidad» del Derecho penal, en la que el *Derecho penal de la cárcel concurra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales*», llegándose a la conclusión de que «la existencia de un espacio de Derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del Derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos *excepcionales* y por tiempo limitado, inevitable».[13] Se quiere limitar este Derecho penal de tercera velocidad a la consideración de un «instrumento de abordaje de hechos «de emergencia», siendo expresión de una especie de «Derecho de guerra» en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción».[14] Constatada la existencia real de un Derecho penal de tales características en el momento actual, se trata de esta forma de darle una legitimidad

---

9. No se trata del Derecho de intervención a medio camino entre el Derecho penal y el contravencional, entre el Derecho privado y el público, que para los delitos económicos, contra el medio ambiente, de tráfico de drogas, etc., propone Hassemer, «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», cit., pp. 378 ss., p. 383; del mismo autor, «Crisis y características del moderno Derecho penal», *AP* 1993, pp. 635 ss.

10. Afirma Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, cit.: 151, que «ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tienen por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas (también en el seno del propio sistema del Derecho penal en sentido estricto)».

11. Quien pone de relieve la incorrección que cometen la Escuela de Francfort y Silva Sánchez al proceder a la deslegitimación global de los delitos económicos. Cfr. Martínez-Buján Pérez, «Algunas reflexiones», cit.: 408 ss. También en este sentido Schünemann, «Del Derecho penal de la clase baja», cit.: 62, el cual apunta que «el juicio sobre la categoría moderna de los delitos económicos... resulta mucho más diferenciado de lo que nos quiere hacer creer el rechazo global de la Escuela de Francfort».

12. Autor que se ha lanzado a la defensa de una modernización del Derecho penal sin renunciar a los principios no ya del Estado de Derecho, sino del Estado social y democrático de Derecho. *Vid.* Gracia Martín, «¿Qué es modernización del Derecho penal?», en Díez Ripollés y otros (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, cit.: 349 ss.; del mismo autor, *Prolegómenos*, cit.: 164 ss.

13. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, cit.: 163-164.

14. *Ibídem*: 166.

basada «en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, en un marco de emergencia».[15]

Esta propuesta supone la traslación a nuestro país, no sin matices, del debate que se desarrolla en Alemania en torno a la legitimidad de un Derecho penal de enemigos (*Feindstrafrecht*), expresión con la que Jakobs, su creador, alude «a un Derecho penal de índole peculiar que se diferencia nítidamente del Derecho penal de ciudadanos: el Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad».[16] Esa optimización de la protección de bienes jurídicos se consigue a través del adelanto de la punibilidad que se opera cambiando la perspectiva del Derecho penal de los hechos pasados a los hechos futuros,[17] lo que supone en ocasiones incriminar no tanto hechos propiamente dichos cuanto conductas cuya relevancia penal se manifiesta particularmente en un contenido simbólico, pero sin que se produzca la rebaja de pena que en principio debería acompañar a la anticipación de la tutela, lo que da lugar a penas desproporcionadas; prescindiendo de ciertas garantías procesales;[18] y soslayando las garantías derivadas del principio de legalidad, ya que el legislador utiliza términos tan porosos y ambiguos que permiten hablar de un intento consciente de eludir el mandato de de-

---

15. *Ibídem*: 166.

16. Jakobs, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en Jakobs, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 2000: 215. El mismo autor en «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003: 21-22, puntualiza que no se trata de dos modelos ideales que se lleven a la realidad de modo puro, sino que se trata de mostrar «dos polos de *un sólo* mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en *un sólo* contexto jurídico-penal» (cursivas en el original). El concepto fue introducido en la versión original alemana de este artículo, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* 1985: 753 ss.; del mismo autor, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl. Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1993, 2/25c; del mismo autor, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995. *Vid.* la caracterización del Derecho penal de ciudadanos y del Derecho penal de enemigos que realiza Dencker, «Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? —Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung-», *StV* 6/1988: 263-264, quien en las páginas siguientes ejemplifica en la historia del Derecho penal alemán los avances y retrocesos del Derecho penal de enemigos.

17. Afirma Jakobs: «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», en VV.AA., *Escuela de verano del Poder judicial. Galicia 1999*, Estudios de Derecho Judicial 20, Madrid, 2000: 138, expresamente que «en el Derecho penal de enemigos... se trata de la defensa también frente a agresiones futuras».

18. Por ejemplo, la incomunicación del procesado en situación de prisión provisional se convierte en la regla general en este tipo de delincuencia. Cfr. Jakobs, «La Ciencia del Derecho penal», cit.: 139.

terminación que se desprende del mencionado principio.[19] De centrar la atención en los aspectos objetivos se pasa a desvalorar fundamentalmente lo subjetivo, mientras que «la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos».[20]

En el ámbito del Derecho penal de enemigos se incluyen delitos que, se dice, niegan frontalmente los principios básicos del modelo de convivencia en las sociedades occidentales,[21] como son los crímenes de Estado[22] y los cometidos en el ámbito de organizaciones criminales, incluyendo el terrorismo.[23] Estos delitos presentan importantes dificultades de persecución y prueba, de forma que para su represión se haría necesario relativizar las garantías sustantivas y procesales que han convertido a los Códigos penales europeos en la Carta Magna del delincuente para que pasen a ser la Carta Magna de las víctimas.[24] Se añaden los delitos sexuales violentos cometidos por sujetos irrecuperables, en este caso no porque existan problemas en la fase de investigación, sino porque el Derecho penal actual no estaría preparado para enfrentarse a delincuentes muy peligrosos, pues al estar las penas sujetas al principio de culpabilidad por el hecho y no poder superar la medida de seguridad

---

19. Cfr. Jakobs, «La Ciencia del Derecho penal», cit.: 137 ss. *Vid.* la descripción y las observaciones críticas que frente a esta posición realiza Schulz, «Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum, "Feindstrafrecht"», *ZStW* 2000: 659 ss.

20. Jakobs, «Derecho penal del ciudadano», cit.: 40.

21. Obsérvese que se magnifica la amenaza que suponen los fenómenos criminales que se incluyen en el ámbito del Derecho penal de enemigos. Como señala Cancio Meliá, «¿"Derecho penal" de enemigos?», en Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003: 95, «al menos entre los "candidatos" a "enemigos" de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno —ni la "criminalidad organizada", ni las "mafias de las drogas", ni tampoco ETA— que realmente pueda poner en cuestión —en los términos "militares" que se afirman— los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible».

22. Por ejemplo, Naucke, «Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität», en Schulz y Vormbaum (eds.), *Festschrift für Günter Bemmann*, Nomos, Baden-Baden, 1997: 82 ss., defiende la necesidad de la existencia de un Derecho penal de enemigos para la criminalidad de Estado, en el que no rijan los principios de legalidad e irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables, que a su juicio tienen aquí únicamente el efecto de limitar las posibilidades de éxito en la lucha contra estos delitos.

23. En Alemania preocupa bastante más la delincuencia organizada que el terrorismo, pues en la actualidad no existe un movimiento terrorista radicado en el territorio nacional que atente contra objetivos alemanes.

24. En una muestra de solidaridad con ella, como señala Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, cit.: 53.

la duración de la pena que se hubiera impuesto no es posible retenerlos en custodia indefinidamente.

El destinatario de este nuevo Derecho penal no es el ciudadano, sino el «enemigo», por lo que se hace necesario delimitar quién ha de recibir dicho calificativo.El «enemigo», frente al «ciudadano» que delinque ocasionalmente, se caracteriza por haber abandonado de forma duradera y permanente el Derecho, sea a través de su comportamiento (delincuentes sexuales peligrosos), sea a través de su vinculación no pasajera a una organización delictiva (terrorismo, delincuencia organizada), o bien a través de su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada).[25] Esta clase de delincuente no puede pretender ser tratado como persona,[26] puesto que no ofrece a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona, esto es, no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal, como manifiesta a través de su conducta.[27] Es una no-persona. Aprovecha la desestructuración de una sociedad occidental «que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental», para construir su identidad al margen del Derecho. Frente a él la única reacción posible es la inocuización o neutralización,[28] medidas con las que se pretende procurar una especial seguridad cognitiva. En efecto, uno de los efectos producidos por la introducción de este nuevo Derecho penal es el regreso a nociones que, aunque ni mucho menos desconocidas,[29] sí habían quedado abandonadas en el discurso penal continental, como la de inocuización.[30]

---

25. Cfr. Jacobs, «La Ciencia del Derecho penal», cit.: 139.

26. Recordemos que para Jakobs «la norma originaria es la siguiente: sé persona, lo que significa: cumple el deber frente al grupo... el rango de una persona viene determinado por los deberes que le competen o que cumple... sacrificando sus derechos». Jakobs, *Sobre la genésis de la obligación jurídica*, Bogotá, Rubinzal-Culzoni, 2000: 41. En el pensamiento de Jakobs la persona desempeña un rol, que es el papel que ha de representar y comunicar con sentido, garantizando a los otros un comportamiento conforme las expectativas, permitiendo que se genere una expectativa social de armonía con la norma.

27. Cfr. Jakobs, «La Ciencia del Derecho penal», cit.: 139.

28. Cfr. Jakobs, «La Ciencia del Derecho penal», cit.: 140.

29. Cfr. Muñoz Conde, «Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar», *DOXA* 15-16, 1994: 1.031 ss.

30. Cfr. entre otros Silva Sánchez, «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en Silva Sánchez, *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000: 233 ss. Como advierte Baratta, «Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *CPC* n.º 24, 1984: 533 ss., el delincuente pasa a ser «portador de una respuesta simbólica... que se realiza, "a su costa"».

Ahora bien, no todo vale en esta «guerra» contra la delincuencia estatal, organizada y habitual.[31] Jakobs pretende sortear la contradicción que algunos han apuntado entre esta concepción y el art. 1 de la Ley Fundamental alemana (Grundgesetz, en adelante GG) hablando de que «es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad *potencial*, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario»,[32] afirmación con la que trata de escapar a las contradicciones internas en las que cae al otorgar capacidad jurídico-penal de acción a una «no-persona», y al utilizar el Derecho para excluir al enemigo del ámbito del Derecho.[33]

Y es que en la definición del «enemigo» se cae en la utilización de un lenguaje pseudo-religioso que está arrinconando el significado militar del término,[34] que fue preponderante en otros momentos históricos.[35] La construcción simbólica del concepto se ha utilizado en diversos frentes: en las dictaduras argentina y

---

31. Las apelaciones a una guerra entre el Estado y el enemigo, cuyo carácter, limitado o total, depende de cuánto sea éste temido, son constantes. Cfr. Jakobs, «La Ciencia del Derecho penal», cit.: 140-141.

32. Jakobs, «La Ciencia del Derecho penal», cit., p. 138. El mismo autor, en «Derecho penal del ciudadano», cit.: 33, señala que la coacción que ejerce el Derecho penal del enemigo puede llegar hasta la guerra, pero también puede quedar limitada: «en primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos... Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo lo que es libre de hacer, sino que puede contenerse». El concepto constitucional de persona empleado en el art. 1 GG no coincide con el concepto de persona como papel empleado por Luhmann.

33. Cfr. Jakobs, «La Ciencia del Derecho penal», cit.: 140-141, donde se comprueba que es consciente de alguna de estas contradicciones. Del mismo autor, «Derecho penal del ciudadano», cit.: 25-26, donde señala que «la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción», si bien reconoce que «todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho penal». Cita en apoyo de su construcción a Hobbes y a Kant, y con matices a Rousseau y a Fichte.

34. Lo pone de relieve Cancio Meliá, «¿"Derecho penal" del enemigo?», cit.: 87-88. Al hilo de esta cuestión resultan interesantes las consideraciones de Carl Schmitt en su obra *El concepto de lo político*, acerca de cómo en el sistema de pactos de la política de la segunda posguerra el agresor quedó definido como enemigo, lo que supuso que la estructura conceptual del Derecho internacional se criminalizara aproximándose al Derecho penal: «el enemigo tiene que ser convertido en delincuente». Y, podría añadirse, el delincuente acaba convirtiéndose, a su vez, en enemigo.

35. De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia*, «enemigo» sólo significa «el contrario en la guerra» en la cuarta acepción. Las tres anteriores aluden al «opuesto a una cosa», «el que tiene mala voluntad a otro y le desea o hace mal» y «en el derecho antiguo, el que había muerto al padre, a la madre o a alguno de los parientes de otro dentro del cuarto grado, o le había acusado de un delito grave, etcétera». La quinta es «diablo, ángel que fue arrojado al abismo». Sobre la satanización del enemigo y su utilización simbólica, *vid.* Portilla Contreras, «La legislación de lucha contra las no-personas», cit.: 83 y ss.

chilena la caracterización de los disidentes como «enemigos internos» permitió apuntalar la doctrina de la seguridad nacional y la represión; en la lucha contra el cultivo de droga en los países iberoamericanos la noción de enemigo permite justificar el empleo de medios militares en una situación que no es de guerra, entendido este concepto de acuerdo con el Derecho Internacional; el discurso americano del *nihil medium*, del eje del mal en la batalla contra el bien, supone el uso y abuso de un discurso profundamente hostil frente al «extraño», de imaginería religiosa, que sirve de apoyo a una política de lucha contra el terrorismo que enfoca el fenómeno como una amenaza a toda la sociedad internacional en su conjunto, a las naciones occidentales en particular y al pueblo americano si se quiere concretar más, cuando en realidad nunca ha existido tal peligro global con ese alcance enorme que nos han presentado. La función que cumple la estigmatización de un grupo de ciudadanos como enemigos, por tanto no-personas que dejan de pertenecer a la comunidad de la que se han separado por propia voluntad, es permitir reacciones desproporcionadas frente a conductas que, con independencia de su mayor o menor lesividad en el caso concreto, afectan a elementos particularmente sensibles de la imagen que la sociedad ha construido de sí misma: la invulnerabilidad frente a ataques externos en el caso estadounidense, el consenso en torno a la organización territorial de España en el caso de ETA, la efectividad de la política represiva en materia de drogas cuando cada vez se alzan más voces a favor de despenalizar el tráfico en los países occidentales, etc. Con este tipo de reacciones, en particular en materia de terrorismo, se olvida que lo que desea la organización terrorista es que el Estado reconozca la existencia de una guerra y le conceda el estatus de interlocutor en ella: hablar de paz, de tregua, de guerra contra el terrorismo es hacer el juego a los terroristas, reconocerles una posición al mismo nivel que el Estado. Frente a ello se les ha de negar la excepcionalidad a todos los niveles: no merecen reacciones desproporcionadas desde el Estado porque sólo pueden poner en peligro las bases esenciales de la sociedad si la propia sociedad se lo permite percibiendo el riesgo que representan como un peligro real de desestabilización, cuando lo cierto es que por los medios de que disponen y la índole de los ataques que realizan no son más que picaduras de mosquito en la piel de un elefante.

Ya en el plano de la lógica interna, es rechazable que para defender los derechos y garantías individuales se opte por separar una parte del Derecho penal, importantísima tanto por el número de delitos que abarcaría cuanto por su relevancia en la

práctica, para que en ella no se apliquen.[36] Se opera una inversión de valores: puesto que el «moderno» Derecho penal se caracteriza, según estos autores, por la existencia de tipos penales abiertos, que tutelan bienes jurídicos supraindividuales o colectivos con técnicas basadas en el peligro abstracto, sin esperar a la producción de la lesión para afirmar la punibilidad, que renuncian a la imputación individual, invirtiendo la carga de la prueba y despreciando la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, se propone salvaguardar un núcleo «duro», integrado por los delitos tradicionales contra la persona y el patrimonio, o contra bienes jurídicos no individuales pero ya suficientemente consolidados, como el correcto funcionamiento de la Administración pública, castigados con pena privativa de libertad, abandonando el resto del Código penal a la rebaja, cuando no a la completa negación, de los derechos y garantías individuales. ¿No sería más lógico operar a la inversa? En lugar de conformarse con una situación de disminución de la protección de derechos y garantías para un sector del Derecho penal o para el Derecho de intervención lo que habría que proponer es extender esos derechos y garantías a todo el Derecho penal, sin excepciones. No olvidemos que buena parte de las críticas tienen como punto de partida datos sumamente discutibles. En efecto, la legitimidad de la tutela de los bienes jurídicos supraindividuales, difusos o colectivos no puede ser negada en el Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. La técnica de los delitos de peligro abstracto es perfectamente admisible y legítima según y dónde se ponga el objeto de protección, pues en ocasiones se confunden los términos.[37] La utilización de tipos abiertos que se remiten a la legislación extrapenal no tiene que ser cuestionada cuando el núcleo de la prohibición se recoge en el Código penal. Los actuales procesos de criminalización en materias como los delitos económicos y contra el medio ambiente responden a la toma de conciencia respecto de la importancia y gravedad de la delincuencia de cuello blanco para el equilibrio y co-

36. Jakobs, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en Jakobs y Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, cit.: 56, llega a afirmar expresamente que «un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar *todo* el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo», a lo que cabe responder que todavía menos peligroso sería que el Derecho penal no incluyera ningún aspecto del Derecho penal de enemigos.

37. Como apunta Pozuelo Pérez, «Notas sobre la denominada "expansión del Derecho penal"», *RdPP* n.º 9, 2003-1: 21-22, la confusión entre el «si» y el «cómo» de la intervención penal puede restar claridad al debate.

rrecto funcionamiento del mercado y de los sistemas naturales. La llamada «administrativización del Derecho penal»[38] en realidad debe ser entendida como un acercamiento del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal en el plano de las garantías, como en efecto se ha producido, y no como una desformalización del Derecho penal acompañada de una pérdida de garantías. Y aunque no hemos de olvidar que en efecto existen criminales peligrosos frente a los cuales la pena no es respuesta suficiente (piénsese en delincuentes sexuales violentos reincidentes), o fenómenos delictivos que plantean retos especialmente arduos en lo que respecta a la investigación y prueba (delincuencia organizada de tipo mafioso o terrorista), no justifican el cambio de modelo de un Derecho penal de ciudadanos a otro de enemigos.

El discurso contrario al «moderno» Derecho penal, entendido este adjetivo en los términos peyorativos en que lo emplea la Escuela de Francfort, se presenta como defensor a ultranza de los derechos y garantías individuales cuando no es más que la pantalla tras la cual se oculta la creación de un Derecho penal sin penas privativas de libertad para los dirigentes de empresa[39] y sin garantías pero con penas de prisión desproporcionadamente elevadas para los «enemigos» de la sociedad: terroristas, delincuentes sexuales violentos irrecuperables y delincuentes organizados. Sin duda el Derecho penal de segunda y tercera velocidad puede ser un medio más eficaz[40] en la lucha contra las amenazas, no tan nuevas como se quieren presentar,[41] de la sociedad global, al menos desde un punto de vista policial y represivo, no tanto desde una perspectiva de prevención.[42] Pero lo será a costa

38. Cfr. García-Pablos de Molina, *Introducción*, cit.: 113 y 374 ss. Sobre ella *vid.* también Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, cit.: 121 ss.

39. Cuando precisamente está demostrado que la pena que mayor eficacia preventiva tiene en el ámbito de la delincuencia económica es la privativa de libertad. Cfr. entre otros Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995: 59; Tiedemann, *Poder económico y delito (introducción al Derecho penal económico y de la empresa)*, Ariel, Barcelona, 1985: 160 ss.

40. Entendiendo eficacia a la manera en que se entiende desde los Gobiernos, esto es, como un uso masivo e indiscriminado de la prisión tanto en fase preventiva como de ejecución de la condena. Cfr. Maqueda Abreu, «Crítica a la reforma penal anunciada», *JpD* n.º 47, julio 2003: 9.

41. Delincuencia organizada y terrorismo han existido siempre, al igual que delincuentes sexuales violentos.

42. Salvo que nos limitemos a la perspectiva de la prevención general integradora o positiva. Recordemos que el concepto de prevención general se suele utilizar en dos sentidos diferentes que conviene distinguir: en el sentido más estricto, consiste en la intimidación de la colectividad mediante la conminación penal abstracta y la sanción del individuo; en el sentido más amplio, en la confirmación del Derecho

de disminuir la libertad de todos los ciudadanos y de infringir el principio de igualdad.

Además, como señala Maqueda Abreu,[43] «la crítica generalizada frente a ésta y otras medidas de exasperación punitiva —como las que propone la reforma penal española de este año— es la de su ineficacia. La investigación criminológica ha demostrado que el endurecimiento de las penas no reduce las tasas de criminalidad ni, por tanto, garantiza mejor la seguridad de las personas. Además, hay que contar con el elevadísimo coste que estas políticas de seguridad representan para el sistema de garantías de nuestros Estados de Derecho».

En conclusión, frente a estas propuestas se ha de reaccionar proponiendo no la limitación de los derechos y garantías individuales a los delitos del núcleo «duro», lo que es manifestación de

---

como orden ético y sólo secundariamente en la intimidación. En la base de la prevención general positiva se halla la consideración de que el Derecho penal no se reduce al mero efecto intimidatorio sobre los delincuentes potenciales, sino que influye positivamente en el arraigo social de las normas; se atribuye a la pena un carácter socio-pedagógico, desde el momento que representa un aseguramiento de las normas que posibilitan la convivencia social, convirtiéndose, por tanto, en un instrumento idóneo para mantener los valores comunitarios, reforzando con ello el respeto al Ordenamiento jurídico. A partir de esta base se asigna al Derecho penal la misión de reforzar la conciencia jurídica de la comunidad y su disposición al cumplimiento de las normas. En este sentido, cfr. Hassemer, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984: 392, o Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, Reus, 1981: 183; del mismo autor, «Sentido y límites de la pena estatal», en Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976: 24 ss. Para Roxin, la expresión «prevención general positiva» engloba, además de este efecto de pacificación, un efecto pedagógico originado por el ejercicio de la fidelidad al Derecho, y un efecto de confianza, que se produce cuando el ciudadano ve que el Derecho se cumple: se logra la estabilización del orden jurídico mediante la afirmación de los valores que establece y la ratificación de la confianza en su vigencia práctica. Como señala Kaufmann, «Die Aufgabe des Strafrechts», en Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982: 275, «la así llamada prevención general es socialización para una actitud de confianza en el Derecho». Sin embargo, frente a la cada vez mayor extensión de la concepción de la prevención general positiva considero que, pese a su presentación como una doctrina superadora de los inconvenientes de la concepción tradicional de la prevención general como intimidación «se muestra en última instancia como una doctrina de corte autoritario, discriminatorio, que redunda en un mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos». Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992: 237. También en sentido crítico, *vid.* entre otros, Luzón Peña, «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en Luzón Peña, *Estudios Penales*, Barcelona, PPU, 1991: 268 ss.; Morselli, «Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena», *ADPCP* 1995: 270 ss. Y ello aunque reconozcamos que el Derecho penal tiene en la realidad efectos coincidentes con los mostrados como fines del mismo por la prevención general positiva.

43. Maqueda Abreu, «Crítica a la reforma penal anunciada», cit.: 10.

una política criminal de signo profundamente regresivo,[44] sino su extensión a todo el Derecho penal, sin excepciones. Éste es el desafío al que debe enfrentarse la Ciencia del Derecho penal en los próximos años.

En esta labor se ha tener en cuenta la necesidad de evitar el peligro de caer en la tentación de la «*perenne emergencia*»,[45] pues la experiencia demuestra que la creación de una legislación excepcional para una situación que se define como extraordinaria, como sucede con la lucha contra el terrorismo y/o la delincuencia organizada, acaba convirtiéndose en el modelo de la legislación «normal», a la que inevitablemente contagia.[46] Por tanto, no es sólo que este Derecho penal de enemigos sea un Derecho penal ilegítimo e ilegitimable, sino que aunque en algún caso pudiera parecernos que es el mal menor en la lucha contra graves formas de criminalidad, esa tendencia a la expansión supone un peligro demasiado elevado precisamente para aquello que dice querer defender: los principios básicos de la convivencia social en un Estado que se quiere social y democrático de Derecho.[47]

---

44. Como la que estamos viviendo en España, donde pone de relieve Cancio Meliá, «¿"Derecho penal" del enemigo?», cit.: 70 ss, que se observa en el debate político un verdadero «clima punitivista». Sobre las causas, *vid.* ampliamente Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, cit.: 25 ss. En Alemania critica el deslizamiento hacia el Derecho penal de enemigos Dencker, «Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?», cit.: 265-266, quien advierte del «atractivo» del Estado policial para una sociedad que no esté dispuesta a asumir los costes de la libertad pero sí los de la seguridad.

45. Cfr. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2.ª ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, *pássim*. *Vid.* también el análisis crítico de Ferrajoli *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995: 820 ss., 828 ss.

46. Cfr. Cancio Meliá, «¿"Derecho penal" del enemigo?», cit.: 90, nota 57, quien pone de relieve que «hay buenas razones para pensar que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan convivir en un mismo ordenamiento jurídico». Sólo con un cuidado exquisito por parte del legislador podría evitarse el «peligro de contaminación del Derecho penal "de la normalidad"», que descarta, a mi juicio demasiado a la ligera, Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, cit.: 166. López Garrido, *Terrorismo, política y Derecho*, Alianza, Madrid, 1987: 163, advertía ya hace *décadas de que «el derecho de la emergencia se ha hecho duradero. Se ha consolidado*. Puede hablarse, por ello, de una institucionalización jurídica de la emergencia legislativa contra el delito de violencia política». En Alemania ya advierte de este peligro Dencker, «Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?», cit.: 266.

47. En efecto, como señala Cancio Meliá, «"Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo», *JpD* n.º 44, 2002: 22, nota 25, «debería tenerse en cuenta de modo muy especial que las normas de estas características tienden a contaminar otros ámbitos de incriminación —como muestran múltiples ejemplos históricos—, de modo que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan convivir en un mismo ordenamiento jurídico».

