

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



**LIBERTAD CONDICIONAL Y REINSERCIÓN SOCIAL:
UN ANÁLISIS COMPARADO ENTRE BRASIL Y ESPAÑA.**

TESIS DOCTORAL

SABRINNA CORREIA MEDEIROS CAVALCANTI

SALAMANCA, 2013

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL
DOCTORADO EN PROBLEMAS ACTUALES DE DERECHO PENAL



**LIBERTAD CONDICIONAL Y REINSERCIÓN SOCIAL:
UN ANÁLISIS COMPARADO ENTRE BRASIL Y ESPAÑA.**

TESIS DOCTORAL

ELABORADO POR:
SABRINNA CORREIA MEDEIROS CAVALCANTI

DIRIGIDO POR LA PROF. DRA.
LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ

SALAMANCA, 2013

“Suele decirse que nadie conoce realmente cómo es una nación hasta haber estado en una de sus cárceles. Una nación no debe ser juzgada por el modo en que se trata a sus ciudadanos de más alto rango, sino por la manera en la que trata a los de más bajo”.

– Nelson Mandela (*El largo camino hacia la libertad*, Círculo de Lectores, Barcelona 1995)

“El último grado de perversidad es hacer servir las leyes para la injusticia”.

– Voltaire

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por guiarme y permitirme concluir esta tesis doctoral;

A toda mi familia, de forma especial a mis padres, Correia y Martha, así como a mi hermano, Gustavo, luces en mi vida, la certeza de un amor puro e incondicional;

A Reginaldo, por estar siempre junto a mí, ayudándome a caminar y mirar hacia el futuro llena de esperanza;

A mi tutora, la Dra. Laura Zúñiga Rodríguez, por su ejemplo de fuerza, disciplina y disponibilidad, contribuyendo de forma determinante a mi crecimiento personal y profesional;

A la Unesc Facultades y al Centro de Enseñanza Superior Reinaldo Ramos (Cesrei) por su apoyo y confianza. Con seguridad, los frutos de esta victoria académica deben ser compartidos con vosotros;

A mis amigos queridos, de España y de Brasil, les agradezco por su participación directa o indirecta en la construcción de este trabajo de investigación;

A Salamanca, por recibirme tan gentilmente y darme en estos años de doctorado otro hogar.

A Reginaldo, por apoyarme y alimentar
diariamente mis sueños con su amor.

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	12
----------------------------------	-----------

CAPÍTULO I

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

<u>EN LAS PRISIONES</u>	19
--------------------------------------	-----------

1. MARCOS JURÍDICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS RECLUSOS	22
1.1 MARCO JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS EN EL ÁMBITO UNIVERSAL	22
1.1.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	23
1.1.2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES	24
1.1.3 REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS	25
1.1.4 DECLARACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES INHUMANOS O DEGRADANTES	27
1.2 MARCO JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS EN EL ÁMBITO DE EUROPA Y AMÉRICA.....	33
1.2.1 SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS	34
1.2.1.1 CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES	34
1.2.1.2 REGLAS MÍNIMAS EUROPEAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS	35
1.2.1.3 CONVENIO EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES.....	36
1.2.2 SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS	38
1.2.2.1 DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.....	38
1.2.2.2 CONVENCION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS	39
1.2.2.3 CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA	40
1.3 PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN	45
2. PRINCIPIOS DE LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA	49
2.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD	50
2.2 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	53
2.3 PRINCIPIO DE JUDICIALIZACIÓN.....	56
2.4 PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN	58
2.5 PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS.....	62
3. CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN PENAL.....	66
3.1 EL NECESARIO CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA	66
3.2 LA FIGURA DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA.....	70
3.3 COMPETENCIAS DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN ESPAÑA.....	74
3.4 COMPETENCIAS DEL JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS EN BRASIL	79
3.5 LA ACTITUD DEL JUEZ ANTE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA	83

CAPÍTULO II

<u>LOS FINES DE LA PENA Y LA EJECUCIÓN PENAL.....</u>	87
1. LA FUNCIÓN DE LA PENA	87
2. LA FINALIDAD PREVENTIVA DE LA PENA	92
2.1 TEORÍAS PREVENTIVO-GENERALES	93
2.1.1 PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA	94
2.1.2 PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA.....	98
2.2 TEORÍAS PREVENTIVO-ESPECIALES	102
2.2.1 PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA	104
2.2.2 PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA.....	104
2.3 LA CRISIS DEL IDEAL RESOCIALIZADOR.....	112
3. EL CONFLICTO ENTRE PREVENCIÓN GENERAL Y PREVENCIÓN ESPECIAL	119
4. LA NUEVA RELACIÓN ENTRE ESTADO Y DELINCUENTE: EL PRESO COMO ENEMIGO	125