Pues bien, una vez delimitado el concepto de Derecho penal de enemigos hemos de analizar si ésa es la orientación de la reforma del Código penal español operada por la LO 7/2003, de 30 de junio. Si lo único que con ella se pretende es la inocuización de cierto tipo de delincuentes,[48] saltándose a la torera toda posibilidad de rehabilitación y reinserción social, y hacer un guiño a la comunidad, a la que se le permite así satisfacer las ansias de venganza aireadas, cuando no creadas, por los medios de comunicación, habremos de llegar a la conclusión de que no es legítima ni defendible desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho. Por el contrario, si con ella se pretenden y se pueden alcanzar fines preventivos únicamente hemos de comprobar que se respetan otros principios que garantizan la racionalidad de las sanciones, y en particular los de humanidad y proporcionalidad de las penas.[49]

Las reformas sustantivas en la duración y ejecución de la pena privativa de libertad

Las reformas sustantivas en la ejecución de la pena privativa de libertad operadas por la LO 7/2003, de 30 de junio, que afectan a la duración máxima de la pena de prisión y a las condiciones para obtener permisos de salida y para acceder al tercer grado y a la libertad condicional, se incardinan, a mi juicio, en la tendencia a la consolidación y fortalecimiento de un Derecho penal de enemigos para el terrorismo y la delincuencia organizada. Como veremos a continuación, es un Derecho carente de legitimidad que además no sirve para nada en términos preventivos,[50] salvo que

48. Como reconoce Jakobs, «Derecho penal del ciudadano», cit.: 33, «... la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros».

49. Por tanto, antes de proceder a un análisis desde parámetros constitucionales, que se suele revelar poco fructífero dado el nivel de abstracción y ambigüedad de las normas constitucionales, me parece más interesante determinar si las medidas que se han introducido contribuirán a la prevención del delito. Avancemos que «en el plano empírico, parece que puede afirmarse que la experiencia en otros países de nuestro entorno respecto de organizaciones terroristas «endógenas» muestra que la aplicación de este tipo de infracciones no ha conducido a evitar delitos, sino ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión». Cancio Meliá, «¿"Derecho penal" del enemigo?», cit.: 90.

50. La eficacia es la única posible legitimación que puede alegar a su favor el Derecho penal de enemigos, de forma que si se comprueba en la práctica que no tiene efectos preventivos de ningún tipo no queda sino rechazarlo tajantemente. Cfr. Dencker, «Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?», cit.: 266.

confundamos prevención con inocuización[51] o con retribución.[52] En efecto, existe una apariencia de que la intervención penal va en verdad a producir efectos, y efectos legítimos para la salvaguarda de bienes jurídicos, pero en realidad no es así.[53] Esto es lo criticable. Y lo es por constituir un engaño a la ciudadanía, amparado en el espíritu de venganza que la anima ante la impotencia que se experimenta frente a los atentados terroristas, y en el miedo.

En primer lugar, la LO 7/2003, de 30 de junio, aumenta el límite máximo de duración de la pena privativa de libertad en el concurso real de delitos,[54] que pasa de treinta a cuarenta años «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años» (art. 76.1.c) CP), y «cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años» (art. 76.1.d) CP). Estamos prácticamente ante una prisión perpetua[55] que puede infringir la prohibición de penas inhumanas o degradantes contenida en el art. 15 CE.[56]

---

51. La inocuización es «el fin que tiñe por completo la reforma que propone el Gobierno. Precisamente, la propia denominación como "Código Penal de la seguridad" alude a ella». Roca Agapito, «Los Anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas», *La Ley* n.º 5.731, 4 de marzo de 2003.

52. Para Valle Muñiz en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2.ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2001: 424, ya el anterior límite de treinta años reflejaba «una impronta retribucionista trasnochada».

53. Díez Ripollés, «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en VV.AA., *Modernas tendencias del Derecho penal y de la Criminología*, UNED, Madrid, 2001: 123, señala como «efectos» de las normas simbólicas la demostración de la rapidez de reflejos del legislador y de la capacidad coactiva de los poderes públicos, el respeto al consenso alcanzado por distintas fuerzas políticas, etc. Pero «desde nuestro punto de vista, estos efectos no tienen ninguna relevancia salvo la de, si se nos permite el símil cinematográfico, los "efectos especiales". Es decir, con estas normas el legislador deslumbra al ciudadano, lo entretiene y poco más. No es que sean efectos ilegítimos, es que no producen ninguno». Díaz Pita y Faraldo Cabana, «La utilización simbólica del Derecho penal», cit.: 127.

54. O «aunque las penas se hayan impuesto en distintos procedimientos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo» (art. 76.2 CP).

55. Como ha señalado Muñoz Conde, «¿Hacia un derecho penal del enemigo?», *El País*, 15 de enero de 2003, se trata de «un modo encubierto de establecer la prisión perpetua eludiendo su nombre». En el mismo sentido, Maqueda Abreu, «Crítica a la reforma penal anunciada», cit.: 9, nota 33.

56. Ya sobre el límite de los treinta años anterior a la reforma se habían pronunciado críticamente numerosos autores. Baste citar a Cuerda Riezu, «El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código penal de 1990», *ADPCP* 1991: 855, que lo califica de desmesurado; o a González Rus en Cobo Del Rosal

El Tribunal Constitucional, en STC 91/2000, de 30 de marzo, vino a decir que la calificación de una pena como inhumana o degradante no está determinada exclusivamente por la duración, sino que debe analizarse el contenido material que depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta revista, de forma que únicamente si el cumplimiento de la pena impuesta supone o acarrea sufrimientos de especial intensidad o provoca una humillación o envilecimiento que alcance un nivel determinado, superior al que suele aparejar la simple imposición de una condena, cabría hablar de penas inhumanas o degradantes.[57]

Algún autor afirma que, a la vista de esta jurisprudencia, «la elevación de las penas establecidas en la ley que se comenta no podría considerarse con el calificativo de "inhumana o degradante"».[58] No comparto tal opinión. La elevación del límite máximo sumada a la imposibilidad o dificultad extrema para ciertos colectivos de delincuentes de acceder al tercer grado y a la libertad condicional y de obtener permisos de salida supone un cambio fundamental en el contenido material de la pena de prisión. Cierto es que existen algunos correctivos, como la posibilidad de conceder la libertad condicional a los condenados mayores de setenta años o enfermos muy graves con padecimientos incurables que reúnan los requisitos contemplados en los arts. 90 y 91 CP, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de la condena o, en su caso, las dos terceras partes, pero debe tenerse en cuenta que se trata de medidas potestativas para el juez de vigilancia penitenciaria, lo que limita su eficacia.

Por otra parte, no olvidemos que, de todas formas, antes de la reforma ya era posible que un sujeto con varias condenas por hechos sin conexión, que no se juzgaron ni podían juzgarse en un sólo procedimiento, cumpliera penas que superaban los límites previstos en el art. 76 CP para casos de concurso real o de hechos que, por su conexión o por el momento de su comisión,

---

(coord.), *Comentarios al Código penal. III. Artículos 24 a 94*, Edersa, Madrid, 1999: 998, que lo considera difícilmente compatible con la necesaria orientación de las penas a la reinserción social.

57. Criterios recogidos en otras resoluciones del mismo Tribunal, como la STC 65/1986, de 22 de mayo (FJ 4°), y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como las SSTEDH de 25 de abril de 1978, caso Tyrer contra Reino Unido, y 16 de diciembre de 1999, casos T. y V. contra Reino Unido, entre otras.

58. González Pastor, «Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Examen de su constitucionalidad», *AP* 2003, marg.1.020. Esta posición ha sido sostenida también por el Consejo General del Poder Judicial en los *Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las Reformas Penales*, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2003: 23-29.

podían haberse enjuiciado en un sólo procedimiento.[59] Y nadie puso el grito en el cielo, en parte porque si se aplicaran los límites en todo caso estaríamos dando carta blanca para delinquir a los condenados que ya hubieran llegado a un límite máximo, pues sabrían que no podrían cumplir otra condena, lo cual sin duda destruiría el efecto preventivo de las penas.

Este aumento de la duración de la pena de prisión en el concurso real de delitos es una manifestación más del incremento en las actitudes punitivistas del legislador y de la ciudadanía que se aprecia en los últimos años no ya sólo en España, sino en todos los países occidentales.

Es difícil resumir las causas de este fenómeno. Sería demasiado simple atribuirlo al tratamiento de la criminalidad por parte de los medios de información, porque si bien la prensa suele reclamar expresamente sanciones más severas, o una aplicación más severa de la ley por parte de los Tribunales de Justicia, esa exigencia coincide normalmente con las convicciones ya existentes en la ciudadanía, que se limita a reforzar.[60] El temor al delito y la sensación de inseguridad que genera pueden relacionarse con la pérdida de referentes y de seguridad desde la perspectiva de una sociedad en constante y veloz transformación, globalizada.

Ahora bien, en lo que se refiere a la delincuencia organizada y terrorista esta tendencia es más visible, en particular porque se retroalimenta, «con una especie de inercia acumulativa, de sus predecibles fracasos: a partir de un nivel penal ya elevado se presenta la tentación, que rápidamente seduce, de mayores elevaciones de penas».[61]

En segundo lugar, se reforma el art. 36 CP para introducir el llamado «periodo de seguridad» en caso de condenas superiores a cinco años de privación de libertad,[62] de forma que «cuando la

---

59. *Vid.* González Rus en Cobo del Rosal (coord.), *Comentarios, III*, cit.: 981, quien pone de manifiesto que es «posible llegar, así, *de facto*, a la prisión perpetua, y desde luego, a cumplimientos absolutamente ajenos a cualquier propósito resocializador».

60. Cfr. Kury, «Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?», en VV.AA. *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, cit.: 286.

61. Muñagorri Laguía, «Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código Penal de 1995: polifuncionalidad e incremento regresivo de la complejidad penal», *EPC* XXI, 1998: 222.

62. El límite de cinco años se cuenta respecto de la pena efectivamente impuesta en la sentencia condenatoria, y no de la pena prevista en abstracto para el delito de que se trate, lo que no significa que se trate en todo caso de delitos graves, puesto que una condena superior a cinco años puede deberse a que la suma de las penas en un concurso real de delitos menos graves supere esa cifra.

duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta». La introducción del periodo de seguridad había sido solicitada en España a raíz del escándalo producido por la inmediata clasificación en tercer grado de ciertos políticos condenados por el caso GAL y de delincuentes peligrosos que reincidieron. Rompe el modelo diseñado en la Ley Orgánica General Penitenciaria, que era totalmente flexible y estaba presidido por la idea de no mantener a un interno en un grado inferior al que merece, haciendo posible el paso inmediato al tercer grado.[63] Pero la nueva regulación tiene antecedentes en nuestro Ordenamiento.

En efecto, ya desde antes de la reforma operada por la LO 7/2003 exige el Reglamento Penitenciario de 1996 el cumplimiento de una cuarta parte de la condena para acceder al tercer grado, norma general que presenta tres excepciones: 1.ª) no es necesario en caso de condenas de hasta un año de duración, pues en estos casos la clasificación en tercer grado podía producirse inmediatamente tras el ingreso, según se deduce del art. 103.7, 8 y 9 RP; 2.ª) el art. 104.4 RP permite que los penados que sean enfermos muy graves con padecimientos incurables sean clasificados en tercer grado «por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad»; 3.ª) tampoco es necesario esperar cuando haya transcurrido el tiempo suficiente para obtener un adecuado conocimiento del penado y por su personalidad, historial individual, familiar, social y delictivo, la duración de la pena, el medio social al que retorna, los recursos, facilidades y dificultades existentes y el momento, se pueda entender que la medida tendría efectos positivos para el buen éxito del tratamiento (art. 104.3 RP). A mi juicio sólo ha sido implícitamente modificado el art. 104.3 RP por contradecir lo dispuesto en el art. 36 CP, ya que alude a internos que no tengan extinguida la cuarta parte de la condena o conde-

63. El art. 36.2 CP deroga parcialmente de forma tácita preceptos de la Ley Orgánica General Penitenciaria que no se han modificado para coordinarlos con el Código penal, en particular el art. 73.2 LOGP, que establece que «siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los anteriores». Por su parte, el art. 72.4 LOGP declara que «en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión». El Consejo General del Poder Judicial propuso en sus *Informes*, cit.: 38-39, la modificación expresa de estos artículos para evitar contradicciones, pero su sugerencia no fue aceptada por el legislador.

nas, sin distinguir según la duración de la condena siempre que sea superior a un año, y ahora, tratándose de condenas superiores a cinco años, no se admite que el penado pueda pasar al tercer grado hasta que cumpla la mitad, aunque se le conozca bien y concurran, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el art. 102.2 RP. Los demás apartados y preceptos se refieren a penados con condenas de hasta un año, por lo que no se ven afectados por la modificación del Código penal, que alude a penados con condenas superiores a cinco años, y a enfermos muy graves con padecimientos incurables, que siguen constituyendo una excepción a la aplicación del régimen general.

Por tanto, tratándose de condenas inferiores a cinco años pero superiores a uno la regla general es que el condenado no pueda ser clasificado en tercer grado hasta haber cumplido al menos una cuarta parte de la condena, con las excepciones que hemos visto, y tratándose de condenas superiores a cinco años ha de haber cumplido al menos la mitad. El Consejo General del Poder Judicial justifica la reforma con argumentos basados en la prevención general positiva o integradora,[64] lo que es inasumible si se parte, como aquí hacemos, de que lo que se esconde detrás de ella no es más que una doctrina de corte autoritario, discriminatorio, que redunda en un mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos. Además de que no se tiene en cuenta que en la fase de ejecución de la pena deben primar las consideraciones de prevención especial.

A continuación el art. 36.2 segundo párrafo recoge una excepción a la aplicación del periodo de seguridad, y una excepción a la excepción: «El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador... podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento». Debemos entender por régimen general de cumplimiento la regulación del Reglamento Penitenciario, que prevé no conceder el tercer grado en condenas superiores a un año si no se ha cumplido una cuarta parte de la condena, con las excepciones que hemos visto. Se hace necesario para acceder a ese régimen general que el reo haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el art. 72.5 LOGP para considerar que ha observado buena

64. Cfr. *Informes*, cit.: 39-41.

conducta y existe respecto de él un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.[65] Esta regulación constituye una muestra más[66] del interés que el legislador español está tomando en la satisfacción de los intereses de las víctimas. Sin duda el pago de la responsabilidad civil, enmarcado en la reparación de los daños causados por el delito, puede tener efectos preventivo generales y preventivo especiales, por lo que no resulta descabellado asociarlo al juicio de peligrosidad que se realiza a la hora de efectuar el pronóstico de reinserción social.

En efecto, la reparación del perjuicio causado contribuye a la reafirmación del Ordenamiento jurídico poniendo de manifiesto, además, una menor necesidad de pena, e incluso en ocasiones la total ausencia de necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención especial, en particular cuando obedece a un móvil de arrepentimiento o de reconciliación con el Derecho.[67]

---

65. El art. 72 LOGP también ha sido modificado en esta reforma, introduciéndose un nuevo apartado con la siguiente redacción:

5) La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.

b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.

c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

66. Junto con la exigencia de pago de la responsabilidad civil para obtener la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, contenida en el art. 81.3.ª CP, la necesidad de tener en cuenta del esfuerzo por repara el daño causado a la hora de proceder a la sustitución de las penas privativas de libertad, como establece el art. 88.1 CP, o las causas de levantamiento y atenuación de la pena previstas tanto en la parte general como en la especial del Código penal, sobre las cuales se puede consultar mi obra, *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

67. Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte general. I. Introducción*, 5.ª ed. Civitas, Madrid, 1996: 40. Recuérdese, no obstante, que la valoración positiva de los móviles no es necesaria para afirmar la voluntariedad. Destaca los beneficios de la reparación desde el punto de vista de la prevención especial el Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit.: 45.

Como señala Roxin,[68] la reparación obliga al autor a enfrentarse con su víctima, que deja de ser un sujeto abstracto y anónimo, lo que puede dar lugar a una consternación interna que tenga efectos promotores de la resocialización. Por otra parte, siempre desde el punto de vista de la prevención especial, son evidentes los efectos positivos que supone la reparación para el delincuente, desde el momento que le permite evitar las consecuencias negativas que derivan de una estancia más o menos prolongada en prisión.[69] Desde el punto de vista de la prevención general, la comunidad entiende que no se trate igual a quien delinque y no paga la responsabilidad civil que a quien delinque y repara. Debe puntualizarse que aunque no se prevé el caso de que el condenado sea insolvente, como sí sucede en el art. 81.3 CP al regular la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, es obvio que esta circunstancia, debidamente acreditada, no puede ser obstáculo para acceder al régimen general.[70]

Un apunte al margen: es obvio que esta exigencia de pago de la responsabilidad civil derivada del delito para acceder al tercer grado va a afectar de modo decisivo a determinados delincuentes, como los que cometen delitos económicos (contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, contra la propiedad intelectual) o contra los derechos de los trabajadores.[71]

Esta posibilidad de aplicar el régimen general de cumplimiento existe únicamente «cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales». En estos casos no sólo no existe excepción alguna al periodo de seguridad, sino que «la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario... requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los

---

68. Cfr. Roxin, «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en VV.AA., *Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania*, CGPJ, Madrid, 1991: 152-153.

69. Cfr. Bustos y Larrauri, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, PPU, Barcelona, 1993: 25; Maier, «La víctima y el sistema penal», *Jueces para la Democracia* n.º 12, 1/1991: 37; o Silva Sánchez, «Medios no judiciales de reparación a la víctima», en Romeo Casabona (dir.), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1993: 352.

70. También el Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit.: 45, recuerda que «la exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil debe referirse a las posibilidades de reparación de acuerdo con la situación económica del penado en el momento en que haya de adoptarse la resolución sobre su progresión de grado».

71. Cfr. Maqueda Abreu, «Crítica a la reforma penal anunciada», cit.: 9.

términos del apartado anterior, que muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades» (apartado 6 del art. 72 LOGP, introducido por la LO 7/2003).

Esta regulación parece estar inspirada en la legislación italiana, que impide la aplicación de medidas alternativas a la prisión para los «irreductibles» por el mero hecho de la falta de colaboración,[72] además de permitir, cuando se den «graves motivos de orden y de seguridad pública», suspender la aplicación del tratamiento, «lo que, por otro lado, no significa que la adopción de formas de cárcel dura, según los parámetros de la teoría de la pena —retribución o prevención negativa— que ya con la Reforma penitenciaria de 1975 se creía haber abandonado».[73]

Al respecto conviene destacar, en primer lugar, que también los terroristas y delincuentes organizados deben pagar la responsabilidad civil que les corresponda como condición necesaria, que no suficiente, para conseguir el informe favorable de reinserción social.

En segundo lugar, en lo que respecta a la demostración inequívoca de haber abandonado los fines y los medios terroristas, se produce la vinculación de la progresión de grado a una opción político-ideológica, como es el rechazo de la violencia y de la

---

72. *Vid.* el art. 4 *bis* de la Ley Penitenciaria, modificado por el art. 1 de la Ley 356/1992. Sobre esta regulación, Guazzaloca, «Criterio del "doppio binario", utilizzo della, "premialità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza», en Giostra e Insolera (eds.), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Giuffrè, Milano, 1995: 144 ss.

73. Moccia, «El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales», *Revista Canaria de Ciencias Penales* n.º 5, julio 2000: 23. Sobre la lucha contra la mafia a través del Ordenamiento penitenciario, *vid.* Presutti (ed.), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Giuffrè, Milano, 1994, *pássim*.

pertenencia al grupo terrorista, que parte del entendimiento de que la delincuencia terrorista está estrechamente ligada a la asunción de una determinada ideología, de forma que, una vez rechazada ésta, el sujeto ya no es peligroso. Se premia esa opción ideológica,[74] como demuestra el hecho de que no sólo hayan de rechazar los medios terroristas, básicamente el empleo de la violencia, sino también los fines, que pueden ser perfectamente legítimos y defendibles en el marco de un Estado de Derecho siempre que se utilicen medios no violentos, como la independencia de una parte del territorio nacional.

Parece que no interesan tanto los hechos realizados como que el sujeto siga o no siendo un terrorista.[75] Señala Ferrajoli[76] que «dotar de relevancia penal a las opiniones políticas del acusado y... exigir un diagnóstico sobre su conciencia, contradice el primer postulado del liberalismo moderno: la libertad interior de la persona, garantizada por el carácter externo y material de los hechos juzgables y por la prohibición del castigo de los actos internos». Y aunque puede alegarse que, en efecto, es relevante para efectuar el pronóstico de reinserción el que el sujeto esté desvinculado de la banda o el grupo terrorista y haya abandonado los fines y los medios terroristas, lo cierto es que las tasas de reincidencia de condenados a penas graves por delitos de terrorismo que no se han desvinculado formalmente de la banda es muy baja, por no decir inexistente. Por lo demás, la acreditación de la desvinculación puede hacerse por cualquier medio, como se desprende de la fórmula utilizada, «lo que podrá acreditarse», que deja abierta la posibilidad de emplear medios distintos de los citados a título ejemplificativo.[77]

En tercer lugar, además de desvincularse de la asociación u organización el condenado ha de colaborar activamente con la

---

74. Cfr. Terradillos Basoco *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley de enjuiciamiento criminal*, Tecnos, Madrid, 1988: 39. Hace pocos años se congratulaba Ramos Vázquez, «Terrorismo e intervención penal», cit.: 101-102, de que el legislador no se hubiera mostrado receptivo entonces a introducir una especie de cadena perpetua para terroristas que sólo se vería limitada en caso de mostrar arrepentimiento, pues entendía este autor que «dicho mecanismo... es total y absolutamente rechazable, al suponer una intolerable aproximación a un Derecho penal de autor, incompatible... con un Estado democrático de Derecho». Pero todo cambia.

75. Así, Ferrajoli, «Emergenza penale e crisi della giurisdizione», *Dei delitti e delle pene* 1984: 275-276.

76. Ferrajoli, «La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell'emergenza», *Questione Giustizia* n.º 2, 1987: 271.

77. En este sentido, *vid.* también Renart García, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2003: 166-168.

Administración de Justicia. Y, por cierto, lo que se le exige que haga, impedir la producción de otros delitos, la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, etc., parece escasamente compatible con el hecho de que se trata de requisitos para el acceso al tercer grado, es decir, que el condenado ya ha cumplido la mitad de su condena, con lo que es dudoso que pueda suministrar información actualizada y relevante.[78] A lo que se añade que con ello se prima la delación, que siempre se ha considerado un acto moralmente reprobable,[79] y que supone una inversión de la carga de la prueba para el delatado,[80] además de estimular las acusaciones falsas que persiguen únicamente el fin de obtener el beneficio.[81] A ello se añade que la delación sólo es factible en muchas ocasiones para los cabecillas que conocen datos, no para los demás,[82] es decir, se beneficia a quien más sabe, lo que, se dice, constituye una lógica inconstitucional y criminógena.[83] No faltan sin embargo las voces a favor de este tipo de medidas en el ámbito de la ejecución de las penas, ya que puede ser una solución coherente con las exigencias de un Derecho penal preventivo orientado a la reinserción social y a

---

78. Así, Renart García, *La libertad condicional*, cit.: 184 ss. El Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit.: 47, entiende que este requisito «debe referirse a la posibilidad de una colaboración exigible al penado, y no como condición necesaria para el acceso a la libertad condicional entendida en término de eficacia policial», propuesta que comparto plenamente.

79. Así, entre otros, Arroyo Zapatero, «Terrorismo y sistema penal», en VV.AA., *Reforma política y Derecho*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985: 181; Bueno Arús, «Principios generales de la legislación antiterrorista», *RFDUCM* n.º 11 monográfico: 143; Cuesta Arzamendi, «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», *CPC* n.º 30, 1986: 582; García Rivas, «Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político», *Poder Judicial* n.º 10, 1984: 112; Vicente Remesal, *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, León, 1985: 76. Haciendo mías las palabras de Cuerda-Arnau, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995: 599, «personalmente, me sucede a mí lo que a Pacheco: que no me intereso en exceso por la lealtad que entre sí se guarden los criminales...».

80. Entre otros, Gómez Benítez, *Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo (una crítica con motivo del Proyecto de Ley Orgánica presentado por el Gobierno socialista en el Congreso el 30 de noviembre de 1983)*, Toledo, 1984: 50-51; Lamarca Pérez, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985: 348. Ampliamente, sobre los problemas procesales y de prueba que plantean las declaraciones de los coimputados, *vid.* Cuerda-Arnau, *Atenuación*, cit.: 609 ss.

81. Así, Cuerda-Arnau, *Atenuación*, cit.: 600.

82. Por todos, cfr. Terradillos Basoco, *Terrorismo y derecho*, cit.: 80.

83. Así, entre otros, Carbonell y Mira Benavent en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, volumen II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996: 2127. Esta objeción se puso de relieve también durante la tramitación parlamentaria de la LO 9/1984, dando lugar a la presentación por el Grupo Parlamentario Mixto (Sr. Bandrés Molet) de la enmienda n.º 6 de supresión del art. 57 *bis* b) CP 1944/73.

la evitación de futuros delitos.[84] Estamos ante preceptos orientados a la lucha antiterrorista que pretenden favorecer la colaboración en la averiguación de los hechos y de los culpables y la evitación de futuras actuaciones delictivas.

En cuarto lugar, los requisitos del art. 76.2 LOGP para la clasificación en tercer grado de terroristas y delincuentes organizados coinciden completamente con los que prevé el art. 90.1 CP con carácter general para acceder a la libertad condicional, lo que es muestra no sólo de la precipitación del legislador, que le lleva a no coordinar el texto de dos artículos que se modifican en la misma reforma, sino también de la existencia de un derecho excepcional con requisitos más gravosos para cierta clase de delincuentes.

Se modifica el art. 78 CP para conseguir el cumplimiento íntegro de la pena de prisión en más casos de los abarcados por la redacción anterior. Vayamos por partes. En primer lugar, se amplían los supuestos en que el cálculo para acceder a ciertos mecanismos que permiten un acortamiento del tiempo de estancia efectiva en prisión debe basarse en la totalidad de las penas impuestas y no en el máximo de cumplimiento efectivo de las penas determinado de acuerdo con lo previsto en el art. 76.1 CP: si antes se mencionaban únicamente los beneficios penitenciarios y la libertad condicional, ahora se añaden los permisos de salida y la clasificación en tercer grado.

La inclusión de los permisos de salida se ha querido justificar diciendo que España «no puede seguir siendo el único país de la Unión Europea en el que al día siguiente de entrar en prisión se pueden conceder permisos penitenciarios a quien está condenado... por delitos muy graves»,[85] lo que es manifiestamente incorrecto, puesto que la concesión de un permiso ordinario de salida requiere no sólo un informe previo del equipo técnico y la no observación de mala conducta, lo que ya por sí sólo supone el transcurso de un cierto lapso temporal, sino la extinción de la cuarta parte de la condena (arts. 47.2 LOGP y 154 RP).

En segundo lugar, sigue siendo potestativo para el juez o tribunal sentenciador «acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo

---

84. El Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit.: 48, dice que «es un presupuesto razonable de la liberación condicional de los autores de los delitos a que se refiere».

85. Palabras del Ministro de Justicia recogidas en el BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, Sesión Plenaria n.º 232, 6 de marzo de 2003: 11858.

de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias» «si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas» (art. 78.1 CP). Ahora bien, este acuerdo se convierte en preceptivo «en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas». Esto significa que siempre que el reo resulte condenado a más de 50, 60 u 80 años, según los casos, y por aplicación de los límites legales contemplados en el art. 76 CP sólo pueda cumplir respectivamente 25, 30 o 40 años, será obligatorio para el juez o tribunal realizar el cómputo para los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional atendiendo a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, y no al límite máximo de cumplimiento efectivo. Esta regulación supone que en algunos casos el condenado no llegará a disfrutar ni de beneficios penitenciarios ni de permisos, por no hablar del tercer grado o de la libertad condicional, puesto que llegará antes al límite máximo de años que puede cumplir (25, 30 o 40 según los casos) que a la mitad de la condena impuesta, que puede ser de cientos de años.[86]

El art. 78 CP sólo es aplicable a los concursos reales de delitos y a los casos en que las penas se han impuesto en distintos procedimientos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo, como claramente se desprende de su dicción literal: «si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76...».[87]

Con el cumplimiento íntegro de las penas nos encontramos «ante una posición estética y demagógica de utilización abusiva del Derecho penal al servicio de la apariencia de una política eficaz «cara a la galería». Y ello por varias razones: en primer lugar, no es cierto que la mayor duración en la ejecución de la pena tenga, en general, un efecto intimidatorio real. En segundo lugar, impide cualquier política penitenciaria al tener que prescindir de su arma más eficaz: el acortamiento de la duración de la pena y la aplicación de beneficios a cambio de un buen comportamiento y

---

86. *Vid.* los detallados ejemplos que aporta Renart García, *La libertad condicional*, cit.: 108 ss., y que demuestran las extraordinarias consecuencias respecto del cumplimiento de la condena que depara la decisión del juez o tribunal en el momento de individualizar la pena.

87. Así lo señala expresamente González Rus en Cobo del Rosal (coord.), *Comentarios*, III, cit.: 986.

del respeto al orden público dentro del establecimiento penitenciario. Y, sobre todo, impide de manera absoluta dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 25.2 de la Constitución».[88]

Teniendo en cuenta que esta regulación puede resultar manifiestamente desproporcionada en algún caso, la ley permite que «el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento» (art. 78.3 CP), esto es, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran nuevamente al límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable. Esta posibilidad incluida en el precepto «no altera las críticas acerca de su naturaleza híbrida, desafortunada e innecesaria, que siguen plenamente vigentes; en efecto, por un lado, pretende conciliar principios irreconciliables mediante una forzada técnica hermenéutica; por otro, su prescindibilidad se desprende de la propia experiencia: el sujeto que mantiene intacta su peligrosidad, que sostiene una actitud abiertamente inadaptada, que no sólo no reconoce sus delitos sino que se vanagloria de los mismos, no accederá al 3.er grado penitenciario ni, en consecuencia, disfrutará de libertad condicional porque no cumplirá los requisitos generales del art. 90 del CP».[89]

De esta excepción se exceptúan, valga la redundancia, los delitos de terrorismo contemplados en los arts. 571 a 580 CP y los cometidos en el seno de organizaciones criminales, en cuyo caso «la anterior posibilidad sólo será aplicable: *a*) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena. *b*) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena» (art. 78.3 CP).[90] Puede comprobarse aquí el afán retribucionista del legislador, que pretende que tanto los terroristas como los integrantes de

88. Carbonell Mateu, «Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 3, n.os 1 y 2, 2000: 17.

89. Renart García, *La libertad condicional*, cit.: 110.

90. Con esta modificación se opera un regreso a los orígenes del precepto, ya que durante la tramitación parlamentaria del Código penal de 1995 se pretendía aplicar el art. 78 exclusivamente a narcotraficantes y terroristas, y ante las críticas recibidas se decidió redactarlo de forma que su ámbito de aplicación fuera más amplio, para evitar acusaciones fundadas en la irracionalidad de la selectividad represiva.

organizaciones criminales que se encuentren en la situación contemplada en el art. 78 CP pasen en primer o segundo grado penitenciario el mayor tiempo posible, todo el de la condena si son peligrosos y cuatro quintas partes si no lo son y su pronóstico de reinserción es favorable, lo que a mi juicio resulta manifiestamente desproporcionado. Al respecto ha de señalarse además que si bien se delimitan con claridad los delitos de terrorismo, no puede decirse lo mismo acerca de los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. Pues, en efecto, ¿qué delitos se cometen en el seno de organizaciones criminales? ¿Sólo los de asociación ilícita? ¿Cualquier delito que contemple una agravante por organización (en España los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, blanqueo de capitales, defraudación tributaria, contra la Seguridad social, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tráfico de drogas y precursores y tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, así como el contrabando)? ¿Cualquier delito en cuya comisión se compruebe de hecho la existencia de una organización, aunque el Código penal no contemple una agravante específica por este motivo? Como puede observarse, la indefinición, y por tanto la inseguridad jurídica, es extrema.[91]

Y en materia de libertad condicional se insiste en la misma línea, ya que aunque se mantienen sin modificaciones dos de los requisitos generales para su obtención, el encontrarse en tercer grado de tratamiento penitenciario y que se hayan extinguido tres cuartas partes de la condena impuesta, se puntualiza respecto del tercero, consistente en que se haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, que «no se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria», declaración que resulta redundante, puesto que ya se establece como requisito para acceder al tercer grado el pago de la responsabilidad civil, y si no se está en tercer grado no se puede acceder a la libertad condicional. Y a los terroristas y delincuentes organizados se les vuelve a imponer la misma condición de estar desvinculados de la actividad

---

91. Lo reconoce el Consejo General del Poder Judicial, en los *Informes*, cit.: 33. Denuncia esta extrema indefinición Renart García, *La libertad condicional*, cit.: 159-163, quien llega a la conclusión de que «la aplicación de estos preceptos queda únicamente reservada para aquellos sujetos condenados en sentencia firme por los delitos tipificados en los arts. 187.3, 189.2, 302, 369.6, 370 y 371.2 del Código Penal», esto es, los delitos que contemplan una agravante por pertenencia a una organización, con el fin de evitar vulneraciones del principio de legalidad.

criminal que ya se prevé en la legislación penitenciaria para acceder al tercer grado.[92] El desajuste y la superposición de requisitos no puede ser mayor: para acceder al tercer grado deben haber pagado la responsabilidad civil y estar desvinculados de la actividad criminal, exactamente lo mismo que para acceder a la libertad condicional, para lo cual es necesario que estén en el tercer grado.

El requisito general conforme al cual han de haberse extinguido las tres cuartas partes de la condena para obtener la libertad condicional puede sustituirse por la extinción de dos tercios, siempre que el sujeto merezca el beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales (art. 91.1 CP). Pues bien, esta excepción no es aplicable a terroristas y delincuentes organizados, a los que tampoco es posible acceder al adelantamiento de la libertad condicional que prevé el art. 91.2 CP.[93] «Ninguna otra justificación que no sea el puro retribucionismo puede fundamentar la exclusión de los colectivos referenciados de la posibilidad de acceder a la libertad condicional de un modo anticipado».[94] No otros son los motivos

92. De acuerdo con el art. 90.1 CP, «en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades». Esta redacción es prácticamente igual a la del art. 76.2 LOGP.

93. Art. 91.2 CP: «A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos *a*) y *c*) del apartado 1 del artículo anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso».

94. Renart García, *La libertad condicional*, cit.: 189.

que llevan al legislador a imponer esta forma agravada de ejecución de las penas privativas de libertad sólo a terroristas y delincuentes organizados, porque en mi opinión no hay otra razón para meter en el mismo saco a estas dos categorías de delincuentes que el intento de enmascarar que se crea una legislación especial para terroristas. Es prueba de que sólo se piensa en los terroristas el que el art. 90.1 CP, al puntualizar cuándo se entiende que hay pronóstico de reinserción social mencione los fines y medios de la actividad «terrorista», la comisión de otros delitos «por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista», responsables «de delitos terroristas», etc., olvidándose de la delincuencia organizada común.

Con el fin de cerrar el sistema así diseñado se introducen dos nuevos apartados en el art. 93 CP, los n.os 2 y 3, que regulan la revocación de la libertad condicional concedida a terroristas.[95] En el caso de estos delincuentes se añade una causa de revocación a las ya previstas con carácter general para el resto de la población carcelaria, y es el incumplimiento de las condiciones que les permitieron el acceso a la libertad condicional, alusión que no puede sino referirse a la desvinculación respecto del grupo terrorista.[96] Dándose cualquiera de las tres causas de revocación, la consecuencia es que el penado reingresa en prisión «con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional», previsión que de nuevo pone de manifiesto el puro retribucionismo que se practica respecto de estos delincuentes, sin que se tenga presente si en efecto están desvinculados o no del grupo terrorista, si únicamente incumplieron una de las condiciones impuestas por el Juez, si el incumplimiento tiene explicación, se ha producido una sola vez o es reiterado, etc.

---

95. Art. 93 CP: 2) En el caso de condenados por delitos de terrorismo..., el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en dicho periodo de libertad condicional el condenado delinquiere, inobservare las reglas de conducta o incumpliere las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el periodo o grado penitenciario que corresponda.

3) En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

96. Coincide Renart García, *La libertad condicional*, cit.: 192.

Las reformas procesales en materia de ejecución de la pena de prisión

Se añade un nuevo apartado quinto a la Disposición adicional quinta de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con el fin de que «cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión». Con él se quiere hacer frente a la indignación popular que ha provocado la concesión del tercer grado o de la libertad condicional a terroristas no arrepentidos y a delincuentes peligrosos, pese a la oposición del Ministerio Fiscal, pues el recurso que éste pudiera presentar no tenía efectos suspensivos y no impedía, por tanto, la excarcelación. Con el fin de que la situación no se eternice, el segundo párrafo añade que «los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente».

No me parece que deba suscitar problemas esta cuestión. El Consejo General del Poder Judicial ha declarado que «no hay óbice constitucional para que la resolución que decreta la excarcelación anticipada del penado como consecuencia de una progresión de grado puesta en tela de juicio en el recurso de apelación, no sea de ejecución inmediata con el sólo dictado de la resolución recurrida».[97] Falta por ver si en verdad se va a garantizar la rapidez en la tramitación del citado recurso de apelación.

¿Efectos retroactivos de la reforma?

De acuerdo con la Disposición transitoria única de la LO 7/2003, «lo dispuesto conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de

97. Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit.: 50-51.

comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena».

Esta disposición plantea el problema de si las condiciones y circunstancias de la ejecución de la pena forman parte de su contenido hasta el punto de poder afirmarse que un cambio desfavorable al reo, como el que se ha producido, no puede ser aplicado a condenados que cumplen sentencia por hechos delictivos anteriores a su entrada en vigor o en virtud de condena anterior a su entrada en vigor por impedirlo el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales recogido en el art. 9.3 CE.

El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables se relaciona con los conceptos de delito, culpabilidad y pena, y con el principio de legalidad. El efecto retroactivo no sólo haría perder a la conminación penal abstracta su función preventiva, sino que lesionaría la seguridad jurídica de los ciudadanos, desde el momento en que éstos no podrían actuar con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos, viéndose sorprendidos *a posteriori* por una norma que no podían conocer en el momento de la acción, porque no existía.

Pues bien, se ha defendido que la Disposición transitoria que nos ocupa no supone retroactividad, sino retrospección, y que además no es restrictiva de derechos, porque eso supondría que existe previamente un derecho y no una mera expectativa.

El Consejo General del Poder Judicial, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, habla de retrospección o retroactividad impropia para referirse a aquellas disposiciones legales que con posterioridad «pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas», frente a la retroactividad auténtica, que supondría «anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley», concluyendo que en el primer caso «la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico», mientras que en el segundo «la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio».[98] Esta apelación al bien común no supone ni más ni menos que sustituir la razón jurídica por la razón de Estado, aceptar un

98. Cfr., *in extenso*, Consejo General del Poder Judicial, *Informes*, cit.: 51 ss.

principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no de carácter jurídico sino político, no subordinado a la ley como sistema de vínculos y garantías sino supraordenado a ella.[99] Es incongruente afirmar la estricta y absoluta prohibición de retroactividad para después admitir algunas limitaciones, pues «¿cómo puede algo ser absoluto pero limitado; regir estrictamente y, en cambio, estar en conflicto con otros mandatos «irrenunciables»; estar dotado de carácter absoluto y estricto y, sin embargo, tener que ceder o inaplicarse?».[100] Los principios pierden su valor cuando se flexibilizan o, en caso necesario, se apartan: dejan de ser principios. Y aun cuando aceptáramos que la prohibición de retroactividad deba admitir excepciones en supuestos extremos, lo cierto es que no nos encontramos ante uno de esos casos límite. El «bien común» al que alude el Consejo no es más que el afán punitivista de ciertos sectores sociales voceado y exacerbado por los medios de comunicación y por el legislador. Y lo mismo cabe decir, en caso de que se trate de retrospección y no de retroactividad, de la ponderación de bienes que según el Consejo ha de llevarse a cabo caso por caso, teniendo en cuenta la seguridad jurídica y los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico.

La distinción entre retroactividad y retrospección es artificial. Lo que resulta decisivo, a mi juicio, es determinar si el delincuente que ha sido condenado a pena de prisión tiene derecho a que se le aplique el régimen penitenciario existente en el momento de la comisión del hecho delictivo o de la condena, y no uno desfavorable para él que entre en vigor en un momento posterior.

Cuando entró en vigor el Código penal de 1995 se suprimió el beneficio de la redención de penas por el trabajo, lo que supuso una modificación que afectó al modo de ejecución de la pena. Sin embargo, se siguió aplicando a todos aquellos delincuentes con condena anterior a la entrada en vigor del Código penal de 1995 aunque en dicha fecha no lo estuvieran disfrutando, sea porque estaban en prisión provisional, sea porque se encontra-

---

99. Cfr. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit.: 808, que advierte de la ilegitimidad de la razón de Estado dictada por la emergencia hobbesiana, de forma que el estado de guerra justifica políticamente que se rompan las reglas de juego.

100. Alexy, «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín», *DOXA* n.º 23, 2000: 213. *Vid.* también muy crítico Zielinski, «Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt», en Samson, Dencker, Frisch, Frister, Reiss, (eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999: 811 ss.

ban en primer grado y no podían acceder a él, sea porque en aquel momento no cumplían los requisitos pero después sí.

De esta forma, aunque el preso aún no haya accedido al tercer grado o a la libertad condicional tiene derecho, y no una mera expectativa, a que no se modifique en sentido desfavorable el régimen penitenciario que se le aplica, pues si con él tenía derecho a que no se le mantuviera en un grado inferior cuando por su evolución merecía la progresión es obvio que el cambio operado, que atiende estrictamente al tiempo de condena cumplido, al menos hasta que transcurra la mitad de la condena, le afecta de forma desfavorable, violando su derecho a la seguridad jurídica y a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales. Lo mismo puede decirse de los nuevos y más estrictos requisitos para acceder al tercer grado y a la libertad condicional. La ley penal más favorable al reo debe ser ultractiva respecto de la más desfavorable si es más antigua que ésta.

En conclusión, la reforma debe aplicarse a condenas futuras por delitos futuros y a condenas futuras por delitos pasados, pero no a condenas pasadas.

Conclusiones

A mi entender, «la reforma penal propuesta ahonda aún más en una concepción arcaica, vindicativa y expiatoria de la pena de prisión. Profundiza en el desbordamiento de los límites garantistas... ofrece un derecho penal que si por una parte integra una imagen del ser humano cerrado a la sociedad, bloqueado en la condición de criminal peligroso y negado a perspectivas existenciales, por otra, ante su comprobada inadecuación para evitar la delincuencia y aún menos para resolver los problemas generales de la sociedad, se usa como vía de comunicación con los ciudadanos fieles para reforzar la confianza institucional sustituyendo su naturaleza democrática por su instrumentalización como técnica publicitaria entre los políticos y su público, como un instrumento que de-forma su sentido y con el que el Estado busca lealtades, silencios, por las dificultades y problemas de gobernabilidad, tanto ante específicos problemas concretos, más o menos coyunturales, como ante profundos desajustes estructurales».[101]

101. Muñagorri Laguía, «Acerca de las reformas del 2003», cit.: 240-241.

En fin, nos encontramos ante un retorno a posiciones puramente retribucionistas que se limitan a una exasperación de la gravedad de las penas y de las condiciones de su ejecución que recuerdan la posición mantenida por Binding, representante cualificado de una concepción de la pena desprovista de todo fin preventivo, o, desde otra perspectiva, por Von Liszt, partidario de la inocuización de los reincidentes mediante privación de libertad de duración indefinida, en relación con los delincuentes habituales o incorregibles, a principios del siglo XX.[102] Desde entonces se ha vivido el esplendor del principio de resocialización, que llevó a su constitucionalización en el art. 25.2 CE, y su abandono, más o menos soterrado pero cada vez más evidente, en el Código penal y en la normativa penitenciaria. «Para combatir una forma de delincuencia de las características del terrorismo, que supone un ataque a las bases del sistema democrático, se opta por supeditar los principios garantistas del Derecho penal contemporáneo a la efectividad de la intervención penal frente al mismo, de suerte que la excepcionalidad deviene justificada por la "defensa del Estado de Derecho" o de la democracia. Sin embargo, el Estado de Derecho no es un fin sino un medio y "no puede defenderse mediante su negación"».[103]

La situación que estamos viviendo no es un fenómeno nacional, ni siquiera exclusivamente europeo.[104] Están cambiando las reglas del juego. El «bien común», la razón de Estado, identificada con la conservación y el acrecentamiento de su potencia, tienden a convertirse en el fin primario e incondicionado de la acción de gobierno. El «enemigo» ha de ser suprimido en aras del interés general, sin parar mientes en el respeto a los principios que informan el Estado de Derecho. Frente a ello hemos de reafirmarnos en que «la razón jurídica del Estado de derecho... no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables e inocentes. No admite excepción a las reglas más que como hecho extra o antijurídico, dado que las reglas --si se las toma en serio como reglas y no como

---

102. *Vid.* Binding, Prólogo a su *Grundriss des Strafrechts. AT*, 1906; Von Liszt, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *ZStW* 1882: 1 ss.; del mismo autor, *La idea de fin en Derecho penal*, Edeval, Valparaíso, 1984.

103. Ramos Vázquez, «Terrorismo e intervención penal», cit.: 103, citando a Ferrajoli.

104. En el Derecho comparado *vid.* la situación peruana en Reyna Alfaro, «La política criminal peruana en materia de criminalidad organizada: reflexiones críticas preliminares», *CPC* n.º 80, 2003: 363 ss., donde denuncia que la actual política criminal de ese país en materia de corrupción administrativa se encuentra vinculada a la noción de un Derecho penal de enemigos que vulnera garantías y principios superiores del Derecho penal y procesal penal.

simples técnicas— no pueden ser doblegadas cada vez que conviene. Y en la jurisdicción el fin nunca justifica los medios, dado que los *medios*, es decir, las reglas y las formas, son las garantías de verdad y de libertad y como tales tienen valor para los momentos difíciles más que para los fáciles; en cambio, el *fin* no es ya el éxito a toda costa sobre el enemigo, sino la verdad procesal obtenida sólo por su medio y prejuzgada por su abandono».[105]

2) **Derecho penal intercultural y crisis del Principio de soberanía (*Ignacio Muñagorri Laguia*)**

Voy a intentar comunicar tres contenidos que considero nucleares del momento que nos convoca. El Derecho penal, la interculturalidad y la crisis del principio de soberanía del, así llamado, Estado-nación. La comunicación entre ellos la plantearé a partir de la exposición y comentario de las recientes propuestas de contrarreforma penal. La recientemente aprobada LO 7/2003 de 30 de junio de «medidas de reforma para el cumplimiento integro y efectivo de las penas» y otros proyectos en trámite parlamentario como el relativo a las «medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros» que modificará el Código Penal, la llamada Ley de extranjería y el Código civil, o el proyecto relativo a la modificación de la prisión provisional.

Antes de comunicar los objetos de análisis a partir de los textos legales que he citado, plantearé una serie de cuestiones previas para situar la posición desde la que los contemplo. Inicialmente la expresión «Derecho penal intercultural» puede resultar enigmática, pero he entendido que permitía diversas posibilidades interpretativas o diversas lecturas desde las que podía recorrerse. Sin pretender descifrar el enigma, me ha parecido de interés, a partir de tal expresión, poner en común unas reflexiones sobre la multiculturalidad de los derechos humanos y sobre los problemas de gobernabilidad que afectan en la actualidad a los Estados que, a su vez, tienden a instrumentalizar el control punitivo como pretendida vía para resolverlos.

Así, en relación con la expresión «Derecho penal intercultural» trataré la adjetivación «intercultural» desde una perspectiva que quizá no coincida con lo que la expresión parece sugerir. Hablar de «interculturalidad» supone ya una opción, que no es mera-

105. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit.: 830.

mente semántica, que expresa la comunicación entre diversidades culturales y que en su relación con el Derecho y especialmente con el Derecho penal, me parece de interés plantearla, como hace B. de S. Santos (1998), desde una concepción intercultural de los derechos humanos, entendiendo los derechos humanos como referencia de emancipación multicultural. A su vez, entiendo que esta lectura de la interculturalidad no es ajena, sino todo lo contrario, como intentaré mostrar, al segundo de los contenidos de análisis, la crisis de soberanía del Estado-nación a causa de la intensificación de la así llamada globalización. Esto es, que cabe hacer una lectura de los derechos humanos, en clave emancipatoria, conjunta y hermanada a una lectura de la globalización.

Lo que acabo de decir necesita ser aclarado. Por una parte porque determinados discursos sobre los derechos humanos han encubierto, ocultado, y continúan queriendo hacer invisibles sus propias violaciones que se practican con atrocidades extremas. Las políticas de los derechos humanos de Occidente desde la Segunda Guerra Mundial, y especialmente en los Estados Unidos, en conjunción con los medios masivos de comunicación, han sido descritas (Richard 1981) en una doble dirección. Por una parte, como «políticas de invisibilidad» y, por otra, como «políticas de supervisibilidad», al servicio de intereses geopolíticos y económicos de los Estados capitalistas hegemónicos. En segundo lugar, será preciso establecer la conexión entre la complejidad de los derechos humanos y la llamada globalización, para lo que seguiré las propuestas analíticas que presenta el autor citado, B. de S. Santos, «para resaltar y apoyar el potencial emancipatorio de las políticas de los derechos humanos en el doble contexto de la globalización, por una parte, y de la fragmentación cultural y la política de la identidad, por otra» (B. de S. Santos 1998: 347). En ellas, la lectura de la globalización se refiere no tanto a una caracterización de la nueva economía mundial como consecuencia de la mundialización de la producción de bienes y servicios y de los mercados financieros, sino que partiendo de entenderla como conjunto de relaciones sociales, se destacan sus dimensiones sociales, políticas y culturales como ámbitos de tensiones y conflictos, también locales en tanto que la localización se entiende como inseparable de la globalización. Esta referencia a la localización plantea que el significado de los procesos de globalización se entenderá en la medida en que se consideren los procesos adyacentes de relocalización que se dan conjuntamente. Por señalar una de las transformaciones más comúnmente asociada a la globalización, la comprensión del espacio-tiempo, el proceso social por el que

los fenómenos se aceleran y diseminan en el globo. Aparentemente monolítico, combina sin embargo situaciones altamente diferenciadas y por tanto no puede ser analizado al margen de las relaciones de poder que producen las diversas modalidades de tiempo y espaciales. Si el capital transnacional se apropia de la comprensión tiempo-espacio y la usa en su beneficio, los grupos y clases subordinados, por ejemplo, los trabajadores emigrantes o los refugiados, también participan de una gran movilidad pero carecen del control espacial-temporal (B. de S. Santos 1998: 349).

Brevemente, para no extenderme en exceso en esta primera parte, resumiré las propuestas del autor citado. La hipótesis puede consistir en que mientras los derechos humanos, tal como se han ido construyendo e imponiendo, sean concebidos como universales, tenderán a operar como «globalismo localizado», esto es, como forma de dominio específico de las prácticas e imperativos transnacionales sobre las condiciones locales que serán desestructuradas y reestructuradas para responder a los mandatos transnacionales. Sin embargo, para poder operar como una forma cosmopolita y contrahegemónica de globalización, los derechos humanos deberán ser reconceptuados como multiculturales, es decir, desde la pluralidad de las concepciones culturales de la dignidad humana. Para ello, se plantea trascender el debate entre universalismo y relativismo cultural pues si todas las culturas son relativas, todas aspiran a tener valores últimos aun siendo incompletos y problemáticos. Será preciso proponer «diálogos transculturales de problemas isomórficos» (B. de S. Santos 1998: 355), esto es, diálogos entre culturas con distintos contenidos pero que pueden cristalizar asociadas, recogiendo de las diferentes versiones de una cultura la que represente el mayor círculo de reciprocidad, la que vaya más allá en el reconocimiento del otro. Y ante las concepciones competitivas de igualdad y diferencia, optar por la comprensión del derecho a ser iguales siempre que la diferencia haga inferiores y al derecho a ser diferentes cuando la igualdad ponga en peligro la identidad. Esto es, buscar un diálogo transcultural sobre la dignidad humana que pueda llevar a una concepción mestiza de los derechos humanos que en lugar de restaurar falsos universalismos se organice como una constelación de significados locales mutuamente inteligibles y de redes que puedan ir transfiriendo el poder de esos significados a referencias normativas (B. de S. Santos 1998: 350-360).

Para lo que acabo de exponer parece necesario dedicarse al empeño por conseguir una comunicación lo más libre posible de

dominación, lo que Muguerza ha calificado de «utopía comunicativa» (Muguerza 2003: 17), que no supone quedar seducidos por la ilusión de hacer posible una absoluta transparencia comunicativa. Consiste, más bien, en que partiendo de la constatación de que el ámbito de la *praxis* humana es un terreno en el que se ventilan «conflictos de intereses», tratar de plantear la cuestión de cómo la razón, la discusión racional, puede conseguir abrirse paso en tales conflictos hasta alumbrar lo que puede denominarse «intereses generalizables», intereses susceptibles de convertirse en interés común (Muguerza 2003: 17-24).

La cuestión ahora, para continuar con el tema propuesto en este trabajo, consistirá en comprobar las direcciones político-criminales presentes en los textos legales citados y confrontarlas con los planteamientos anteriores.

Como se sabe, y ha sido aquí exhaustivamente examinado por Faraldo, la reciente L.O. 7/2003 de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas ha incorporado la elevación del límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión desde los 30 años del Código de 1995 a los 40 años (art. 76 CP). Estos 40 años podrán alcanzarse en dos supuestos diferenciados. El primero para el condenado por dos o más delitos y al menos dos de ellos estén castigados con la pena de prisión superior a 20 años (art. 76 c CP). El segundo, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo y alguno de ellos, uno solo, no dos como en el caso anterior, esté castigado con pena de prisión superior a 20 años. Estos dos supuestos, como el límite de 25 o 30 años de cumplimiento, se presentan como «excepcionales», reiterándose tanto en este artículo 76 CP como en el 36 CP la duración máxima de la pena de prisión, salvo excepciones como éstas, en 20 años.

Se ha introducido también el llamado «periodo de seguridad» como una especie de régimen de excepción del cumplimiento de la prisión, de manera que para las penas de prisión superiores a 5 años el condenado no podrá ser clasificado en tercer grado hasta haber cumplido la mitad de la pena, si bien se contempla la previsión de que el Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción y valorando las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones penitenciarias y las demás partes, se supone que también la víctimas, podrá acordar el régimen general de cumplimiento, posibilidad esta última de la que se excluye a los delitos de terrorismo o los cometidos en el seno de organizaciones criminales. Para estos dos últimos casos, se mantendrán, por tanto, «los periodos de seguridad» como regla general.

Junto a la elevación de la prisión a 40 años y este cumplimiento obligado de «seguridad» para acceder al tercer grado, se ha modificado también el tan criticado artículo 78 CP en la dirección de una clara exasperación punitiva. Si en la previsión anterior se establecía que en determinados supuestos de concurrencia delictiva, cuando la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la total impuesta, los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas, ello «sin perjuicio de lo que a la vista del tratamiento pueda resultar procedente», esto es, que a la vista de resultados favorables del tratamiento, el cómputo se establezca sobre el máximo de cumplimiento, 20, 25 o 30 años, en la regulación anterior, estableciéndose esos criterios para todo tipo de delitos, la nueva regulación recoge lo siguiente. Por una parte, el cómputo de tiempo desde la totalidad de la condena afectará no sólo a los beneficios penitenciarios y a la libertad condicional sino también a la clasificación en tercer grado y a los permisos de salida. Además de ello, la posibilidad de aplicación del régimen general, esto es, que el cómputo se establezca desde el máximo del cumplimiento, acordado por el Juez de Vigilancia tras los informes penitenciarios, es excluida para los supuestos de terrorismo o los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. Para estos dos supuestos esa posibilidad, estando presentes los informes vistos, sólo será aplicable cumplidos 32 años para acceder al tercer grado penitenciario, una quinta parte del límite máximo, o cumplidos 35 años para acceder a la libertad condicional, que quede por cumplir una octava parte del límite máximo (art. 78 CP). Estas previsiones, así como las de los periodos de seguridad, no contempladas en el Proyecto, se introdujeron a partir de una enmienda presentada conjuntamente por los dos partidos mayoritarios.

En relación con la libertad condicional regulada en el art. 90 CP, además de lo ya indicado, se mantienen los requisitos de la regulación anterior y se añaden otros. Se mantienen las exigencias de que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena, que el condenado se encuentre en tercer grado penitenciario (ya se han visto las dificultades añadidas para alcanzarlo) y que se haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción respecto del cual se suprime la previsión anterior de que se emitiese por los expertos que el Juez de Vigilancia estimase, emitiéndose ahora por la Administración penitenciaria. Además de esta última modificación citada, que supone una manifiesta opción contra la función de garantía judicial favoreciendo el arbitrario espacio

de las decisiones penitenciarias, se añaden otros requisitos. El primero, con carácter general, que se haya satisfecho, o se garantice satisfacer, la responsabilidad civil derivada del delito, satisfacción que se exige como presupuesto necesario para que se dé el pronóstico favorable. Para ello hay una remisión expresa del CP al art. 72.5 y 6 de la LOGP que también exige dicha satisfacción para acceder al tercer grado. El segundo requisito añadido se refiere a los condenados por terrorismo o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales. Para estos casos se entenderá que hay pronóstico favorable, y por tanto la posibilidad de alcanzar la libertad condicional, en relación con las previsiones vistas del art. 78 CP, una vez cumplidos 35 años de condena, cuando, cito el nuevo precepto: «muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno de actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades» (art. 90.1,c CP).

Respecto al supuesto especial de libertad condicional del art. 91 CP que en la anterior regulación la posibilitaba una vez cumplidas las dos terceras partes de la pena, en vez de las tres cuartas partes, siempre que se diese el tercer grado, el pronóstico de reinserción y además el penado hubiese realizado de manera continuada actividades laborales, culturales u ocupacionales, la reforma ha añadido los siguientes requisitos. En concordancia con el nuevo art. 90, la exigencia de la satisfacción de la responsabilidad civil, requisito también para acceder al tercer grado, y la exclusión de este supuesto de libertad condicional para los delitos de terrorismo o realizados en el seno de organizaciones criminales. A su vez, el nuevo apartado 2 del art. 91, incorporado también por vía de enmienda, ha añadido un nuevo supuesto de libertad condicional consistente en que por decisión del Juez de Vigilancia y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás

partes, concurriendo los requisitos comunes del tercer grado, del pronóstico favorable y de las actividades laborales, culturales u ocupacionales, cumplida la mitad de la condena, se podrá adelantar el plazo de los dos tercios, 90 días por cada año cumplido, cuando el penado acredite «la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento de desintoxicación, en su caso» (art. 90.2 CP). De esta previsión quedan excluidos los delitos de terrorismo o los realizados en el seno de organizaciones criminales.

También en relación con la libertad condicional ha sido modificado el art. 93 CP. Su anterior contenido relativo al tiempo en libertad condicional hasta cumplir la condena, su posible revocación en caso de delinquir o de inobservar las reglas de conducta impuestas, con el consiguiente reingreso en prisión sin perjuicio de computar el tiempo pasado en libertad condicional, pasa en la actual redacción a constituir el apartado 1 del art. 93 CP al que se añaden otros dos. Referidos a los casos de condenados por delitos de terrorismo en situación de libertad condicional, supuesto verdaderamente extraordinario en las previsiones normativas, no recogiéndose las condenas por delitos realizados en el seno de organizaciones criminales, se reproducen las previsiones generales para la revocación, a las que se añade junto a la comisión delictiva o a la inobservancia de las reglas de conducta, el incumplimiento de las condiciones, serán sólo algunas, que le permitieron acceder a la libertad condicional, por ejemplo, la no satisfacción de la responsabilidad civil. Además de ello, y para los supuestos, ya mencionados, de terrorismo, en el caso de la revocación de la libertad condicional y el reingreso en prisión para cumplir el resto de la condena, ello supondrá la «pérdida del tiempo pasado en libertad condicional» (art. 93. 2 y 3 CP) inaudita reacción punitiva que además de recordar previsiones preconstitucionales atribuye a la norma penal la capacidad, parece que milagrosa, de transformar en inexistente un tiempo que ha existido.

La reforma también recoge sendas modificaciones de la LO del Poder Judicial, de la LOGP y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Respecto a la LO del Poder Judicial se ha introducido la previsión de que cuando se recurran en apelación resoluciones relativas a la clasificación de los penados o a la concesión de la libertad condicional que puedan dar lugar a la excarcelación, en caso de condenados por delitos graves, los que conlleven prisión superior a tres años, «el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provin-

cial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión». Aunque se contemple la tramitación preferente y urgente de los recursos de apelación (Disposición Adicional Quinta, 5, LO del Poder Judicial) la singularidad de esta modificación llanamente consiste en priorizar la no libertad sobre la libertad aunque esta haya sido decidida en sede judicial.

Con relación a la LOGP, las reformas, introducción de los apartados 5 y 6 en su art. 72, respecto a la progresión al tercer grado penitenciario y los nuevos requisitos, especialmente respecto a la satisfacción de la responsabilidad civil, y las nuevas exigencias para los delitos de terrorismo, abandono expreso, colaboración activa, etc., son paralelas a las ya vistas del CP, por lo que omitiré su referencia concreta en este momento. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal también se refiere a la responsabilidad civil con la previsión de su ejecución provisional según la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la previsión también de acudir a las instancias tributarias, estatales o forales, para la investigación patrimonial.

La Disposición Transitoria Única de esta ley de reforma ha establecido que tanto los modificados artículos 90 y 93.2 CP respecto a las exigencias para acceder a la libertad condicional como el modificado art. 72.5 y 6 de la LOGP respecto al tercer grado penitenciario, serán de aplicación desde la entrada en vigor de la nueva Ley, «con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena», esto es, que los preceptos recogidos en esta Disposición transitoria tendrán efecto retroactivo.

Entiendo que no es casual que la amplísima reforma en curso haya comenzado por este extraordinario incremento de la pena de prisión y de la propia disciplina carcelaria que se ha articulado sin atender criterios de proporcionalidad ni derechos de las personas sino sencillamente, a partir de una decisión política de hacer efectiva una larga condena de prisión, con el uso de la calculadora, por utilizar una expresión descriptiva, impidiendo que el derecho a la libertad y la libertad como valor superior del ordenamiento pudiese, en su caso, evitar la muerte en vida o esta forma de pena de muerte de ejecución lenta. Pero otra batería de medidas, una segunda oleada represiva, se recoge en el texto ya citado, del Proyecto de LO de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que, me temo, verá pronto la luz, y otra tercera en el Proyecto de modificación del CP que propone la modificación de alrededor de 160 artículos del CP vigente. Para no extenderme demasiado, haré una breve relación de las propuestas

de modificación contenidas en el primero de los textos citados que pueden afectar al sistema de penas.*

Cuando esto escribo, la reforma sobre «medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros» se encuentra en el Senado, habiendo sido aprobada previamente en el Congreso. En ella se recoge la modificación de las reglas del art. 66 CP sobre la apreciación de las circunstancias, proponiéndose una agravación cualificada, potestativamente pena superior en grado en su mitad inferior, cuando concurran dos o más circunstancias agravantes y no concurra ninguna atenuante. De modo paralelo, se cualifica la reincidencia, haber sido ejecutoriamente condenado al menos por tres delitos, con la posibilidad de aplicar la pena superior en grado en toda su extensión. Además, la comisión en el plazo de un año de cuatro faltas de hurto con ausencia por tanto de violencia o intimidación y mínima cuantía, de hurto de uso de vehículos a motor o de lesión que no necesite tratamiento, pasarán a ser sancionadas como delitos incorporándose en el caso de faltas de lesiones, convertidas en delito atenuado, la pena de prisión de 3 a 6 meses, rebajándose así la duración mínima de la prisión. Los hurtos menores a 50.000 pesetas realizados cuatro veces en un año y con montante superior a esa cantidad conllevan una pena de 6 a 18 meses de prisión (art. 234 CP). En relación con los emigrantes, la previsión del artículo 89 CP respecto al régimen de sustitución de las penas de prisión, se modifica en los términos siguientes: las penas privativas de libertad inferiores a 6 años impuestas a un extranjero no residente legalmente se sustituirán en la sentencia por la expulsión salvo que excepcionalmente se aprecie el cumplimiento en España. En la actual regulación se contempla potestativamente la sustitución por la expulsión. Igualmente se acordará la expulsión en casos de condenas iguales o superiores a 6 años al acceder al tercer grado o una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena salvo que excepcionalmente, por la naturaleza del delito, se acuerde finalizar el cumplimiento. Se suprime, para ambos casos de condenas, la actual previsión de oír previamente al condenado. Para los condenados extranjeros no residentes legales se suprime la previsión general de suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a dos años. A su vez, se añade como novedad que la expulsión supondrá el archivo de cualquier procedimiento dirigido a la autoriza-

---

* Resulta evidente que algunos Proyectos de Ley citados ya han sido aprobados recientemente. No obstante, se ha preferido respetar la voluntad del autor tal y como expresó estas opiniones en su momento [*N. del Coord.*].

ción de residencia o trabajo. Se mantiene la prohibición de regreso en diez años y en caso de intento de quebrantamiento de la expulsión o de la prohibición de regreso se procederá de nuevo a la expulsión añadiéndose que, en este caso, el plazo de prohibición para regresar empezará de nuevo a computarse. En relación con la sustitución de una medida de seguridad privativa de libertad por la expulsión, art. 108 CP, se mantiene la audiencia previa, se sustituye el carácter potestativo por el imperativo, salvo supuestos excepcionales, se añade como efecto de la expulsión sustitutiva la paralización de los procedimientos de residencia o trabajo, se mantiene el plazo de 10 años de prohibición de regreso, y se recoge la previsión ya vista en los supuestos de tentativa de quebrantamiento de la expulsión o la prohibición de entrada. Por otra parte se elevan notablemente las penas del art. 318 bis CP procedente de la Disposición final 2.ª de la LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. A su vez, estas reformas resultan concordantes con la LO acabada de citar con la que mantienen una relación de complementariedad en el orden punitivo. Así, en supuestos de extranjeros procesados o inculpados por delito o falta, con pena inferior a 6 años y este hecho conste en el expediente administrativo de expulsión, se propone, en la modificación del art. 57.4 de la LO sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social, que la autoridad gubernativa someterá al Juez que autorice en el plazo máximo de 3 días su expulsión. Como se sabe, la LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social fue reformada, o mejor contrarreformada, casi en su totalidad por la LO 7/2000 de 22 de diciembre, que manteniendo la distinción entre inmigración legal e ilegal, afecta negativamente a derechos fundamentales como los de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga o asistencia jurídica gratuita (Silveira 2003), lo que ha sido calificado por Dal Lago como reducción de ciertas categorías de seres humanos de personas a no personas (Lago 2000). El empeño en continuar e incrementar las respuestas de control policial y represivas, que no evitan la continua entrada de inmigrantes y que están teniendo consecuencias extraordinariamente negativas, ante un fenómeno social de raíces estructurales, muestra a las claras que lo que está provocando no se compadece con lo declarado en el título de la LO.

Como han podido conocer, estas reformas se han descrito desde altos representantes del Gobierno con las imágenes de «barrer las calles» o «que se pudran en las cárceles» pero también son explicadas en sus propias Exposiciones de Motivos. Así, la LO

aprobada en junio pasado se justifica en base a los «principios de legalidad y tipicidad», en «garantizar la seguridad jurídica», la «certeza jurídica» junto a la finalidad de «concretar la forma de cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera integra y efectiva» y ello ante la afirmación de que «en el cumplimiento de las penas existen amplios ámbitos de discrecionalidad». Por otra parte se señala que «la Ley persigue un claro objetivo [...] lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad» ante la «demanda social», expresiones todas ellas enormemente simples, aparentemente garantizadoras y tranquilizadoras con las que la política pretende afianzar su prestigio aunque manipule las amenazas y tras las cuales las respuestas más represivas y desproporcionadas son presentadas como beneficio o como gratificación para hacer impensable su rechazo. Puede adelantarse que las referencias expresas a las garantías de legalidad serían, en su caso, un mínimo obvio e ineludible que remite a las técnicas o procedimientos de elaboración de las normas pero que aun siendo así, el propio texto de la reforma desmiente. Las referidas a la certeza y seguridad jurídica no sólo no son una mera consecuencia automática de la legalidad, y menos aún en el ámbito del cumplimiento de la pena de prisión, sino que incluso son frontalmente negadas por la propia reforma aprobada al integrar, por ejemplo la aplicación retroactiva de requisitos restrictivos hasta ahora inexistentes en relación con la libertad condicional. El recurso a la «demanda social» y al interés general o común no deja de ser más que una instrumentalización engañosa y autoritaria de la norma penal. La referencia que también se hace en la Exposición de Motivos de que las reglas del CP para dar cumplimiento a los principios generales del ordenamiento se están utilizando para vulnerar dichos principios, en relación con la reforma del art. 76 CP y la elevación a 40 años de la pena de prisión, es sencillamente falsa. El legislador penal sabe, o puede saber, que el cumplimiento de la pena de prisión desde la entrada en vigor del CP de 1995 ha coexistido con las previsiones del CP anterior relativas a la redención de penas por el trabajo. No hay pues, en este terreno, una instrumentalización para vulnerar «las reglas y principios del Estado de Derecho» sino que se trata de una cuestión de estricta legalidad sustentada en la Disposición transitoria segunda del CP de 1995 como el TS ha reiterado.

Respecto a las medidas propuestas sobre «seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración de los extranjeros» comienza su Exposición de Motivos remitiéndose al Plan de lucha contra la delincuencia de septiembre de 2002. Como veremos más adelante, la puesta en práctica de dicho plan no ha ido tanto

dirigida a prevenir o investigar conductas delictivas cuanto a la búsqueda de extranjeros en situación administrativa irregular. Por otra parte no deja de ser llamativo el título de la norma propuesta. La expresión «seguridad ciudadana» representa uno de esos intercambios que se realizan en la economía política sancionatoria. Nada tiene que ver esta reforma así titulada con la LO sobre Protección de la Seguridad Ciudadana de 1992 pero participa de esos «universos simbólicos asentados en una dinámica ideológica de enorme componente de estereotipación y simplificación», instrumentos de «ignorancia dirigida» para aproximarse a la realidad (Muñoz 1995: 318-319) Por otra parte, en relación con la «violencia doméstica», lo único que hace es cambiar la ubicación sistemática de estas conductas en el CP y la elevación de sus penas además de transformar las faltas en delitos y ello cuando sistemáticamente se viene rechazando por la mayoría parlamentaria el atender estos supuestos de violencia, especialmente afectados por la desigualdad en razón del género, desde una perspectiva integral que atienda transversalmente muy diversos ámbitos de las relaciones sociales. Las referencias a los extranjeros consisten, y no es una paradoja sino de nuevo Alicia, en fortalecer su expulsión y en reducir, aún más, sus derechos. No deja de ser aparentemente paradójica esta construcción de un mundo al revés. El ejercicio de los derechos políticos de los emigrantes que sería el presupuesto para la atribuida «integración» no sólo está ausente, como hemos visto, sino que se plantea, en su caso, al final del proceso.

En comentarios que no hace mucho tiempo hice a la presencia de la pena de prisión en el CP de 1995 (Muñagorri 1998), y a la interpretación del artículo 25.2 CE en relación a la legalidad del cumplimiento de de la pena de prisión (Muñagorri 2000), señalaba que el anterior artículo 78 CP, con la previsión del cumplimiento efectivo de 30 años de prisión en relación con una población penitenciaria selectivamente definida como delincuente, y con la penetración en la legislación penal de los mecanismos de ejecución penitenciaria, se cedían o abandonaban límites de garantías, se perdía en certeza, se seguía perdiendo en la consideración y el empeño del Derecho penal mínimo al desbordarse la pena carcelaria, perdía la cultura jurídica garantista al articularse instrumentos jurídico-penales enormemente violentos y perdía también la cultura social ante significados procedentes del Derecho Penal eminentemente autoritarios no ya sólo respecto al delito y a la pena sino también a la autoridad, al poder, la normalidad o los conflictos sociales (Sumner 1994; Muñagorri 1998). Las reformas recientemente aprobadas y las reformas pen-

dientes no sólo reafirman aquellas críticas sino que ofrecen aun más argumentos para incrementarlas. También comentaba que el mandato del constituyente al legislador contenido en el artículo 25.2 CE ofrece criterios de articulación de la pena privativa de libertad que siendo insuficiente para justificar el recurso a la prisión (Eusebi 1994), deberán estar centrados en el sujeto de necesidades para quien se articulará no tanto el menor daño de sus derechos esenciales cuanto el ejercicio de tales derechos lo que exige poner en práctica la articulación institucional para el ofrecimiento de los recursos necesarios (Baratta 1994). También entendía, y sigo entendiendo, que el artículo 25.2 CE se distancia de una concepción premoderna y ancestral de la pena de prisión como expiación (Moccia 1997).

A mi entender, la reforma penal ahonda aún más en una concepción arcaica, vindicativa y expiatoria de la pena de prisión. Profundiza en el desbordamiento de los límites garantistas. Es manifiestamente liberticida y clasista, y por clasista, xenófoba. Introduce elementos de privatización en la gestión punitiva de la no libertad y ofrece un Derecho Penal que si por una parte integra una imagen del ser humano cerrado a la socializad, bloqueado en su condición de criminal peligroso y negado a perspectivas existenciales (Eusebi 1994; Muñagorri 1998), por otra, ante su comprobada inadecuación para evitar la delincuencia y aún menos para resolver los problemas generales de la sociedad, se usa como instrumento de comunicación con los ciudadanos fieles para reforzar, o recuperar, la confianza institucional, sustituyendo su forma democrática por su instrumentalización como técnica publicitaria entre los políticos y su público (Baratta 1991; Pavarini 1994), como un instrumento que deforma su sentido y con el que el Estado busca lealtades, silencios, por las dificultades y problemas de gobernabilidad, tanto ante específicos problemas concretos, más o menos coyunturales, como ante profundos desajustes estructurales.

Si la pena de prisión constituye no sólo la privación de libertad sino que dado que la libertad es el presupuesto para el ejercicio de otros derechos, constituye también una injerencia tendencialmente global respecto a todos lo derechos personales y alcanza al cuerpo (Eusebi 1994; Muñagorri 1998), la elevación a cuarenta años de la pena de prisión, las dificultades y exigencias añadidas para acceder al tercer grado y, en su caso, a la libertad condicional, sólo pueden ser entendidas como vindicativa disciplina expiatoria. Para ello se acude al arcaico ritual de la autoconfesión, al deber de colaboración activa con la autoridad y a la delación, que se exigen como penitencia. Estas previsiones lega-

les recuerdan los «Edictos de las delaciones» que la Inquisición publicaba todos los años, en Cuaresma, y que establecían la obligación de delatar sin exceptuar a los familiares más cercanos, amenazando a quien no lo hiciese. Pero también pueden recordarse la críticas que hiciera Jiménez de Asúa, «el abominable premio a la delación», «la intención corruptora de la Ley», o Bernardo de Quirós que consideró el estímulo o precio por la delación «poco favorable a las virtudes morales» (Martinez Fresneda 1984), críticas que pese a la renovada presencia de estas respuestas premiales en diversas legislaciones penales, se siguen reproduciendo por lo que tienen de «moralmente condenables», por «su dudosa fiabilidad como medio de prueba», de «violación de los principios de igualdad y no discriminación» y de «reducción injustificable de la pena» (Beernaert 2003: 85-88). Con la autoculpabilización y la denuncia del otro, como expiación, el acusado se convierte en acusador de sí mismo, en protagonista de su propia acusación y como prueba de arrepentimiento, como penitencia, en delator. Así, el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable, aunque ya se esté en fase de ejecución, se transforma en un obstáculo para la libertad, su negación se utiliza como valor de cambio. Además, la petición de perdón a las víctimas, como otro momento expiatorio, entiendo que lleva a consecuencias perversas también para la propia víctima. Por una parte al hacerla partícipe de una pena de prisión articulada como venganza y como expiación. Por otra, al introducir elementos de privatización en la ejecución de la pena de prisión. Entiendo que también en el tratamiento que se ha dado a las víctimas la reforma ha errado recogiendo, como señala Ricoeur, «el resurgir del espíritu de venganza en todo momento del largo proceso a través del cual nuestro sentido de la justicia intenta remontar su enraizamiento en la violencia» (Ricoeur 2001: 265-266). Difícilmente, recuerda Mate, escaparemos al resentimiento, a confundir la justicia con venganza (Mate 2003: 101) pero si, como hemos visto, hay diversas presencias de las víctimas en los preceptos reformados, no se termina de entender que en el único precepto en el que se recoge «la participación efectiva y favorable en programas de reparación a la víctima», art. 91 CP, se excluyan expresamente los delitos de terrorismo. En este caso no hay pretensión de comunicación, no hay lenguaje, no hay memoria, hay exclusión, esto es, ausencia de lenguaje.

Al centrarse este primer momento de la reforma en la pena de prisión, en el momento más desformalizado y con mayor vigencia de una normatividad de ínfimo rango y también de una normatividad fáctica, se multiplica el laberinto del oculto obser-

vatorio penitenciario, se incrementa la incertidumbre, la inseguridad, se incrementan los múltiples caminos de un espacio especialmente sometido, de «especial supremacía» de la Administración (Rivera 2000; Muñagorri 2000). Los llamados «periodos de seguridad» y sus excepciones, sus retornos, a la vez que incrementan la cárcel segura y asegurada, incrementan también los procedimientos selectivos, definen el irredimible a quien ofrecen el purgatorio de su salvación. La presencia de estos «periodos de seguridad» se justifica en la Exposición de Motivos por ser una de las «propuestas elevadas por la comisión técnica para el estudio de la reforma del sistema de penas». Pero, para evitar equívocos, García Valdés, miembro de la Comisión Técnica de reforma del CP ha rechazado la reforma afirmando que el cumplimiento de la pena sin remisión, suprimir la esperanza de salir en libertad, supone un retroceso al inicio del siglo XIX (*El País*, 18, febrero, 2003). La pretendida reforma de la prisión provisional también recoge numerosos motivos de crítica. Cuando desde el Gobierno, como expone J. Fernández Entralgo (2003), se proclama que el presunto delincuente no pueda volver a delinquir mientras está en espera de sentencia firme, se está haciendo referencia a un imposible constitucional. Quien está acusado no es presunto delincuente sino inocente en tanto no se demuestre y proclame irrevocablemente su responsabilidad. Por tanto, no puede «volver a delinquir». Similar imposibilidad jurídica se encuentra en otras expresiones, también procedentes del Gobierno, como la que propone que hay que evitar que a los delincuentes que se detiene entren por una puerta y salgan por otra, identificación como se ve errónea entre detenidos y delincuentes. Más grave es que el propio TC participe de tal confusión al justificar la prisión sin condena cuando exista peligro de reiteración delictiva (STC 40/1987), ante el peligro de otro o ulteriores delitos, si bien en dicho Tribunal se han venido manifestando más recientemente, en votos particulares, opiniones contrarias a la actual regulación del art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ante tales pronunciamientos, la reforma que se propone reproduce tales errores, se distancia de una medida cautelar que se diferencie de la respuesta a los declarados penalmente responsables cuando en su Exposición de Motivos se justifica para evitar que «el imputado cometa nuevos hechos delictivos», y confirma así su imposición como pena adelantada contrariamente a las garantías constitucionales de libertad, el debido proceso y la presunción de inocencia (Anitua 2003: 68).

Entiendo que las otras medidas como la cualificación de las agravantes especialmente de la reincidencia que sobrepasa el

grado de responsabilidad por el hecho y desborda los límites sancionatorios de los respectivos tipos, la transformación de las faltas en delitos desnaturalizando el daño de cada uno de los diferentes hechos, y la expulsión de los extranjeros, por vía administrativa previo internamiento o como sustitutivo penal, junto a la incrementada restricción de sus derechos, además de ser especialmente arbitrarias, entiendo que permiten su comprensión alrededor de una interpretación común como es la de la criminalización de la pobreza. Sólo hay que ver quiénes son los definidos como autores de las reiteradas faltas contra el patrimonio o de hurto de uso o de lesiones, repeticiones de ilícitos de mínima gravedad, pequeños desórdenes, de los que parece no interesar tanto los hechos como sus autores, fácilmente observables en la medida en que las calles vayan transformándose en comisarías volantes. Los pobres no son productivos, no son consumidores, no son necesarios para la rentabilidad de las empresas, ni para el incremento de la acumulación. Se contemplan como desechos sociales muy presentes en las calles porque no tienen otro lugar para sobrevivir. Así que se propone barrer, limpiar las calles de la basura, de lo inútil, de los «expulsados del mercado» (Baumann 2000: 12) e incrementar las cárceles destinadas a ser depósitos de seres humanos tratados como residuos sociales. A rentabilidad cero, «impunidad cero», se dice, y para ello más policía, más cárcel, más Derecho penal, más Estado penal y menos políticas sociales (Saenz 2002) (Reducción del 24 al 19,2 % del PIB en agosto de 2003). Pero la llamada «tolerancia cero» consiste en «intolerancia selectiva» (Wanquant 1999: 15). Como han podido conocer, la primera operación de relevancia del llamado «Plan de lucha contra la delincuencia» que antes he citado, el «Plan Focus», consiguió en el mes de noviembre pasado incrementar en un 25 % como media las detenciones en las ocho ciudades en que se aplicó, pero tal incremento se debió, en su amplísima mayoría, por la detención de extranjeros indocumentados, siendo así el motivo de las detenciones no ya la delincuencia sino la emigración irregular y el detonante, los rasgos raciales (*El País*, 8, marzo, 2003). Sin embargo, la confusión está dada. La identificación no comprobada e incluso contundentemente desmentida por un reciente informe de la UE basado en 17 investigaciones alcanza, entre otras conclusiones, que no hay ninguna relación causa-efecto entre inmigración y criminalidad y paro (*El País*, 15, marzo, 2003) pero se oculta. La confusión se crea desde prácticas institucionales y para exorcizar los miedos creados se recurre a la expulsión. Por otra parte, la agravación de las penas no sólo por la elevación de su duración

sino también por la cualificación de las agravantes, por la reincidencia y por la transformación de las faltas en delitos, llevará a más prisión provisional, más pena adelantada, también más condenas, más cárcel, más segregación selectiva. De este modo, los niveles de encarcelamiento se convierten en una consecuencia directa de decisiones políticas.

Si he recurrido a términos como «batería de medidas» o «segunda oleada represiva» que remiten a escenarios bélicos, ello responde a la consideración de que se está construyendo, ya desde hace tiempo (Pérez del Valle 2001: 597-613) un derecho penal que conforma la no persona, el enemigo a eliminar y que recuerda, con todas las distancias históricas, políticas y jurídicas, a los «extraños a la comunidad» del derecho penal nacionalsocialista (Fr. Muñoz Conde 2002: 280-285). Como ha señalado G. Portilla (2003), la continuada penetración especialmente desde los años ochenta en nuestro derecho de la excepcionalidad en el CP y en la legislación procesal penal, expande la noción del enemigo. La privación de garantías va definiendo la no persona, como se ha comentado en el caso de la inmigración irregular. Y la no persona, más allá, y más acá, de la construcción normativa es no-sujeto, no-individuo, pretensión de negación de la individualidad concreta y real. La expansión alcanza no sólo a las organizaciones terroristas sino también al terrorista individual sin pertenencia a ninguna organización y también a la criminalidad organizada. Afecta no sólo a los medios sino también a los fines. Se expande a todos los que habitan el estructuralmente construido mundo de la pobreza. La presunción de inocencia se violenta no sólo con la pena adelantada, sino también con la aplicación de las consecuencias accesorias a la pena que se imponen en fase procesal. Se atiende no ya al hecho sino al autor con la utilización extensiva del inconcreto criterio de la peligrosidad y el consiguiente incremento de la desigualdad, la discrecionalidad y la incertidumbre. La prueba se sustenta, en muchos casos, por la mera denuncia policial que elevada sin mayor fundamentación a la categoría de «razonamiento jurídico» se convierte en el presupuesto de un uso generalizado de las medidas cautelares que, como condenas anticipadas, van vaciando derechos fundamentales como el de la libertad, el asociacionismo político, el derecho de reunión y manifestación, o la libertad de expresión y el derecho a comunicar y recibir información. Esta anticipación de la condena corre paralela con la transformación de la lesividad en peligrosidad, de la lesión en riesgo aunque sea remoto, y con la exigencia de cumplimiento de deberes cuya omisión se sanciona. Se invierten las normas penales y procesales-penales en

un permanentemente creciente horizonte penal impredecible, cada vez más habitado por las sombras y la incertidumbre, como incierto es el mantenimiento del empleo, incierta la protección por el desempleo, la cobertura pública de la salud o de las pensiones o por la supervivencia garantizada de amplios sectores de población. Ante estos problemas parece que el Estado minimiza por una parte su intervención para equilibrar, aunque sea inestablemente, las relaciones entre economía y sociedad, gestiona con la llamada flexibilidad y la reducción del gasto social las tasas de beneficio del capital y, por otra parte, el otro lado del espejo, maximiza la penalidad y el derecho sancionador en general a la vez que incrementa, especialmente y de manera complementaria, el control formal e informal, la vigilancia, la visibilidad sobre la nueva complejidad social.

Para ir terminando comentaré esto último retomando cuestiones que planteé al comienzo como la de la gobernabilidad en relación con la penalidad. Me parece que la reestructuración del capital, no sólo en clave de mundialización sino también en sus propias transformaciones productivas como la automatización o el «trabajo inmaterial» a través de los circuitos informáticos, por otra parte la desestructuración del Estado social y además las ofensivas neoliberales, obligan a complementar los análisis sobre la penalidad. Hasta hace poco, unas décadas, como ha mostrado De Giorgi (2000), la penalidad y especialmente la cárcel como su practica hegemónica participaban, junto a otras intervenciones del Estado social, en estrategias de inclusión de lo que permanecía fuera de un mercado de trabajo todavía regulado, contradictoria y tensionalmente garantizado y estable, indeterminado en el tiempo y tendencialmente abierto. Eran tiempos en los que la ciudadanía podía ser pensada, practicada y gobernada en términos de derechos sociales reconocidos. El universo definido como criminal se interpretaba como producto de un déficit de ciudadanía, como carencia de derechos sociales. Allí donde la inclusión social no se producía directamente a través del trabajo, intervenían una pluralidad de acciones correctivas, incluida la cárcel aunque no sólo. Entiendo que la llamada ideología del tratamiento se corresponde bien con esa fase. Sin embargo, la presencia de amplios sectores de población permanentemente desempleada o subempleada, que oscila entre desocupación y trabajo irregular, excluida del territorio del empleo garantizado, población excedente, marginalizada, innecesaria para la producción de bienes y servicios ahora globalizada y que cada vez necesita menos fuerza de trabajo, ofrece una geografía creciente de sujetos expulsados de los sectores productivos en continua reestructuración, relo-

calización, complementación, trabajo sumergido, mercados paralelos no regulados, temporalidad, precariedad, inestabilidad, imposibilidad de acceso a prestaciones asistenciales de inserción en contextos de derechos socialmente reconocidos y tutelados. A. Gorz (1994) lo ha descrito como una nueva articulación del nexo trabajo-salario-ciudadanía en el sentido de que el posible acceso al empleo no garantiza un paralelo acceso a la ciudadanía para una pluralidad creciente de sujetos. La hipótesis que plantea De Giorgi (2000) consiste en que alrededor de estos excedentes se van articulando prácticas de control que renunciando a cualquier acción positiva y de transformación del tejido social, se limitan a una función negativa de contención, de neutralización, de reducción de la complejidad y de prevención, es decir, no ya sólo penalidad incrementada sino también y especialmente vigilancia y control con sus propias estrategias discursivas eminentemente políticas que participan también en la producción del control: la descripción de la realidad como riesgo o del desempleo como un defecto subjetivo, construcción así de la percepción alarmante del otro como amenaza legitimadora, a su vez, de nuevas formas de control. En este sentido la figura del emigrante se presenta como un claro ejemplo. Si está desempleado es peligroso porque es potencialmente delincuente y si tiene empleo es también peligroso en cuanto participa en un mercado de trabajo dominado por la escasez (De Giorgi 2000).

Y ya termino. Si parece necesario complementar los problemas de la penalidad con las nuevas cuestiones relativas al control y la vigilancia, visible u oculta, pública o privada, de todos los espacios sociales, lo que suele expresarse a través de la llamada «seguridad urbana», en lo que también ha insistido P. Barcellona (1999), tratar de Derecho penal lleva a tratar de su actual instrumentalización. Más allá de lecturas tecnocráticas se confirma una vez más, aún con mayor crudeza, su uso político, una política en el más amplio sentido, política *tout a court*, con una utilización simbólica que está alcanzando la superstición, la transmisión de creencias en demonios malignos y en hados salvadores y de tales creencias habrá también que emanciparse igual que habrá que liberarse de esa especie de fe religiosa que estigmatiza como improductivos a quienes no tienen acceso a los centros de poder o a quienes no participan de manera encarnizada en alcanzarlos. Quizá hoy más que nunca, dada su intensa utilización política, sea preciso que los que llamamos sistema de justicia penal que remite al individuo y al otro, al legislador, al conflicto, al delito, la exclusión, la delincuencia, la ciudadanía, los derechos, sus ausencias, la policía, los jueces, la autoridad, la

pena, el castigo, la cárcel, los derechos y la libertad, sea un objeto preferente de conocimiento social desprendido de sus interpretaciones tecnocráticas y narrado desde el lenguaje carnal de su materialidad. Entiendo que aunque las reformas penales que he comentado se alejen, como ha podido verse, y contradigan los proyectos de dialogo que al principio he presentado, y se distancien también del necesario conocimiento de lo que sucede con la llamada «justicia penal», tales empeños no dejan de ser necesarios y posibles porque, entre otras razones, permiten desvelar que lo que «existe» no se reduce sólo a lo que es construido y contado desde los lenguajes de dominio y ocultación.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R. (2000), «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín», *DOXA*, n.º 23 (197-229).

ALLEN, F. (1998), «The Decline of the Rehabilitative Ideal», en *Principled Sentencing. Readings on Theory & Policy* (Andrew Von Hirsch y Andrew Ashworth, eds.), Oxford: Hart Publishing (14-19).

ALMEDA, E. (2003), *Mujeres encarceladas*, Barcelona: Ariel.

ALSHULLER, A.W. (1991), «The Failure of Sentencing Guidelines: a plea for less aggregation», *University of Chicago Law Review* (verano) (901 y ss.).

AMNISTÍA INTERNACIONAL (1998*a*), *Informe Anual*, Madrid: Editorial ADAI.

— (1998*b*), *Propuesta de Amnistía Internacional a las autoridades españolas para la implementación de un programa de protección y promoción de los derechos humanos*, marzo de 1998.

— (1999), *Motivos de preocupación en materia de derechos humanos en relación con el proceso de paz en el País Vasco*, junio de 1999.

ANASTASIA, S. y PALMA, M. (2001), *La Bilancia e la Misura. Giustizia, Sicurezza, Riforme*, Milán: Franco Angeli.

ANITUA, G.I. (2003), «A propósito de la prisión provisional y sus proyectos de ampliación», *Panóptico, Nueva Época* (Barcelona: Virus), n.º 5 (66-77).

ARISTÓTELES (1941), *La Política*, Buenos Aires: Austral.

ARON, R. (1998), «Introducción», en M. Weber: *El político y el científico*, Madrid: Alianza (9-77).

ARROYO ZAPATERO, L. (1985), «Terrorismo y sistema penal», en *Reforma política y Derecho*, Madrid: Ministerio de Justicia.

ASHWORTH, A. (2002), «England and Wales: Sentencing Advisory Panel», *Sentencing Observer*, n.º 1 (junio).

ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA (1999), *Informe anual*.

ASÚA BATARRITA, A. (2001*a*): «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración», en *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate* (P. Laurenzo Copello, coord.), Valencia: Tirant lo Blanch (17-96).
— (2001*b*): «Política criminal y política de extranjería. La expulsión como sustitutivo de la respuesta punitiva ordinaria», *Actualidad Penal*, n.º 42 (12 al 18 de noviembre de 2001).
AUSTIN, J. *et al.* (1999), «The Impact of "three strikes and you are out"», *Punishment and Society*, vol. 1, 02 (131-162).
AYLAGAS, F. (1951), *El régimen penitenciario español*, Madrid.
AZAOLA, E. (1996*a*), *El delito de ser mujer*, México: Plaza y Valdés - Ciesas.
— (1996*b*), «Las mujeres olvidadas. Un estudio sobre la situación actual de las cárceles de mujeres en la República Mexicana», México: Comisión Nacional de Derechos Humanos - El Colegio de México.
BAHL, E. (1991), «The Penal Lobby in Europe», *The Bulletin of the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, n.º 4 (25).
BALMASEDA, J. y CARRERA, M.J. (1995), «Discriminación de la mujer en el ámbito penitenciario». Ponencia presentada al *Noveno Congreso Estatal de Mujeres Abogadas*, organizado por la Coordinadora Estatal de Mujeres Abogadas, Alicante (2-4 noviembre).
BARATTA, A. (1984), «Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *Cuadernos de Política criminal*, n.º 24 (533-551) (trad. E. García Méndez y E. Sandoval Huertas).
— (1985), «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale», *Dei Delitti e Delle Pene*, año III, n.º 3 (443-474).
— (1986), «Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal», *Poder y Control, Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social* (Barcelona: PPU), n.º 0 (trad. X. Nogués i Tomas, revisada por R. Bergalli) (77-92).
— (1987), «Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», revista *Doctrina Penal* (Buenos Aires: Desalma), n.º 40 (trad. B. Lenzi).
— (1991*a*), «Teoría de la pena, teoría de la prevención general positiva o teoría de la función simbólica del derecho Penal», *Pena y Estado*, n.º 1.
— (1991*b*), «Introducción a una sociología de la droga. Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias», en *¿Legalizar las drogas? Criterios técnicos para el debate*, Madrid: Editorial Popular.
— (1994), «Reintegrazione sociale. Ridefinizione del concetto ed elemento di operazionalizzacione», *Dei Delitti e Delle Pene*, n.º 3.

— (1998*a*), «Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos», revista *El Cotidiano* (México D.F.).
— (1998*b*), «Infancia y Democracia», en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina* (E. García Méndez y M. Belfo, coords.) (31-57).
— (2000), «La política criminal y el derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales», revista *Nueva Doctrina Penal* (Buenos Aires: Del Puerto), tomo 1999/B.
BARBERO SANTOS, M. (1983), «La delincuencia juvenil en España: imagen y realidad», separata del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* (Madrid) (1-22).
— y MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M. (1979), «La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: su reforma», *Doctrina Penal*, n.º 6 (abril-junio) (217-233).
BARCELLONA, P. (1999), *Postmodernidad y comunidad. El regreso a la vinculación social*, Madrid: Trotta, 3.ª ed.
BARNES, H.E. y NEGLEY, K.T. (1963), *New Horizons in Criminology*, 3.ª ed. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall.
BASSA, D. (1997), *L'Operació Garzón. Un balanç de Barcelona '92*, Barcelona: Llibres de l'Índex.
BAUDRILLARD, J. (2001), *Lo spirito del terrorismo*, Milán: Raffaello Cortina Editore (trad. A. Serra).
BAUMAN, Z. (1992), *Modernità e Olocausto*, Bologna: Il Mulino (trad. M. Baldini).
— (1999), *La società della' incertezza*, Bologna: Il Mulino (trad. R. Marchisio y S. Neirotti).
— (2000), *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona: Gedisa.
BECCARIA, C. (1983) [1764], *De los delitos y de las penas*, Barcelona: Bruguera (trad. J. Jordá).
— (1986), *De los delitos y de las penas*, Madrid: Alianza (trad.: J.A. de las Casas).
BECK, U. (1998) [1986], *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós Ibérica (trad. J. Navarro, D. Jiménez y M.ª R. Borrás).
— (2000) [1995], *La democracia y sus enemigos*, Barcelona: Paidós Ibérica (trad. D. Romero Álvarez).
— (2000*b*), *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona: Paidós Ibérica (trad. B. Moreno Carrillo).
BECKER, G.S. (1974), «Crime and Punishment: An Economic Approach», en *Essays in the Economics of Crime and Punishment* (G.S. Becker y W.M. Landes, coords.), Nueva York: Columbia University Press.
BEERNAERT, M.A. (2003), «De l'irresistible ascensión des repentis et collaborateurs de justice dans le systeme penale», en *Déviance et Société* (77-91).
BELL, R. (1975): «Book Review —Kind and Usual Punishment: The Prison Business», *Theology Today*, vol. 32, n.º 1. Disponible en www.theology today.pstem.edu/ap1975/v32-l-boockreview.htm.

BENTHAM, J. (1834), *Principios de Legislación y de Codificación*, Madrid: Imprenta de T. Jordán (trad.: F. Ferrer y Valls) (Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).
— (1980), *Panóptico*, México, Archivo General de la Nación.
BERGALLI, R. (1976), *¿Readaptación social mediante la Ejecución Penal?*, Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense.
— (1980), *La recaída en el delito. Modos de reaccionar contra ella*, Barcelona: Sertesa.
— (1983), «IX. El pensamiento crítico y la criminología», en *El pensamiento criminológico*, vol. I (Roberto Bergalli *et al.*), Bogotá: Temis (181-208).
— (1985*a*), «Transición Política y justicia penal en España», *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* (Madrid) (57-96).
— (1985*b*), «Realidad social y cuestión penitenciaria (una visión desde España sobre el centro del sistema capitalista)», *Doctrina Penal* (Buenos Aires: Depalma), n.º 31 (363-377).
— (1986), «Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España», *Doctrina Penal* (Buenos Aires: Depalma), n.º 36.
— (1988), «Presentación. Emergencia: una cultura específica», en *Emergencia y crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación* (J.R. Serrano Piedecasas) (I-XVII).
— (1992), «¡Esta es la cárcel que tenemos... (pero no queremos)! Introducción», en *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los Reclusos* (I. Rivera Beiras, coord.), Barcelona: J.M. Bosch (7-21).
— (1996), «Las estrategias de control social y la violencia del sistema penal», *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* (Madrid), n.º 132-133 (129-143).
— (1997), «Presentación. Relato de un debate polémico: pensamiento crítico vs. doctrina oficial», en *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría* (I. Rivera Beiras, coord.), Barcelona: J.M. Bosch Ed.
— (1999*a*), «Principio de legalidad: fundamento de la modernidad», en *Filosofía del Derecho, ética, cultura y Constitución* (M. Rujana Quintero, comp.), Bogotá: Gustavo Ibañez / Universidad Libre.
— (1999*b*), *Hacia una cultura de la jurisdicción: Ideología de jueces y fiscales. Argentina, Colombia, España, Italia*, Buenos Aires: Ad Hoc.
— (2001), «Globalización y control social: post-fordismo y control punitivo», *Sistema. Revista de Ciencias Sociales* (Madrid: Fundación Sistema), n.º 160 (enero) (107-124).
— (2003), *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
BERTRAND, M.A. *et al.* (1998), *Prisons pour femmes*, Montreal: Les Editions du Meridien.
BLAD, J. (1991), «Some guidelines for a non-penal approach». Informe presentado a la Common Session del Common Study Programme

on Criminal Justice and Critical Criminology, celebrada en el mes de octubre en Sant Cugat, Barcelona.
BOBBIO, N. (1989), «Diritti dell'uomo e società», en *Sociologia dei Diritti Umani* (R. Treves y V. Ferrari, coords.) (15-27).
— (1991), *El tiempo de los derechos*, Madrid: Sistema.
—, MATEUCCI, N. y PASQUINO, G. (1992), *Dizionario di Politica*, Milán, Tea.
— (1995), «Prólogo» a la obra de L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (13-19).
BOLDOVA PASAMAR, M.A. (ed.) (2002), «El nuevo derecho penal juvenil español», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública* (Zaragoza: Gobierno de Aragón), V.
BONA, R. (1994), «Problemas específicos de la mujer reclusa». Ponencia presentada al *II Seminari Cristianisme i Justicia:* «Presons. La reinserció avui», organizado por Cristianisme i Justícia y el SEPAP, Barcelona (11 octubre-20 desembre).
BORDIEU, P. (1999), *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona: Anagrama.
— y WACQUANT, L. (2001), *Las argucias de la razón imperialista*, Barcelona: Paidós.
BOTTOMS, A. (1995), «Neglected Features of Copntemporary Penal Systems», en *The Politics of Sentencing Reform* (Chris Clarkson y Rod Morgan, eds.), Oxford: Clarendon Press.
BROCKWAY, Z. [R]. (1871), «The ideal of a True Prison System for a State», en *Transactions of the National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline, 1870*, Ed. E.C. Wines, Albany, Weed: Parsons. Disponible en www.crimetheory.com
BUENO ARÚS, F. (1978), «Las prisiones desde la guerra civil hasta nuestros días: evolución, situación actual y reformas necesarias», *Historia 16K* (Madrid), Extra VII (octubre) (113-144).
— (1985), *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Salamanca: Universidad de Alcalá de Henares.
— (1987), «Las reglas penitenciarias europeas», *Revista de Estudios Penitenciarios* (Madrid: Ministerio de Justicia), n.º 238 (11-18).
— (1988), «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penitenciaria», *Poder Judicial*, n.º especial III (167-177).
— (1989), «¿Tratamiento?», en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 2 extraordinario (II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras) (89-98).
BULFERETTI, L. (1975), *Lombroso. La vita sociale della nuova Italia*, Turín.
BURTON ROSE, D., PENS, D. y WRIGHT, P. (2002), *El encarcelamiento de América. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.EE*, Barcelona: Virus (trad. M. Borrobés).
BUSTOS RAMÍREZ, J. (1986), «Introducción», *Poder y Control, Revista Hispano Latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social* (Barcelona: PPU), n.º 0 (21-23).
— (1987), *Control Social y Sistema Penal*, Barcelona: PPU.
— y LARRAURI, E. (1993), *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*, Barcelona: PPU.

— (1994) [1984], *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Barcelona: PPU.
CADALSO, F. (1922), *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, Madrid: José Góngora Impresor (Biblioteca del Colegio de Abogados de Barcelona).
CAMPELLI, E. *et al.* (1992), *Donne in carcere*, Milán: Feltrinelli.
CANCIO MELIÁ, M. (2002), «*Derecho penal* del enemigo y delitos de terrorismo», *Jueces para la democracia*, n.º 44 (19-26).
— (2003), «*¿Derecho penal* de enemigos?», en G. Jakobs y M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas.
CANTERAS MURILLO, A. (1990), *Delincuencia femenina en España: Un análisis sociológico*, Madrid: Ministerio de Justicia.
CARBONELL MATEU, J.C. (2000), «Reflexiones sobre el abuso del Derecho Penal y la banalización de la legalidad», *Rev. de Ciencias Penales*, vol. 3, n.º 1 y 2 (de 2000) (9-24).
CARIO, R. (1990), «Jóvenes y mujeres encarceladas», *Eguzkilore*, n.º 4 (117-131).
CARLEN, P. (1983), *Women's Imprisonment. A study in Social Control*, Londres: Routledge and Kegan Paul.
— (1985), *Criminal Women*, Oxford: Basil Blackwell.
— (1998), *Sledgehammer.Women's Imprisonment at the Millenium*, Londres: Macmillan.
— y WORRALL, A. (eds.) (1987), *Gender, Crime and Justice*, Milton Keynes-Philadelphia: Open University.
CARR, R. (1988), *España (1808-1975)*, Barcelona: Ariel.
CARRARA, F. (1859), *Programa del corso di Diritto Criminale dettato nella Regia Università di Pisa*, Bogotá: Temis.
CASTILLO, J. (2002), «La privatización de las prisiones como debate para España», *Panóptico. Nueva Época* (Barcelona: Virus), n.º 4 (segundo semestre) (49-61).
CATTANEO, M.A. (1978), *Il Problema Filosofico della Pena*, Ferrara: Editice Univesitaria (Collana di Filosofia del Diritto).
CAVADINO, M. y DIGNAN, J. (1997), *The Penal System. An Introduction*, 2.ª ed., Londres / Thousand Oaks / Nueva Delhi: Sage.
CEA D'ANCONA, M.A. (1991), *La justicia de menores en España*, Madrid: Ediciones de la Universidad Complutense de Madrid (tesis doctoral).
CEREZO MIR, J. (1996), *Curso de Derecho penal español. Parte general. I. Introducción*, 5.ª edición, Madrid: Civitas.
CERRONI, U. (1979), *Problemas de la transición al socialismo*, Barcelona: Crítica (trad. S. Furió).
CHAN, W. y RIGAKOS, G. (2002), «Risk, Crime and Gender», *British Jounal of Criminology* (Londres: Oxford University Press), vol. 42, n.º 4 (otoño).(743-761).
CHOMSKY, N. (2002*a*), *La cultura del terrorismo*, Madrid: Popular.
— (2002*b*), *11/09/2001*, Barcelona: RBA (2.ª ed., trad. de Carmen Aguilar).
CHRISTIE, N. (1984) [1981], *Los límites del dolor*, México: Fondo de Cultura Económica (trad. de Mariluz Caso).

— (1992) [1977], «Los conflictos como pertenencia», en *De los delitos y de las víctimas* (Eser *et alter*), Buenos Aires: Ad-Hoc (trad. A. Bovino y F. Guarglia).
— (1993), *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?*, Buenos Aires: del Puerto (trad. de Sara Costa).
CID MOLINE, J. (1994), *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina penal española*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
CLEMMER, D. (1958), *The prison community*, Nueva York: Rinehart & Winston.
COBO DEL ROSAL, M. (coord.) (1999), *Comentarios al Código penal. III. Artículos 24 a 94*, Madrid: Edersa.
COHEN, S. (1988), *Visiones de control social. Delitos, castigos y clasificaciones*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias (trad. E. Larrauri).
COMITATO DI LOTTA CONTRO LA REPRESSIONE (1974), «Il diritto all'abitazione», en *L'Amministrazione della Giustizia in Italia* (VV.AA.), Milán: Gabriele Mazzotta Ed. (131-135).
COMTE, A. (2000), *La filosofía positiva*, México: Porrúa.
Comunidad y drogas (diciembre de 1987), Monografía n.º 2, Madrid, PNSD.
CONTROINFORMAZIONE (1979), *Il Carcere Imperialista. Teoria e pratica dei proletari prigionieri nei documenti dei Comitati di Lotta*, Milán: Bertani Ed.
COORDINADORA DE SOLIDARIDAD CON LAS PERSONAS PRESAS (1996), *Panóptico. Revista Monográfica semestral de crítica a la Política criminal* (Barcelona: Virus), n.º 2.
COOTER, R. y ULEN, T. (1998) [1997], *Derecho y economía*, México: Fondo de Cultura Económica. Tít. original, *Law and Economics*.
COSTA, P. (1974), *Il Progetto Giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza delliberalismo classico* (vol. I, *Da Hobbes a Bentham*), Milán: Giuffré Ed.
CRAWFORD, A. (2000), «The Politics of Community Safety and Crime Prevention in England and Wales: New Strategies and Developments in the 1990s» (documento provisional presentado en la Escuela de Policía de Cataluña, Barcelona, el 24-25 de marzo).
CRITES, L. (1976), *The female offender*, Massachussets: Lexington Books.
CUELLO CALON, E. (1958), *La moderna penología (represión del delito tratamiento de los delincuentes. Penas y Medidas: su ejecución)*, Barcelona: Bosch Casa Editorial.
CUERDA-ARNAU, M.L. (1995), *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid: Ministerio de Justicia.
CUERDA RIEZU, A. (1991), «El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código penal de 1990», en *ADPCP* (821-866).
CUESTA ARZAMENDI, J.L. de la (1986), «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», *Cuadernos de Política criminal*, n.º 30 (559-602).
CULLEN, F.T. y KAREN, E.G. (1989)[1982], *Reaffirming Rehabilitation*, Cincinnati: Anderson Publishing.

DAHL, T.S. y SNARE, A. (1978), «The coercion of privacy», en C. Smart y B. Smart (eds.) (8-27).
DAL LAGO, A. (2000), «Personas y no-personas», en *Identidades comunitarias y democracia* (H.C. Silveira, ed.), Madrid: Trotta.
— (2001), *La produzione della devianza. Teoria sociale e meccanismi di controllo*, Verona: Ombre Corte.
DE GIORGI, A. (2000), «Oltre l,economia politica della penalità: postfordismo e controllo della multitudine», *Dei Delitti e Delle Pene*, 1-2.
— (2005), *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control*, Barcelona: Virus (trad. M. Monclús e I. Rivera).
DE LEO, G. (1985), *La justicia de menores*, Barcelona: Teide (trad. C. González Zorrilla).
DE PRADA SOLAESA, J.R. (2002), «A propósito del régimen jurídico sancionador referido a la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n.º 43 (marzo) (72-81).
DE SOLA DUEÑAS, A. (1979), *Socialismo y delincuencia. Por una política criminal socialista*, Barcelona: Fontamara.
DEFENSOR DEL PUEBLO (1988), *Informes, Estudios y Documentos. Situación penitenciaria en España*, Madrid: Publicaciones del Congreso de Diputados, Secretaria General, Dirección de Estudios.
— (1990), *Informes, Estudios y Documentos. Situación penitenciaria en Cataluña*, Madrid: Publicaciones del Congreso de Diputados, Secretaria General, Dirección de Estudios.
— (1998), *Informe Anual 1997 y debates en las Cortes Generales*, Madrid: Publicaciones del Congreso de Diputados, Secretaria General, Dirección de Estudios.
DEL OLMO, R. (1999) [1981], *América Latina y su criminología*, México: Siglo XXI.
— (coord.) (1998), *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*, Caracas: Editorial Nueva Sociedad.
DENCKER, F. (1988), «Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? — Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung», *Strafverteidiger*, n.º 6.
DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA (1993), *Memòria del Departament de Justícia 1992*, Barcelona: Generalitat de Catalunya.
DI IULIO, J.R. *et al.* (2001) [1995], «Soluciones al crimen. 18 cosas que podemos hacer para luchar contra él», *Delito y Sociedad*, n.º 15/16 (80-117) (trad. M. Gutiérrez, M. Sozzo y G. González).
DIARIO *EL PAÍS*, 25-6-2000.
— 20-2-2001.
— 18-9-2001.
— 19-9-2001.
— 4-10-2001.
— 5-10-2001.
— 17-10-2001.
— 19-10-2001.
— 3-3-2002.
DIARIO *IL MANIFESTO*, 28-6-2000.

DIARIO *LA VANGUARDIA*, 10-6-2001.
— 5-7-2001.
DIARIO *LE MONDE*, 26-6-2000.
DÍAZ PITA, M.M. y FARALDO CABANA, P. (2002), «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 7 (119-149).
DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (1992), Madrid: Real Academia Española.
DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2001), «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en *Modernas tendencias del Derecho penal y de la Criminología*, Madrid: UNED (107-130).
DOBASH, R.P., DOBASH, R.E. y GUTTERIDGE, S. (1986), *The imprisonment of Women*, Oxford: Basil Blackwell.
DOBB, A. (1995), «The United States Sentencing Commission Guidelines: If you don't know where you are going, you might not get there», en *The Politics of Sentencing Reform* (Chris Clarkson y Rod Morgan, eds.), Clarendon Press: Oxford (299-250).
DOLZ LAGO, M.J. (2000), «La nueva responsabilidad penal del menor. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero», *Revista General de Derecho* (Valencia).
DOMÍNGUEZ ORTIZ, A. (1984), *Crisis y decadencia de la España de los Austrias*, Barcelona: Ariel.
DORADO MONTERO, P. (1915), *El derecho protector de los criminales*, Madrid.
DRAPER MIRALLES, R. (1984), *De las prisiones de Franco, a las cárceles de la Democracia*, Barcelona: Argos Vergara.
DUFF, A. y GARLAND, D. (1994), «Introduction: Thinking about Punishment», en *A Reader on Punishment* (Antony Duff y David Garland, eds.), Oxford / Nueva York: Oxford University Press (1-43).
DURKHEIM, E. (1988), *Las reglas del Método Sociológico y otros escritos sobre filosofía de las Ciencias Sociales*, Madrid: Alianza (trad.: S. González Noriega).
— (1993), *La división del trabajo social*, México: Colofón (trad. C.G. Posada).
— (1997), *La educación moral*, México DF: Siglo XXI Editores.
EHRLICH, I. (1981), «On Usefulness of Controlling Individuals: An Economic Analysis of Rehabilitation, Incapacitation, and Deterrence», *The American Economic Review*, Vol. 71, n.º 3, junio, Wisconsin: George Banta Co. (307-322).
— (1982), «On positive methodology, ethics, and polemics in deterrence research», *British Jounal of Criminology* (Londres: Oxford University Press), vol. 22, n.º 2 (124-139).
ELIAS, N. (1978), *The civilizing process I. The history of manners*, Oxford.
— (1982), *The civilizing process II. State formation and civilization*, Oxford.
ELORZA, A. (coord.) (2000), *La Historia de ETA*, Madrid: Ediciones Temas de Hoy.

Emakume Eta Justizia (Salhaketa) (1994), «Informe General sobre las cárceles de mujeres», Documento interno, Vitoria.
EQUIPO BARAÑI (2001), *Mujeres gitanas y sistema penal*, Madrid: Ediciones Meytel.
ERICSON, R. y CARRIERE, K. (2001) [1994], «La fragmentación de la criminología», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal* (Buenos Aires), n.º 13 (coord. M. Sozzo) (157-190) (trad. M. Sozzo).
ERRICO, M. (1996), «Cuando la familia cumple condena: Perspectivas sobre la madre y sus hijos en prisión». Ponencia presentada al Seminario: «Mujer y prisión: Problematicas y necesidades especiales», organizado por el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminologia, Sevilla (18-20 enero).
ESCOHOTADO, A. (1989), *Historia de las drogas*, vols. I y III, Madrid: Alianza Editorial.
ESTÉVEZ, A. M. (2001), «La consultocracia como emergente organizacional de los noventa». Ponencia presentada en el Primer Congreso Argentino de Administración Pública con título *Sociedad, Gobierno y Administración Pública*, Buenos Aires, 30 agosto a 1 septiembre. Disponible en www.ag.org/pon_cong.htm.
EUROPEAN GROUP FOR THE STUDY OF DEVIANCE AND SOCIAL CONTROL (1991), *The Bulletin of the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, n.º 2, invierno 1990-91.
— (1992*a*), *The Bulletin of the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, n.º 4, verano 1992.
— (1992*b*): «Resolution I y II», *The Bulletin of the European Group for the Study of Deviance and Social Control* (25).
EUSEBI, L. (1991), *La pena «in crisi». Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia: Morcelliana.
— (1994), «Puo nasceré della crisis della pena una politica criminale. Appunti contro el neoconservadurismo penale», *Dei Delitti e Delle Pene*, n.º 3.
FALK, R. (1981), Human Rights and State Sovereignity, Nueva York: Colmes and Meier Publisherg.
FARALDO CABANA, P. (2002), «El proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional», *Actualidad Penal*, n.º 25 (635-652).
FAULKNER, D. (2000), «Policy and Practice in Modern Britain: Influences, Outcomes and Civil Society», en *Criminal Policy in Transition* (P. Green y A. Rutherford, eds.), Oxford: Hart Publishing, Oñati International Series in Law and Society (79-90).
FEELEY, M. y SIMON, J. (1995), «La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones», *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales* (Buenos Aires / Santa Fe: Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral), año 4, n.º 6-7 (trad. M. Sozzo) (33-58).
FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. (2003), «Nuevos rumbos de política criminal», *Jueces para la democracia*, n.º 46 (6-11).
FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ªD. (1976), *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas*, Santiago de Compostela: Se-

cretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela.
FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (1976), «La protección internacional de los derechos humanos y su proyección en el ordenamiento jurídico interno», en *Política y Derechos Humanos* (obra colectiva), Valencia: Fernando Torres Editor.
FERNÁNDEZ, M. *et al.* (1995), «La discriminación por razón de sexo en el Derecho Penitenciario», Comunicación presentada al *Noveno Congreso Estatal de Mujeres Abogadas*, organizado por la Asociación Española de Mujeres Abogadas, Barcelona (20 octubre).
FERRAJOLI, L. (1986), «El Derecho Penal Mínimo», *Poder y Control, Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social* (Barcelona: PPU), n.º 0 (trad. R. Bergalli, H. Silveira, J.L. Domínguez) (25-48).
— (1987), «La legge sulla dissociazione: un nuovo prodotto della cultura dell'emergenza», *Questione Giustizia*, n.º 2.
— (1995), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta (trad. P.A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés).
— (1998) [1989], *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta (Prólogo de Norberto Bobbio, 3.ª ed.).
— (1998), «Prefacio», *Infancia, Ley y Democracia en América Latina* (E. García Méndez y M. Beloff, coords.) (XI-XV).
— (2001), «Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de derecho», *Crimen y Castigo. Cuaderno del departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho. UBA*, año 1, n.º 1, agosto de 2001 (17-31) (trad. M. Beloff y Ch. Courtis).
FESTINGER, L., SCHACHTER, S. y BACK, K.W. (1950), *Social Pressures in Informal Groups*, Nueva York: Harper and Bros Ed.
FIONDA, J. (2000), «New Managerialism, Credibility and the Sanitisation of Criminal Justice», en *Criminal Policy in Transition* (P. Green y A. Rutherford, eds.), Oxford: Hart Publishing, Oñati International Series in Law and Society (109-130).
FOGEL, D. (1978), «The Justice Model for Corrections», en *Prisons Past and Future* (Cambridge Studies in Criminology) (John C. Freeman, ed.), Londres: Heinemann.
FOUCAULT, M. (1970), *La arqueología del saber*, México DF: Siglo XXI Editores.
— (1979), «Lo que digo y lo que dicen que digo», *El Viejo Topo*, n.º 29 (28-29).
— (1980), «Poderes y estrategias», en *Microfísica del Poder* (M. Foucault, comp.), Madrid: La Piqueta (trad.: J. Varela y F. Álvarez Uría) (163-174).
— (1989), *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, México: Siglo XXI (trad. A. Garzón del Camino).
FRAILE, P. (1987), *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Barcelona: Ediciones del Serbal.

FRANKE, H. (1991), «Prison building al the end of the 19th century», *The Bulletin of the European Group for the Study of Deviance and Social Control* (13-14).
FRASE, R. (1995): «Sentencing Guidelines in Minnesota and Other American States: A Progress Report», en *The Politics of Sentencing Reform* (Chris Clarkson y Rod Morgan, eds.), Oxford: Clarendon Press (169-198).
— (1997): «National Developments —Sentencing Guidelines Are "Alive and Well" in the United States», en *Sentencing Reform in Overcrowded Times. A Comparative Perspective* (Michael Tonry y Kathleen Hatlestad, eds.), Nueva York / Oxford: Oxford University Press.(12-17).
FRIDMAN, D. (2002), «Comentario a *The Bell Curve*», *Delito y Sociedad*, n.º 15-16 (212-220).
FRIEDMAN, L.M. (1993), *Crime and Punishment in American History*, Nueva York: Basicbooks.
GALLEGO SOLER, J.I. (1999), *Los delitos de tráficos de drogas*, vol. II, Barcelona: José María Bosch Editor.
GALLO, E. (1992), «Le malattie dell'ombra», *Dei Delitti e delle Penne*, n.º 2 (163-172).
GAMELLA, J.F. (1997), «Modernidad y problematización del uso de drogas», en *Temas para el debate*, Barcelona.
GARCÍA BASALO, C. (1970), *Algunas tendencias actuales de la ciencia penitenciaria*, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
GARCÍA ESPAÑA, E. (2001): *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Valencia: Tirant lo Blanch.
— (2002): «La delincuencia de inmigrantes en España», en *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate* (P. Laurenzo Copello, Coord.), Valencia: Tirant lo Blanch (133-159).
GARCÍA GIL, P. (1976), *Cárcel del 75*, Madrid: A.Q. Ediciones.
GARCÍA MAS, M.P. *et al.* (1987), *La droga en una cárcel de mujeres*, Cuadernos de Trabajo, Madrid: Instituto Regional de Estudios (I.R.E.S), Consejería de Salud y Bienestar Social, Comunidad de Madrid.
— (1989), *Juventud femenina marginal. Delincuencia y drogas*, Madrid: Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales.
GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (1998), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Bogotá - Buenos Aires: Temis y Depalma.
GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2000), *Derecho penal. Introducción*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
GARCÍA RIVAS, N. (1984), «Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político», *Poder Judicial*, n.º 10.
GARCÍA SAN PEDRO, J. (1993), *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia.
GARCÍA VALDÉS, C. (1977), «Sistema Penitenciario Español», en *El Preso Común en España* (VV.AA.), Madrid: La Torre (55-68).

— (1982*a*), *Introducción a la penología*, Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.
— (1982*b*), *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid: Civitas.
— (1982*c*), *Estudios de derecho penitenciario*, Madrid: Tecnos.
— (1989), *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Madrid: Ministerio de Justicia.
GARCÍA-BORES ESPI, J.Mª. (1993*b*), «Psicología Penitenciaria: ¿trabajar para quién? Análisis de una intervención institucional», en *Psicología Social Aplicada en los Procesos Jurídicos y Políticos* (M. García Ramírez, comp.), Sevilla: Eudema.
— (1993*a*), *La finalidad reeducadora de las penas privativas de libertad en Catalunya: análisis psicosocial, crítico evaluativo* (vols. I y II), tesis doctoral (Departamento de Psicología Social de la Universidad de Barcelona).
GARLAND, D. (1999) [1990], *Castigo y sociedad moderna*, México: Siglo XXI (trad. B. Ruiz de la Concha).
— (2000), «The Culture of High Crime Societies, Some Preconditions of Recent "Law and Order" Policies», *British Journal of Criminology*, v. 40 (347-375).
— (2001*a*), *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford - Nueva York: Oxford University Press.
— (2001*b*), «Discontinuity, Government and Risk: A response to Rigakos and Hadden», *Theoretical Criminology*, vol. 5, n.º 1, Londres: SAGE Publications (85-92).
— (2001*c*), «Introduction. The meaning of mass imprisonment», en *Punishment & Society*, vol 3, n.º 1, enero (5-7)
— (2004), «Riesgo, poder y prevención del delito», en *¿Prevenir el delito más allá de la pena?*, Buenos Aires: Ad Hoc (trad. M. Sozzo y A. Montero, en prensa).
GAROFALO, R. (1912), *La Criminología*, Madrid: Daniel Jorro, ed. (trad. P. Borrajo).
GARRIDO GUZMÁN, L. (1983), *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.
GARZÓN REAL, B. y GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (2002), «Terrorismo y terroristas», *El País* (28 de enero) («Opinión»).
GAYLIN, W. y ROTHMAN, D.J. (1986), «Introduction», en *Doing Justice. The Choice of Punishments*, Boston: Northeastern University Press.
GEERTZ, C. (1989), *La interpretación de las culturas*, Barcelona: Gedisa.
GENDERS, E. y PLAYER, E. (1987), «Women in Prison: The treatment, the Control and the Experience» (P. Carlen y A. Worrall, eds.) (161-176).
GIALLOMBARDO, R. (1966), *Society of Women: A Study of a Women's Prison*, Chichester: Wiley.
— (1974), *The Social World of Imprisoned Girls*, Nueva York: Wiley.
GIAMMANCO, R. (1970) [1967], *Black Pocer. Poder Negro*, Barcelona: Península.

GIBSON, H. (1973), «Women's prisons: Laboratories of penal reform», en L. Crites (1976).
GIDDENS, A. (2000), *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Bologna: Il Mulino (trad. Rinaldo Falcioni).
GIMÉNEZ GARCÍA, J. (1997), «Terrorismo y represión, presos políticos y presos comunes», *Rev. Jueces para la Democracia*, n.º 30 (220-224).
GIMÉNEZ-SALINAS, E. y RIFÀ I ROS, A. (1992), *Introducció al Dret Penitenciari. Teoria i pràctica*, Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya.
GIMENO SENDRA, V. (2002), «EE.UU: lucha contra el terrorismo y derechos humanos», *El País* de 6 de febrero de 2002 («Opinión»).
GOFFMAN, E. (1970*a*), *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Madrid: Amorrortu-Murguía (trad. M.A. Oyuela de Grant).
— (1970*b*), *Estigma. La identidad deteriorada*, Buenos Aires: Amorrortu (trad. L. Guinsberg).
— (1987), *La presentación de la persona en la vida cotidiana*, Madrid: Amorrortu-Murguía (trad. M.A. Oyuela de Grant).
GONIN, D. (2000), *La Santé Incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention (Prisons: un médecin accuse)*, París: L'Archipel.
GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. (1984), *Eficacia y garantismo en la legislación especial anti-terrorismo (una crítica con motivo del Proyecto de Ley Orgánica presentado por el Gobierno socialista en el Congreso el 30 de noviembre de 1983)*, Toledo.
GONZÁLEZ PASTOR, C.P. (2003), «Análisis de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, "de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas". Examen de su constitucionalidad», *Actualidad Penal* (1009-1022).
GONZÁLEZ ZORRILLA, C. (1985), «La justicia de menores en España», en *La justicia de menores* (Gaetano de Leo, coord.), Barcelona: Teide.
— (2000), *Aspectos legislativos, en Contextos, sujetos y drogas. Un manual sobre drogodependencias*, Barcelona, Grup IGIA, Ajuntament de Barcelona y FAD.
GORZ, A. (1994), *Il lavoro debole. Oltre la società salariale*, Roma: Lovoro
GOUGH, L. (1979), *The Political Economy of the Welfare State*, Londres: Macmillian Press.
GOYTISÓLO, J. y NAÏR, S. (2001): *El peaje de la vida. Integración o rechazo de la emigración en España*, Madrid: Aguilar.
GOZZI, G. (1990), *Lo Stato Fiscale*, en N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (comps.),
Dizzionario di Politica, Torino: Tea (1.104-1.109).
GRACIA MARTÍN, L. (2002), «¿Qué es la modernización del Derecho penal?», en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo* (J.L. Díez Ripollés, y otros, eds.), Madrid: Tecnos (349-394).
— (2003), *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GUALLART DE VIALA, A. (2002), «La minoría de edad en nuestra legislación penal. Evolución», en *El nuevo derecho penal juvenil español* (M.A. Boldova Pasamar, ed.), Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública* (Zaragoza: Gobierno de Aragón), V (13-37).
GUAZZALOCA (1995), «Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premialità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza», en G. Giostra y G. Insolera (eds.), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milán: Giuffrè (141-153).
HAAN, W. de (1986), «Abolitionism and the Politics of bad conscience», en *Abolitionism. Towards a non-repressive* (Bianchi y Van Swaaningen, coords.).
HABERMAS, J.M. (1979), *Communication and the evolution of society*, Boston, Beacon Press.
HARDT, M. y NEGRI, T. (2002), *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milán: Rizzoli.
HASSEMER, W. (1984), *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch (trad. F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero).
— (1986), «Prevención en el Derecho Penal», *Poder y Control, Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social* (Barcelona: PPU), n.º 0 (trad. J. Bustos Ramírez) (93-117).
— (1992*a*), «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», en *Zeitschrift für Rechtspolitik*.
— (1992*b*), «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (235-249) (trad.: Larrauri, E.).
— (1993*a*), «Crisis y características del moderno Derecho penal», en *Actualidad Penal* (635-646).
— (1993*b*), «Strafgerechtigkeit —Versuch über das wissenschaftliche Werk Arthur Kaufmanns», en F. Haft, y otros (eds.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: Ed. C.F. Müller (1-22).
— y MUÑOZ CONDE, F. (1995), *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
HAY, D. (1975), *Albion's fatal tree*, Harmondsworth.
HEIDENSOHN, F.M. (1985), *Women and Crime*, Londres: Macmillan.
HENDLER, E. S. (1992), *El derecho penal en los Estados Unidos de América*, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
— (1996), *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
HERRERA, M. (1993), «Mujeres y Prisión», *Cuadernos de Política criminal*, n.º49, Madrid: Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid (339-354).
HOBBES, T. (1994), *Leviatán* (tomos I y II), México: Guernica.
HOFFMAN, B. (1999) [1998], *A mano armada. Historia del Terrorismo*, Madrid: Espasa Calpe.
HOOD, R., SHUTE, S., FEILZER, M. y WILCOX, A. (2002), «Sex Offenders Emerging from Long-term Imprisonment. A study of Their Long-term Reconviction Rates and parole Board Members' Judgements

of Their Risk», *The British Jounal of Criminology*, vol. 42, n.º 2, primavera, Londres: Oxford University Press (371-394).
HORKHEIMER, M. (1938), «Prefacio», en *Pena y Estructura Social* (G. Rusche y O. Kirchheimer), Bogotá: Temis, 1984.
HORMAZABAL MALAREE, H. (1991), *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona: PPU.
HUDSON, B. (1987), *Justice Through Punishment*, Londres: Mac Millan.
HUGHES, G. (1998), *Understanding Crime Prevention. Social Control, Risk and Late Modernity*, Buckingham/Philadelfia: Open University Press.
HULSMAN, L. (1986), «La criminolgía crítica y el concepto de delito», *Poder y Control*, n.º 0 (119-135).
IGNATIEFF, M. (1978), *A just measure of pain: the penitentiary in the industrial revolution*, Londres.
IL MANIFESTO (2000) (28 de junio).
INSTITUT ESQUERRA XXI (2003), «Immigració i Drets. Debat i propostes», documento promovido por el Institut Esquerra XXI, Barcelona.
IZQUIERDO, A. (1996): *La inmigración inesperada: la población extranjera en España 1991-1995*, Madrid: Trotta.
JAEN VALLEJO, M. (1993), *Proyecto Docente. Primera Parte: Los fundamentos del programa de la asignatura*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
JAKOBS, G. (1985), «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (751-785).
— (1993), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª edición, Berlín - Nueva York: Ed. Walter de Gruyter.
— (1995) [1982], *Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Marcial Pons (trad. J. Cuello Contreras y J. Serrano González de Murillo).
— (2000*a*), «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», en *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Lima: Palestra Editores (209-248) (trad. E. Peñaranda Ramos).
— (2000*b*), «La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», en *Escuela de verano del Poder judicial. Galicia 1999*, Estudios de Derecho Judicial 20, Madrid (119).
— (2000*c*), *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, Bogotá: Ed. Rubinzal-Culzoni (trad. M. Cancio Meliá).
— (2003), «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en G. Jakobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas (19-56) (trad.: M. Cancio Meliá).
JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1965), *Tratado de Derecho penal, vol. I*, Buenos Aires.
JONES, M.A. (2001) [1995], *Historia de Estados Unidos*, Madrid: Cátedra (trad. C. Martínez Gimeno).
JOSHI JUBERT, U. (1999), *Los delitos de tráfico de drogas*, vol. I. *Un estudio analítico del art. 368 CP*, Barcelona: José María Bosch Editor.

KANT, M. (1978), *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (trad. F. González Vicenc).
— (1984), *Nueva crítica de la razón pura*, Madrid: Sarpe Ed.
KAUFMANN, A. (1977), *Teoría de las normas: fundamento de la dogmática penal moderna*. Buenos Aires: Depalma.
— (1982), «Die Aufgabe des Strafrechts», en Kaufmann, Armin, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Köln-Berlín-Bonn-Munich: Ed. Carl Heymann (263-278).
KAUFMANN, H. (1979), *Ejecución Penal y Terapia Social*, Buenos Aires: Depalma (trad. J. Bustos Ramírez).
KELLY, N. (1991), «The Penal Lobby in Europe», *The Bulletin of the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, n.º 2 (invierno 1990-91) (26-27).
KEMSHALL, H. (2003), *Understanding risk in criminal justice*, Buckingham: Open University Press, series: Crime and Justice.
KNAPP, K.A. (1989): «Criminal Sentencing Reform. Legacy for the Correctional System», cap. 7, en *The American Prison. Issues in Research and Policy* (Lynne Goodstein y Doris L. Mackenzie, eds.), Nueva York / Londres: Plenun Press (111-131).
KOMMER, M. (1991), «Prison building in the Netherlands at the end of the 20th century: new skins for the old ceremony?», *The Bulletin of the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, n.º 2 (invierno 1990-91) (15-16).
KURY, H. (2001), «Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: UNED (283-324).
LAMARCA PÉREZ, C. (1985), *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid: Ministerio de Justicia.
LARRAURI, E. (1987), «Abolicionismo del Derecho Penal: las propuestas del movimiento abolicionista», *Poder y Control*, n.º 3 (95-115).
— (2000) [1991], *La Herencia de la criminología crítica*, Madrid: Siglo XXI.
LASAGABASTER, I. (1994), *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid: IVAP-Civitas.
LEA, J. (2004), *Delito y Modernidad*, México: Fondo de Cultura Económica (trad. A. Piombo, en prensa).
— y YOUNG, J. (1993) [1984], *What is to be done about law & order?*, Londres/Boulder: Pluto Press.
LOGAN, W.A. (2000), «A Study in "Actuarial Justice: Sex Offender Classification Practice and Procedure"», *Buffalo Criminal Law Review*, 3(2) (503-637).
LOMBROSO, C. (1897), *L'Uomo Delinquente: studiato in rapporto alla antropología, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, 5.ª edición.
— y FERRERO, W. (1895), *The Female Offender*, Londres: Fisher Unwin.
LÓPEZ GARRIDO, D. (1987), *Terrorismo, Política y Derecho. La legislación antiterrorista en Reino Unido, República Federal Alemana, Italia y Francia*, Madrid: Alianza.

— (2001), «La libertad en tiempos de cólera», *El País* (30 de octubre) («Opinión»).
LUHMANN, N. (1983*a*), *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (trad. I. de Otto Pardo).
— (1983*b*), *Fin y racionalidad en los sistemas: sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, Madrid: Editora Nacional (trad. J. N. Muñíz).
LURRA (1978), *Rebelión en las cárceles*, Guipúzcoa: Hordago.
LUZÓN PEÑA, D.-M. (1991), «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», en *Estudios penales*, Barcelona: PPU (261-278).
MAIER, J.B.J. (1991), «La víctima y el sistema penal», *Jueces para la Democracia*, n.º 12.
MANDARAKA-SHEPPARD, A. (1986), *The Dynamics of Aggression in Women's Prisons in England*, Londres: Gower.
MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (1997): «Comentario al artículo 89 del Código Penal», en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid: Trivium (1287-1293).
MAPELLI CAFFARENA, B. y TERRADILLOS BASOCO, J. (1996), *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid: Civitas (3.ª ed.).
MAQUEDA ABREU, M. L. (2003), «Crítica a la reforma penal anunciada», *Jueces para la democracia*, n.º 47 (6-11).
MARI, E. (1983), *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Buenos Aires: Editorial Hachette.
— (1997), *Papeles de filosofía II (...para arrojar al alba). La teoría de las ficciones en la política y la filosofía*, Buenos Aires: Editorial Biblos.
MARTI, O. (1977), «La COPEL : historia de una lucha silenciada», *El Viejo Topo*, n.º 13 (octubre) (35-38).
MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2002), «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo* (J.L. Díez Ripollés y otros eds.), Madrid: Tecnos (395-431).
MARTÍNEZ, M. (1995), *La abolición del sistema penal*, Bogotá: Temis.
MARTÍNEZ FRESNEDA, G. (1984), «El premio a la traición», en *Represión,tortura y gobierno PSOE* (VV.AA.), Madrid: Ed. Revolución.
MATE, R. (2003), «En torno a la justicia anamnética», en *La ética de las víctimas* (J.M. Mardones y R. Mate), Barcelona: Anthropos.
MATHIESEN, Th. (1974), *The Politics of Abolition*, Londres: Martin Robertson Ed.
— y SCHAFFT, A. (1991), «Norwegian National Report», en *The Bulletin of the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, n.º 2 (23 y ss.).
MATTHEWS, R. (1987), «Descarcelación y control social: fantasías y realidades», *Poder y Control* (Barcelona, PPU), n.º 3 (71-94) (trad.: E. Larrauri).
— y FRANCIS, P. (1996), *Prisons 2000. An international perspective on the current state and future of imprisonment*, Londres - Nueva York: Macmillian Press-St. Martin Press.

— (2002), «Reflexiones sobre los recientes desarrollos de la política penal desde la teoría de los sistemas», *Panóptico, Nueva Época* (Barcelona: Virus), n.º 4 (trad. A. Piombo e I. Anitua, 75-99).
— (2003), *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Barcelona: Edicions Bellaterra (trad. A. Piombo).
MAUER, M. (1997*a*), «La fragilidad de la reforma de la justicia Penal en los Estados Unidos», *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A (171-89).
— (1997*b*), Ponencia presentada en septiembre de 1997 ante el *Symposium on the Federal Sentencing Guidelines*, disponible en: htpp://www.sentencing.org
MELOSSI, D. y PAVARINI, M. (1987), *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, México DF: Siglo XXI Editores.
— (1992) [1990], *El Estado del Control Social*, México: Siglo XXI.
— (2000): «Changing Representations of the Criminal», *British Journal of Criminology*, vol. 40 (296-320).
MENDOZA BUERGO, B. (2001), *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Civitas.
MEZZADRA, S. (2001), *Diritto di Fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, Verona: Ombre Corte.
MIR PUIG, S. (1982*a*), *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona: Bosch Casa Editorial.
— (1982*b*), «Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho», en *Política criminal y reforma del Derecho penal* (VV.AA.), Bogotá: Temis (67-117).
— (1994), *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Ariel.
— (1996) [1984], *Derecho Penal*, Barcelona: PPU.
MIRALLES, T. (1983), «La mujer: el control formal», en *El pensamiento criminológico* (R. Bergalli, J. Bustos Ramírez y T. Miralles) (121-147).
MIRANDA, I. y GUERRA, E. (1995), «Comentario a la Ley General Penitenciaria Española y su Reglamento en relación a la mujer y a los hijos». Comunicación presentada al *Noveno Congreso Estatal de Mujeres Abogadas*, organizado por la Coordinadora Estatal de Mujeres Abogadas, Alicante (2-4 noviembre).
MIRANDA, M. (1997), «Mujeres en prisión», *Revista 8 de Marzo*, n.º 27 (19-21).
MOCCIA, N. (1997), *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane (2.ª ed).
— (2000), «El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales», *Revista Canaria de Ciencias Penales*, n.º 5 (13-26).
MONTORO BALLESTEROS, A. (2000), «En torno a la idea de delito político (notas para una ontología de los actos contrarios a Derecho)», *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia), n.º 18 (131-156).
MORENILLA RODRÍGUEZ, J. (1988), *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: textos internacionales de aplicación*, Madrid: Ministerio de Justicia.

MORENO ARRAS, P. y ZAMORO DURÁN, J.A. (1999), «Las políticas de aislamiento penitenciario. La especial problemática del Fichero de Internos de Especial Seguimiento», en *La cárcel en España en el fin del milenio* (I. Rivera Beiras, coord.), Barcelona: Ed. J.M. Bosch.
MOREY, M. (1983), *Lectura de Foucault*, Madrid: Taurus.
MORILLAS CUEVA, L. (2002), «Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (http://criminetugr.es/recpc).
MORRIS, A. (1987), *Women, Crime and Criminal Justice*, Oxford: Basil Blackwell.
MORRIS, N. (1985) [1974], *El futuro de las prisiones. Estudios sobre crimen y justicia*, México: Siglo XXI (trad. N. Grab, 3.ª ed.).
— y ROTHMAN, D.J. (1998), *The Oxford History of the Prison. The practice of punishment in Western Society*, Oxford-Nueva York: Oxford University Press.
MORSELLI, E. (1995), «Neo-retribucionismo y prevención general integradora en la teoría de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (265-294).
MOSCONI, G. (1997), «El tiempo en la cárcel», en *Secuestros institucionales y derechos humanos. La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas* (J. Dobón e I. Rivera, coords.).
MUGUERZA, J. (2003), «La no-violencia como utopía», en *La ética ante las víctimas* (J. Mardones, R. Mate, eds.), Barcelona: Anthropos (11-26).
MUÑAGORRI, I. (1997), «Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código penal de 1995», en *Secuestros Institucionales y Derechos Humanos* (J. Dobón e I. Rivera, coords.), Barcelona: J.M. Bosch.
— (1998), «Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo Código Penal de 1995: polifuncionalidad e incremento regresivo de la complejidad penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XXI (209-238).
— (2000), «La vigencia del principio de legalidad en el ámbito penitenciario», en *Legalidad constitucional y relaciones especiales de especial sujeción* (VV.AA.), Barcelona: J.M. Bosch S.L.
— (2003), «Acerca de las reformas del 2003 al Código penal español», en *Nueva Doctrina Penal* (233-245).
MUÑOZ, B. (1995), *Teoría de la pseudocultura. Estudios de Sociología de la cultura y de la comunicación de masas*, Madrid: Fundamentos.
MUÑOZ CONDE, F. (1994), «Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar», *DOXA*, n.º 15-16 (1.025-1.050).
— (2001), *Derecho Penal. Parte especial*, 13.ª edición, con apéndice de puesta al día, Valencia: Tirant lo Blanch.
— (2002), *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
— (2003), «¿Hacia un derecho penal del enemigo?», diario *El País* (15 de enero).
— y GARCÍA ARÁN, M. (1993), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— y GARCÍA ARÁN, M. (1996), *Derecho Penal, Parte General* (2.ª edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995), Valencia: Tirant lo Blanch.
— y GARCÍA ARÁN, M. (2000), *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch.
MÜSSIG, B. (2002), «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema», *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 9 (169-208) (trad.: M. Cancio Meliá y E. Peñaranda Ramos).
NAUCKE, W. (1997), «Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität», en *Festschrift für Günter Bemmann* (J. Schulz y T. Vormbaum, eds.), Baden-Baden: Ed. Nomos (75-85).
NEGRI, T. (2000), «Prefazione» a la obra de A. De Giorgi *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo* (7-11).
NEPPI MODONA, G. (1987), «Presentación» a la obra de D. Melossi y M. Pavarini, *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)* (7-14).
NEUMAN, E. (1971), *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Buenos Aires: Ed. Pannedille.
— y IRURZUN, V.J. (1968), *La sociedad carcelaria*, Buenos Aires: Ediciones Depalma.
O'CONNOR, J. (1981), *La crisis fiscal del Estado*, Barcelona: Ediciones Península (trad. G. Di Masso y J. M. Custòdio).
O'MALLEY, P. (1999), «Volatile and contradictory punishment», *Theoretical Criminology*, vol. 3, n.º 2 (175-196), Londres: SAGE Publications.
— (2001), «Discontinuity, Government and Risk: A response to Rigakos and Hadden», *Theoretical Criminology*, vol. 5, n.º 1 (85-92), Londres: SAGE Publications.
— (2004*a*), «Castigo volátil y contradictorio», en *Cartografías de la cuestión penal. Lecturas sobre el presente de las políticas de control del delito* (M. Sozzo, comp.), Buenos Aires: AD-HOC.
— (2004*b*), «Riesgo, poder y Prevención del Delito», en *¿Prevenir el Delito más allá de la Pena?* (trad. M. Sozzo y A. Montero), Buenos Aires: Ad Hoc (en prensa).
OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (1981), *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Madrid: Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
— (1990), «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, enero-abril (5-27).
OLARIETA, J.M. (1996), «Los delitos políticos en el Proyecto de Código Penal», *Panóptico*, n.º 1, Barcelona: Virus (63-85).
PALOMO DEL ARCO, A. (2000), «La expulsión de extranjeros en el proceso penal», en *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial (139-207).
PASHUKANIS, E.B. (1978), *Law and Marxism. A general theory*, Londres.

PAUL, W. (1986), «Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena», *Poder y Control*, n.º 0 (trad. F. Muñoz Conde, V. Quesada, A. Maestre) (59-62).
PAVARINI, M. (1983), *Control y dominación, teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México: Siglo XXI (trad. I. Muñagorri).
— (1985), «Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo», *Dei Delitti e Delle Pene*, año III, n.º 3 (525-554).
— (1986), «Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional», *Poder y Control* (trad. R. Bergalli, H. Silveira, J.L. Domínguez) (155-174).
— (1987*a*), *Cárcel y Fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, en D. Melossi y M. Pavarini *op. cit.*
— (1987*b*), «La cárcel en Italia, entre voluntad de descarcelación y necesidades disciplinarias», *Poder y Control*, n.º 3 (trad. J. Virgolini) (119-127).
— (1992), «¿Menos cárcel y más medidas alternativas? La vía italiana a la limitación de la cárcel reconsiderada a la vista de la experiencia histórica y comparada», *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales* (trad. I. Rivera Beiras) (75-86).
— (1994*a*), «Notte sulle concezioni amministrative e tecnocratiche della penalita», *Dei Delitti e Delle Pene*, n.º 3.
— (1994*b*), *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociología della pena*, Bologna: Editrice Martina.
— (1994*c*), *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Bologna: Editrice Martina.
— (1995), «Prólogo» a la obra de I. Rivera Beiras: *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural* (trad. I. Rivera Beiras) (5-9).
— (2002), *Il business penitenziario*, conferencia pronunciada en la XII Asamblea Nacional de la Asociación «Antigone» (Pisa, 20 de abril).
PECES BARBA, G. (1980), *Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Latina Universitaria.
— (1989), «Sobre el fundamento de los Derechos Humanos. Un problema de Moral y Derecho», en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los Derechos Humanos* (J. Muguerza *et al.*), Madrid: Editorial Debate.
PEGORARO, J. (2002), «Derecha Criminológica, neoliberalismo y política penal», *Delito y Sociedad*, n.º 15-16 (141-56).
PÉREZ DEL VALLE, C. (2001), «Sobre los orígenes del "Derecho penal del enemigo". Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau», *Cuadernos de Política criminal*, n.º 75.
PÉREZ MANZANO, M. (1986), *Culpabilidad y Prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.
PÉREZ OLIVA, M. (1993), «Estereotipo sobre la droga: la importancia del primer impacto informativo», en *Los MCS ante las drogas: ¿espejo social o forjadores de opinión?, Interdependencias*, Año 1993, n.º 3.

PI-SUNYER, T. y VENDRELL, N. (1988), *Qualitat de vida al centre penitenciari de dones Wad-Ras de Barcelona*, trabajo inédito, Barcelona.
PLATT, A. (1982), *Los «salvadores» del niño o La invención de la delincuencia*, México: Siglo XXI (trad. F. Blanco).
— (1988) [1977], *Los «salvadores del niño» o la invención de la delincuencia*, México: Siglo XXI (trad. F. Blanco, 2.ª ed.).
— y TAKAGI, P. (2002) [1979], «Los intelectuales del derecho y del orden. Una crítica a los nuevos "realistas"», *Delito y Sociedad*, n.º 15-16 (trad. S. Iglesias) (118-140).
POLLACK, O. (1961), *The Criminality of Women*, Nueva York: A.S. Barnes.
PORTILLA CONTRERAS, G. (2002), «La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del "enemigo" tras el atentado de 11 de septiembre de 2001», *Mientras Tanto*, n.º 83 (77-91).
POULANTZAS, N. (1979), *Estado, poder y socialismo*, Madrid: Siglo XXI (trad. F. Claudín).
POZUELO PÉREZ, L. (2003), «Notas sobre la denominada "expansión del Derecho penal"», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 9 (13-47).
PRESUTTI, A. (ed.) (1994), *Criminalità organizzata e politiche penitenzarie*, Milán: Giuffrè.
PRIETO SANCHÍS, L. (2003), *La Filosofía Penal de la Ilustración*, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
PRITTWITZ, C. (2002), «Krieg als Strafe-Strafrecht als Krieg?», en *Festschrift für Klaus Lüdersen* (C. Prittwitz y otros, eds.), Baden-Baden: Ed. Nomos.
QUINNEY, R. (1985), «Control del crimen en la sociedad capitalista: una filosofía crítica del orden legal», en *Criminología Crítica* (I. Taylor, P. Walton, J. Young, comps.), México DF: Siglo XXI Editores (trad. N. Grab) (229-254).
QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3.ª edición, Pamplona: Aranzadi.
RABOSSI, E. (1976), *La justificación moral del castigo*, Buenos Aires: Astrea.
RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2001-2002), «Terrorismo e intervención penal: la LO 7/2000 y los límites del ius puniendi», *Revista de Ciencias Penales*, n.º 4 (89-126).
RENART GARCÍA, F. (2003), *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Madrid: Ed. Edisofer.
REVUELTA, M. (2001), «Deriva hacia una derechización imparable», *Le Monde Diplomatique* (julio) (8-10).
REYNA ALFARO, L. (2003), «La política criminal peruana en materia de criminalidad organizada: Reflexiones críticas preliminares», *Cuadernos de Política criminal*, n.º 80 (363-382).
RICOEUR, P. (2001), «Justice et vengeance», en *Le Juste*, 2.
RIGAKOS, G. (2001*a*), «On continuity, risk and political economy: A response to O'Malley», *Theoretical Criminology* (Londres: SAGE Publications), vol. 5, n.º 1 (93-100).

— y HADDEN, R.W. (2001b), «Crime, capitalism and the risk society: Towards the same olde Modernity?», *Theoretical Criminology* (Londres: SAGE Publications), vol. 5, n.º 1 (61-84).
RILOVA PÉREZ, I. (1989): «El Centro Penitenciario de Burgos durante la Guerra Civil: el año 1936», *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 241 (33-50).
RÍOS MARTÍN, J.C. (1995), «Derecho penal de menores: aspectos sustantivos y otras consideraciones», en *Niños y jóvenes criminales. Prevención. Tipología. Criminología. Procedimiento y Derecho Correccional de menores. Medidas y ejecución* (VV.AA.), Granada: Comares (129-159).
RIVERA BEIRAS, I. (1992), *Cárcel y Derechos Humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona: J.M. Bosch Ed.
— (1993), «Presó i cultura de la resistència. Els moviments de defensa dels drets fonamentals dels reclusos a Europa Occidental», *Arguments i Propostes. Revista d'Investigació Social* (55-71).
— (coord.) (1994), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Barcelona: J.M. Bosch Ed.
— *et al.* (1995), *Cárcel e Indefensión Social. Recursos jurídicos y sociales*, Barcelona: J.M. Bosch Ed.
— (1996*a*), «El sistema de penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal», *Món Jurídic. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona* (29-37).
— (coord.) (1996*b*), *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, 2.ª edición revisada conforme al CP 1995 y al RP 1996, Barcelona: J.M. Bosch Ed.
— (1997*a*), *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Barcelona: J.M. Bosch Ed.
— y DOBON, J. (1997*b*), *Secuestros Institucionales y Derechos Humanos. La cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, Barcelona: J.M. Bosch Ed.
— (1998), «La irrupción de la "emergencia" en Europa y sus consecuencias en las políticas penitenciarias», *Cathedra, espíritu del derecho*, Revista de Estudiantes de la Universidad de San Marcos, Lima, Perú.
— (coord.) (1999), *La cárcel en España en el fin del milenio (a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria)*, Barcelona: J.M. Bosch Ed.
— (2000*a*), *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, Barcelona: J.M. Bosch Ed.
— (2000*b*), «La doctrina de las relaciones de sujeción especial en el ámbito penitenciario (la zona del no derecho)», en *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción* (VV.AA.), Barcelona: J.M. Bosch S.L.
— (2003*a*), «Presentación», en *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento* (9-16).
— (2003*b*), «Historia y legitimación de la cárcel», en R. Bergalli (coord.): *Sistema Penal y problemas sociales op. cit.*

— (2004*a*), «Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal ("nuevas" racionalidades punitivas y posible escenarios penales)», en *Mitologías y discursos del castigo penal*, Barcelona: Anthropos.
— (2005*a*), *Recorridos y formas de la penalidad*, Barcelona: Anthropos Editorial.
— y MONCLÚS MASÓ, M. (2005*b*), «Presentación», en *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control* (A. De Giorgi).
ROBERTSON, S.L. (1999), «Risky Business: market provision, community governance and the individualisation of "risk" in New Zealand education», *International Studies in Sociology of Education* (Oxford: Triangle Journals), vol. 9, n.º 2 (171-191).
ROCA AGAPITO, L. (2003), «Los Anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas», *La Ley*, n.º 5.731 (1-6).
RODRIGO, M. (1991), *Los medios de comunicación ante el terrorismo*, Barcelona: Icaria.
RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. (1998), «La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n.º 33 (noviembre).
RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.ª (1979), *Derecho Penal Español (Parte general y especial)*, vol. I y II, Madrid.
ROEMER, A. (2002), *Economía del crimen*, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, Limusa.
ROLDÁN BARBERO, H. (1988), *Historia de la prisión en España*, Barcelona: PPU, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona.
ROMA VALDÉS, A. (1999), «La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros», *Actualidad Penal*, n.º 35 (27 de septiembre a 3 de octubre).
ROMANÍ, O. (1999), *Las drogas. Sueños y razones*, Barcelona: Ariel.
ROTHMAN, D. (1971), *The discovery of the asylum: social order and disorder in the new Republic*, Boston.
— (1980), *Conscience and Convenience. The asylum and its alternatives in progressive America*, USA: Haper Collins.
ROUSSEAU, J.J. (1966), *El contrato social*, Madrid: Taurus.
ROXIN, C. (1976), «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid: Ed. Reus (trad.: D.-M. Luzón Peña).
— (1981), *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid: Ed. Reus (trad.: F. Muñoz Conde).
— (1991), «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en *Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania*, Madrid: Ed. CGPJ.
— (1992), *Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal)*, Barcelona: PPU (trad. J. Bustos Ramírez y H. Hormazábal Malarée).
— (1997) [1992], *Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Marcial Pons (trad. D.M. Luzón Peña y otros).
RUIZ DE HUIDOBRO, J.M. (2001), «El régimen legal de la inmigración en España: el continuo cambio», en *Migraciones*, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas (69-103).

RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O. (1984), *Pena y Estructura Social*, Bogotá: Temis.
RUTHERFORD, A. (2000), «An Elephant on the Doorstep: Criminal Policy without Crime in New Labour's Britain», en *Criminal Policy in Transition* (Green y Rutherford, eds.), Oxford: Hart Publishing, Oñati International Series in Law and Society (33-62).
RYAN, M. y WARD, T. (1991), «The Penal Lobby in Britain: from Positivism to Post-Structuralism», *The Bulletin of the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, n.º 2 (18-19).
SAEZ, R. (2002), «La inseguridad. Lema de la campaña electoral», *Jueces para la Democracia*, n.º 45.
SALAS LARRAZABAL (1977), *Pérdida de la guerra*, Barcelona: Planeta.
SALILLAS, R. (1918), *Evolución Penitenciaria en España*, tomos I y II, Madrid: Imprenta Clásica Española (Biblioteca del Colegio de Abogados de Barcelona).
SALVATORE, R. y AGUIRRE, C. (1996), «The Birth of the Penitentiary in Latin America: Toward an Interpretative Social History of Prisons», en *The Birth of the Penitentiary in Latin América. Essays on Criminology, prison reform, and social control, 1830-1940* (Salvatore y Aguirre, eds.) (1-43).
SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I. (1999), *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid: Ed. Universidad de Valladolid.
— (2001), «La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea», en G. Quintero Olivares y F. Morales Prats (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona: Aranzadi (685-722).
SANDOVAL HUERTAS, E. (1982), *Penología. Parte General*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
SANTOS, B. de S. (1998), *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la modernidad*, Bogotá : Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.
SARAMAGO, J. (2002), «Este mundo de la injusticia globalizada», *El País* (6 de febrero) («Opinión»).
SAUQUILLO GONZÁLEZ, J. (1989), *Michel Foucault: una filosofía de la acción*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
SCHEERER, S. (2000*a*), «¿Reducción o abolición de las respuestas segregativas?», en *Un cacheo a la cárcel. Textos de las Jornadas de Derecho Penitenciario de la Universidad de Barcelona* (Asociación Contra la Cultura Punitiva y de Exclusión Social) (299-306).
— (2000*b*), «Three Trends into the New Millennium: The Managerial, the Populist and the Road Towards Global Justice», en *Criminal Policy in Transition*, Oxford: Hart Publishing, Oñati International Series in Law and Society (Green y Rutherford, eds.) (243-260).
SCHNEIDER, H. (2001), «Bellum Justum gegen den Feind im Inneren? Über die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei der «Bekämpfung» der Organisierten Kriminalität», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (499-515).

SCHMITT, C. (1991) [1932], *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza (trad. R. Agapito).
SCHULZ, J. (2000), «Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum «Feindstrafrecht»«, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (653-664).
SCHÜNEMANN, B. (2002), «Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta», en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid: Tecnos (49-69) (trad. L. Baza).
SELLIN, T. (1976), *Slavery and the penal system*, Nueva York.
SEPULVEDA, P. (1995), «Situación de la mujer reclusa en el sistema penitenciario español». Ponencia presentada al *Noveno Congreso Estatal de Mujeres Abogadas*, organizado por la Coordinadora Estatal de Mujers Abogadas, Alicante (2-4 noviembre).
SERRANO PASCUAL, M. (1999): *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, Madrid: Trivium.
SERRANO PIEDECASAS, J.R. (1988*a*), *La excepcionalidad legislativa antiterrorista: Manifestación de la crisis del Estado Social*, Tesis Doctotal, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público.
— (1988*b*), *Emergencia y Crisis del Estado Social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, Barcelona: PPU (Colección Sociedad-Estado, dirigida por R. Bergalli).
SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1992), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: J.M. Bosch.
— (1993), «Medios no judiciales de reparación a la víctima», en *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales* (C.M. Romeo Casabona, dir.), La Laguna: Ed Universidad de La Laguna (331-356).
— (2000), «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincunetes sexuales violentos», en *Estudios de Derecho penal*, Lima: Ed. Grijley.
— (2001), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª edición, Madrid: Civitas.
SILVEIRA GORSKI, H. (1998), *El modelo político italiano. Un laboratorio: de la tercera vía a la globalización*, Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona.
— (2003*a*), «Inmigración y Derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía», en *Sistema penal y problemas sociales* (R. Bergalli, coord.), Valencia: Tirant lo Blanch (539-576).
—, MONCLÚS, M., NICOLÁS, G. y FERNÁNDEZ, A. (2003*b*): *Primer Informe sobre los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Catalunya*, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, Barcelona: Virus. Puede ser consultado en versión electrónica en: www.ub.es/ospdh.
SMART, C. (1976), *Women, Crime and Criminology*, Londres: Routledge & Kegan Paul.

SMITH, A. D. (1962), *Women in Prison*, Londres: Stevens.
SOZZO, M. (2000), «¿Hacia la superación de la táctica de la sospecha? Notas sobre prevención del delito e institución policial», en *Detenciones, facultades y prácticas policiales en la ciudad de Buenos Aires* (CELS-CED), Buenos Aires.
SPIERENBURG, P. (1984), *The spectacle of suffering: executions and the evolution of repression*, Cambridge.
— (1991), *The Prison Experience. Disciplinary institutions and their inmates in Early Modern Europe*, New Brunswick - Londres: Rutgers University Press.
SPITZER, S. (1983), «The rationalization of crime control in capitalist society», en *Social control and the state* (S. Cohen y A. Scull, comps.), Oxford.
— y SCULL, T.A. (1977), «Social control in historical perspective: from private to public responses to crime», en *Corrections and punishment* (265-284).
SUMNER, C. (1994), *The Sociology of Deviance. An Obituary*, Buckingham: Open University Press.
— (1995), «Censura, cultura e punizione», *Dei Delitti e Delle Pene* (Madrid, Taurus), n.º 3.
TAYLOR, I. (2001) [1999], «Crimen y crítica Social», *Delito y Sociedad* (M. Rebella y M. Sozzo, trads.), n.º 15-16 (5-24).
—, WALTON, P. y YOUNG, J. (1990) [1973], *La nueva criminología*, Buenos Aires: Amorrortu.
TELLECHEA IDÍGORAS, J.I. (1978), «Las cárceles inquisitoriales», en *Historia 16*, n.º Extra VII (55-67).
TERRADILLOS BASOCO, J. (1988), *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del código penal y de la ley del enjuiciamiento*, Madrid: Tecnos.
— (1995), *Derecho penal de la empresa*, Madrid: Trotta.
THOMAS, Ph., MOERINGS, M. (1994), *AIDS in Prison*, Brookfield: Dartmouth Publishing Company.
THOMAS, W. I. (1967), *The Unadjusted Girl*, Nueva York: Harper & Row.
TIEDEMANN, K. (1985), *Poder económico y delito (introducción al Derecho penal económico y de la empresa)*, Barcelona: Ariel.
TOMÁS Y VALIENTE, F. (1983), *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid: Tecnos.
TONRY, M. (1996), *Sentencing Matters*, Nueva York / Oxford: Oxford University Press.
— (1999), «Rethinking unthinkable punishment policies in America», *UCLA Law Review* Agosto (1751-1791).
TREVES, R. y FERRARI, V. (1989), *Sociologia dei Diritti Umani*, Milán: Franco Angeli.
TRINIDAD FERNÁNDEZ, P. (1996), «La Infancia delincuente y abandonada», en *Historia de la Infancia en la España contemporánea, 1834-1936* (J.M. Borras Llop, dir.), Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales / Fundación Germán Sánchez Ruipérez (459-553).
TRONCONE, P. (2001), *La legislazione penale dell' emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo*

Stato liberale allo Stato democratico di diritto, Nápoles: Jovene Editore.
TULKENS (1991), «The Penal Lobby in Europe», en *The Bulletin of the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, n.º 2 (invierno 1990-91) (26).
U.S.S.C. (United States Sentencing Comission) (1989): *Federal Sentencing Guidelines Manual*.
URBANO, E. y DE LA ROSA, J.M. (2001), *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Pamplona: Editorial Aranzadi.
USÓ, J.C. (1996), *Drogas y culturas de masas (España 1855-1995)*, Madrid: Santillana, S.A.
VALENCIA LAHARENAS, I. (2002), «Terrorismo», en *Criminología y Criminología y Ciencias Forenses*, n.º 2: «Delincuencia organizada y terrorismo. Su combate a través de la Convención de Palermo», Bogotá: Fundación Educativa San Francisco de Asís.
VALENZUELA RATIA, D. (2003), «La delincuencia de los extranjeros», *Actualidad Penal*, n.º 20 (12 al 18 de mayo) (527-540).
VAN SWAANINGEN, R. (1991), «The Penal Lobby in Europe», *The Bulletin of the European Group for the Study of Deviance and Social Control*, n.º 2 (invierno 1990-91) (21).
— (1997), *Critical Criminology. Visions from Europe*, Londres: Sage.
— (2000), «Back to the "Iron Cage": The Example of the Dutch probation Service», en *Criminal Policy in Transition* (Green y Rutherford, eds.), Oxford: Hart Publishing, Oñati International Series in Law and Society (91-108).
VICENTE REMESAL, J. de (1985), *El comportamiento postdelictivo*, León: Universidad de León.
VIVES ANTÓN, T.S. (coord.) (1996), *Comentarios al Código Penal de 1995*, volumen II, Valencia: Tirant lo Blanch.
VOLD, G.B. (1958), *Theoretical Criminology*, Nueva York: Oxford University Press.
VON HIRSCH, A. (1986) [1976], *Doing justice. The choice of punishments*, Boston: Northeastern University Press.
— (1995), «Sentencing Guidelines in Minnesota and Other American Stats: A progress Report», en *The Politics of Sentencing Reform* (C. Clarkson y R. Morgan, eds.), Oxford: Clarendon Press (149-167).
— (1998) [1993], *Censurar y castigar*, Madrid: Trotta (trad. E. Larrauri).
VON LISZT, F. (1883), «Der Zweckgedanke im Strafrecht», en *Zeitschrift fúr die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1-47).
— (1984), *La idea de fin en Derecho penal*, Valparaíso: Ed. Edeval (trad.: E. Aimone Gibson).
— (1995), *La idea del fin en el Derecho penal: Programa de la Universidad de Marburgo de 1882* (con Introducción y Nota Biográfica de J.M. Zugaldía Espinar), Granada: Ed. Comares (trad. C. Pérez del Valle).
VV.AA. (1995), *La reducción de los años relacionados con las drogas*, Grup IGIA Publicaciones.
VV.AA. (2000), *Contextos, sujetos y drogas. Un manual sobre drogodependencias*, Barcelona, Grup IGIA, Ajuntament de Barcelona y FAD.

WACQUANT, L. (1999), *Les prisons de la misère*, París: Raison D'Agir (hay traducciones al castellano editadas en Argentina [2000] por Manantial y en España [2001] por Alianza).
— (2000), *Las cárceles de la miseria*, Madrid: Alianza Editorial (trad. H. Pons).
WAGMAN, D. (2002): «Estadística, delito e inmigrantes», *Seguridad Sostenible. Documentos de debate*, n.º 7 (5 de noviembre).
WARD, D.A. y KASSEBAUM, G.G. (1966), *Women's Prision*, Londres: Weidenfeld and Nicolson.
WEBER, M. (1944), *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México DF: Fondo de Cultura Económica (trad. J. Medina Echavarría, J. Roura Parella, E. Ímaz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora).
— (1981), *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, México DF: Premiá Editora.
— (1998), *El Político y el científico*, Madrid: Alianza Editorial (trad. F. Rubio Llorente).
WILSON, J. y KELLING, G. (2001), «Ventanas rotas. La policía y la seguridad en los barrios», *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales* (Buenos Aires / Santa Fe: Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral), año 10, n.º 15-16 (67-78) (trad. D. Fridman), www.theologytoday.pstem.edu/ ap1975/v32-1-boockreview.htm
YOUNG, J. (1996), *The Criminology of Intolerance: zero-tolerance policing and the American prison experiment*, Londres: Centre for Criminology, Middlesex University.
— (1997), «Left Realist Criminology: Radical in its Analysis, Realist in its Policy», en *The Oxford Handbook of Criminology* (M. Maguirre *et al.*, comps.), Oxford: Oxford University Press (473-498).
— (1998), *Zero Tolerance. Back to the Future*, Middlesex: Middlesex University.
— (1999), *The Exclusive Society: Social Exclusión, Crime and Difference in Late Modernity*, Londres: Sage.
— (2001), «Canibalismo y bulimia: patrones de control social en la modernidad tardía», *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales* (Buenos Aires / Santa Fe: Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Litoral) año 10, n.º 15-16 (25-42) (trad. D. Zysman).
— (2003), *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Madrid: Marcial Pons (trad. R. Bergalli y R. Sagarduy).
ZAFFARONI, E.R. (1983), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Ed. Ediar.
— (2000), Conferencia pronunciada el mes de octubre en el marco del «Primer Congreso Internacional sobre Derecho Penal, Control Social y Política criminal», organizado por la Conferencia Episcopal de Acción Social (Lima, Perú).
—, ALAGIA, A. y SLOKAR, A. (2000), *Derecho Penal*, Buenos Aires: Ediar.

ZAITCH, D. y SAGARDUY, R. (1992), «La criminología crítica y la construcción del delito. Entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos», *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales* (31-52).

ZAMORRO PARRA , J.L. (1998), «Política Penitenciaria española y terrorismo», *Rev. Ciencias Penales*, vol. 1, n.º 2.

ZIELINSKI, D. (1999), «Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinn auch dann, wenn es nur realtiv gilt», en E. Samson, F. Dencker, P. Frisch, H. Frister, W. Reiss (eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden: Ed. Nomos (811-834).

ZINO TORRAZA, J. (1996), *El discurrir de las penas. Institución y trayectorias: el caso de la prisión*, tesis doctoral (Departamento de Antropología Cultural e Historia de América y África, Universidad de Barcelona).

ZIPF, H. (1980) [1973], *Introducción a la política criminal*, Madrid: EDERSA (trad. M. Izquierdo).

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (1995), «Introducción y Nota Biográfica de Franz von Liszt», en *La idea del fin en el Derecho penal* (F. Von Liszt).

ZYSMAN QUIRÓS, D. (2000), *El papel de la pena (sentencing) en la justificación del castigo penal en los EEUU, en el último tercio del siglo XX.* Tesina *Master* Europeo «Sistema Penal y Problemas Sociales» (curso1999-2000), Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona.

— (2002), *Las Federal Sentencing Guidelines de los Estados Unidos. Un estudio socio-jurídico de la historia, funcionamiento e implicancias del régimen norteamericano federal de determinación de las penas*, Barcelona: Universidad de Barcelona (Doctorado en Derecho, especialidad Sociología Jurídico Penal).

— (2004*a*), «Políticas penales, inseguridad y compromiso ciudadano: entre democracia y estrategias de legitimación», en prensa para su publicación por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica (IISJ), de Oñati, País Vasco - Ed. Dykinson.

— (2004*b*), «El castigo penal en los EEUU. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente», en *Mitologías y discursos sobre el castigo* (I. Rivera, coord.), Barcelona: Anthropos.

AUTORES

ELISABET ALMEDA SAMARANCH. Profesora titular de Sociología de la Universidad de Barcelona. Doctora en Sociología por la UAB y máster en «Social Welfare and Planning» por la University of Kent (Canterbury). Sus investigaciones se han desarrollado en dos grandes ámbitos: Sistemas penales y penitenciarios (control social, delincuencia femenina, cárceles de mujeres) y Familia (familias monoparentales, rupturas de uniones, políticas familiares comparadas), en los que ha publicado, entre otros, *Mujeres encarceladas* (2003); *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres* (2002), y *Les famílies monoparentals a Catalunya: perfils, necessitats i percepcions* (2004).

GABRIEL IGNACIO ANITUA es abogado y licenciado en Sociología por la Universidad de Buenos Aires; máster en Sistema Penal y Problemas Sociales por la Universidad de Barcelona; Diploma de Estudios Avanzados en Derecho penal en la Universidad del País Vasco (esta Universidad, junto al gobierno vasco, le concedió una beca de dos años para realizar los cursos de doctorado); y doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Ha sido profesor adjunto de Derecho penal y procesal penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y actualmente es profesor del Graduat en Criminologia i Política criminal de la Universidad de Barcelona. Ha publicado diecisiete artículos en revistas y libros de Argentina y España y es miembro de la redacción de diversas revistas especializadas en Derecho penal y Criminología en las que ha publicado quince reseñas bibliográficas y cinco traducciones.

MÓNICA ARANDA OCAÑA es licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona, máster en Sistema Penal y Problemas Socia-

les, profesora del Graduat en Criminología i Política criminal de la Universidad de Barcelona, miembro fundador del Comité Científico Nacional del Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universidad de Barcelona y miembro fundador del European Group for Prison Research. Es autora de varios artículos sobre la cuestión penitenciaria.

FRANCISCA CANO LÓPEZ es licenciada en Geografía e Historia, opción Antropología Social y Cultural por la Universidad de Barcelona, y máster en Sistema Penal y Problemas Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Es autora de varios artículos y trabajos de investigación.

PATRICIA FARALDO CABANAS: es doctora en Derecho y Profesora titular de Derecho Penal de la Universidad de A Coruña. Ha realizado estudios y completado su formación en Alemania y otras universidades europeas. Es autora de numerosos trabajos y publicaciones propias de las ciencias penales.

GABRIEL MIRÓ MIQUEL. Abogado, actualmente realiza su tesis doctoral en el programa de doctorado en Derecho, especialidad en Sociología Jurídico-Penal en la Universidad de Barcelona. Es miembro e investigador del Observatori del Sistema Penal i Drets Humans de la misma Universidad. Es autor de diversas publicaciones vinculadas a la problemática de las drogas y los modelos prohibicionistas.

MARTA MONCLÚS MASÓ es licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona (1998); máster en Sistema Penal y Problemas Sociales (2000); Diploma de Estudios Avanzados (2002) del programa de Doctorado en Derecho, especialidad Sociología jurídico-penal, Universidad de Barcelona. Actualmente realiza su tesis doctoral, con el soporte de una beca de formación de personal investigador concedida por la Generalitat de Catalunya (desde 2001). Da clases de criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, ha participado en tres proyectos de investigación financiados y es autora de varios artículos sobre el funcionamiento del Sistema Penal.

IGNACIO MUÑAGORRI LAGUÍA. Es doctor en Derecho y profesor titular de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco. Es autor de diversas publicaciones en materia de Derecho penal y derechos humanos.

GEMMA NICOLÁS LAZO. Licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona y becaria FI de la Generalitat de Catalunya. Investigadora del Observatori del Sistema Penal i Drets Humans de la UB. Actualmente cursa el doctorado en Derecho, especialidad en Sociología Jurídico-Penal en la misma Universidad, y realiza un postgrado de la Universidad Autónoma de Barcelona con el título *Gènere i igualtat d'oportunitats*.

IÑAKI RIVERA BEIRAS es licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona (1985). Es máster (1989) por el Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology, del Programa *Erasmus* de Cooperación Inter-Universitaria Europea (formado por seis Centros Universitarios de la UE) y doctor en Derecho por la UB (1993). Es autor de trece libros (como único autor o como co-autor y/o compilador) dedicados al Derecho penitenciario, la historia y sociología de la cárcel y la Criminología y política criminal; y de más de sesenta y cinco trabajos, artículos y ensayos publicados en diversas obras académicas en España, Europa y América Latina. Es profesor invitado por diversas universidades de Italia, Reino Unido, Grecia, Portugal y Alemania (en Europa), Argentina, México y Perú (en América Latina). Es director del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona.

DIEGO ZYSMAN QUIRÓS es abogado por la Universidad de Buenos Aires, máster en Sistema Penal y Problemas Sociales por la Universidad de Barcelona, y doctorando en Derecho (especialización en Sociología jurídica) por la misma Universidad. Actualmente se desempeña como funcionario en la justicia penal argentina, y como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde enseña Derecho penal, procesal penal y Sociología del castigo. Ha publicado distintos artículos y comentarios sobre el proceso penal y la pena en las revistas *La Ley* (Buenos Aires), *Nueva Doctrina Penal*, *Delito y Sociedad*, etc.

ÍNDICE

Presentación 7

PRIMERA PARTE
DEBATES EPISTEMOLÓGICOS
Y DESARROLLOS HISTÓRICOS

Cap. I. Elementos para una aproximación epistemológica, *por Iñaki Rivera Beiras* 15

1) Los conceptos de Política y las distintas racionalidades que les inspiran 15
2) Política criminal. Primeros empleos conceptuales y Escuelas filosófico-penales 24
3) La concepción de la Política criminal como «Escuela» (el Positivismo crítico, fundamentalmente alemán) 28
4) Concepciones más actuales de Política criminal 33
5) Criminología crítica y Política criminal: nuevos debates epistemológicos y contornos ideológicos 38

Cap. II. La Política criminal de las Escuelas del pensamiento criminológico. Intentos integradores y «luchas de Escuelas», *por Iñaki Rivera Beiras* 45

1) La *Escuela clásica* y las primeras orientaciones comprensivas de la cuestión criminal 45
2) La *Scuola positiva* y sus pretensiones científicas 54
3) La *antítesis* de las propuestas político-criminales decimonónicas: la postura de la corriente anarquista 70

4) El *Correccionalismo* y la *Terza Scuola*: una alternativa «crítica» al positivismo ortodoxo 74
5) La *Escuela de Marburgo*: Franz von Liszt y el intento por construir la «Ciencia Universal del Derecho Penal» 81
6) Los debates político-criminales en los Estados Unidos de Norteamérica a fines del siglo XIX y el surgimiento de la primera justicia de/para los jóvenes 92

Cap. III. El autoritarismo político-criminal, *por Iñaki Rivera Beiras* 107

1) La política criminal y el autoritarismo soviético 109
2) La política criminal del fascismo italiano 113
3) La política criminal del franquismo español 117
4) La política criminal del nacionalsocialismo alemán 141
5) Los debates entre «causalismo y finalismo»: ¿una discusión «neutra» de la dogmática jurídico-penal? 147

SEGUNDA PARTE
CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y POLÍTICA CRIMINAL: INICIOS, DESARROLLOS y CRISIS

Cap. IV. Principios orientadores del constitucionalismo social, *por Iñaki Rivera Beiras* 157

1) Orígenes de la cultura del *welfare*. Teoría del Estado, política criminal y cambios de paradigmas 157
2) Modelos para el bienestar: tradición inglesa/norteamericana y tradición continental europea 159
3) El nuevo «orden planetario» tras el final de la II Guerra Mundial 163
4) Italia: el *garantismo* penal y la propuesta político criminal de un derecho penal mínimo 195
5) Países Bajos y Escandinavos: la política del abolicionismo penal 204
6) Reino Unido. La formulación político-criminal del *realismo de izquierdas* 213

Cap. V. La crisis del *welfare* y sus repercusiones en la cultura política europea, *por Iñaki Rivera Beiras y Gemma Nicolás Lazo* 219

1) Orígenes y razones de la de-construcción del *welfare* 219

2) El paso del sistema de organización *fordista* al *post-fordista* en el ámbito de la vida laboral, social y cultural 223
3) La desembocadura en la «sociedad del riesgo». Su marco teórico europeo. La gestión de los riesgos: el surgimiento de la Criminología actuarial o administrativa 226
4) Repercusiones de la crisis en Europa occidental. La paulatina construcción de la legislación y de la cultura de la emergencia y de la excepcionalidad penal 243

Cap. VI. La crisis del *welfare* y sus repercusiones en la cultura política anglosajona, *por Diego Zysman Quirós* 255

1) El resquebrajamiento de la *New Penology* y la caída del mito de la rehabilitación 255
2) Los cambios políticos operados en Gran Bretaña y en los Estados Unidos de Norteamérica a finales de la década de 1970. El surgimiento de los «realismos» criminológicos británicos 259
3) La paulatina construcción de la *Criminología de la Intolerancia*. El debate norteamericano sobre las estrategias y leyes del *Justice Model* y *Three strikes and you are out*. Las primeras campañas de *Law and Order*: la preocupación por la inseguridad y el discurso revigorizador del castigo penal. *Broken Windows* y *Zero Tolerance* 265
4) Hacia una nueva política de determinación de las penas: el modelo de las *Sentencing Guidelines* 275
5) Privatización del sistema penal, *gulag* carcelario y sustitución del Estado asistencial por el Estado penal ... 280

TERCERA PARTE
EL ESTADO ESPAÑOL Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL NUEVO MILENIO

Cap. VII. La actual política criminal del Estado español (algunos ejemplos) 289

1) Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho, *por Gabriel Ignacio Anitua* 289
2) La política criminal del *problema droga*. Etapas del problema y consecuencias de las soluciones adoptadas, *por Gabriel Miró Miquel* 303

3) La política criminal para una justicia juvenil. ¿Es necesaria una política penal para los problemas de los jóvenes?, *por Francisca Cano López* 318
4) Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial, *por Marta Monclús Masó* 330
5) La política penal/penitenciaria en relación con la mujer: un enfoque de género, *por Elisabet Almeda Samaranch* 348
6) La política criminal en materia de terrorismo, *por Mónica Aranda Ocaña* 367

Cap. VIII. El nuevo autoritarismo político-criminal en España 395

1) Un Derecho penal de Enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, *por Patricia Faraldo Cabanas* 395
2) Derecho penal intercultural y crisis del Principio de soberanía, *por Ignacio Muñagorri Laguía* 433

Bibliografía 455