CAPÍTULO III

SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS Y TRATAMIENTO

<u>PENITENCIARIO.....</u>	135
1. SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	135
2. CONCEPTO DE TRATAMIENTO	142
3. PRINCIPIOS DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO	145
3.1 OBJETIVIDAD CIENTÍFICA.....	146
3.2 DIAGNÓSTICO DE PERSONALIDAD Y JUICIO PRONÓSTICO	146
3.3 PRINCIPIO DE INDIVIDUALIZACIÓN.....	147
3.4 PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN.....	148
3.5 PRINCIPIO DE PROGRAMACIÓN.....	149
3.6 PRINCIPIO DE DINAMICIDAD.....	149
3.7 PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD.....	150
3.8 PRINCIPIO DE JUDICIALIDAD	152
4. FACTORES DE DESOCIALIZACIÓN DEL INDIVIDUO EN TRATAMIENTO	154

CAPÍTULO IV

LIBERTAD CONDICIONAL EN ESPAÑA.....

1. CONSIDERACIONES INICIALES.....	160
1.1 NATURALEZA JURÍDICA EN EL RÉGIMEN LEGAL VIGENTE.....	167
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL	171
2.1 ARRESTO DE FIN DE SEMANA.....	173
2.2 LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE	175
2.3 LA RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA POR IMPAGO DE MULTA...176	

3. REQUISITOS O PRESUPUESTOS NECESARIOS	178
3.1 REQUISITOS O PRESUPUESTOS OBJETIVOS	178
3.1.1 ESTAR EL PENADO CLASIFICADO EN EL TERCER GRADO PENITENCIARIO	178
3.1.2 QUE SE HAYAN EXTINGUIDO LAS TRES CUARTAS PARTES DE LA CONDENA IMPUESTA.....	183
3.2 REQUISITOS O PRESUPUESTOS SUBJETIVOS.....	187
3.2.1 BUENA CONDUCTA.....	187
3.2.2 PRONÓSTICO FAVORABLE E INDIVIDUALIZADO DE REINSERCIÓN SOCIAL	190
3.3 SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE LA LIBERTAD CONDICIONAL	193
3.3.1 ENFERMOS MUY GRAVES Y SEPTUAGENÁRIOS	194
3.3.2 DESARROLLO DE ACTIVIDADES LABORALES, CULTURALES Y OCUPACIONALES.....	197
3.3.3 SUPUESTO DE ADELANTAMIENTO DE LA LIBERTAD CONDICIONAL CUALIFICADO.....	197
3.3.4 REGIMEN ESPECIAL PARA EL TERRORISMO Y EL CRIMEN ORGANIZADO...	198
3.4 LA LIBERTAD CONDICIONAL DE LOS EXTRANJEROS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL	200
3.5 REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.....	210

CAPÍTULO V

LIBERTAD CONDICIONAL EN BRASIL 214

1. CONSIDERACIONES INICIALES	214
1.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL	217
2. REQUISITOS O PRESUPUESTOS NECESARIOS	219
2.1 REQUISITOS O PRESUPUESTOS OBJETIVOS	220
2.1.1 NATURALEZA Y CANTIDAD DE LA PENA	220
2.1.2 CUMPLIMIENTO DE PARTE DE LA PENA	221
2.1.3 REPARACIÓN DEL DAÑO, SALVO EFECTIVA IMPOSIBILIDAD	224
2.2 REQUISITOS O PRESUPUESTOS SUBJETIVOS.....	225
2.2.1 BUENOS ANTECEDENTES.....	225
2.2.2 COMPORTAMIENTO SATISFACTÓRIO DURANTE LA EJECUCIÓN	227
2.2.3 BUEN DESEMPEÑO EN EL TRABAJO	228
2.2.4 APTITUD PARA PROVEER LA PROPIA SUBSISTENCIA CON TRABAJO HONESTO	229
2.3. REQUISITO ESPECÍFICO PARA LOS CRÍMENES DE VIOLENCIA O GRAVE AMENAZA.....	229
3. PROCEDIMIENTOS Y CONDICIONES DE LA LIBERTAD CONDICIONAL	233
3.1 CONDICIONES OBLIGATORIAS	234
3.1.1 OBTENER OCUPACIÓN LÍCITA, DENTRO DE PLAZO RAZONABLE	235
3.1.2 COMUNICAR AL JUEZ, PERIODICAMENTE, SU OCUPACIÓN.....	235
3.1.3 NO SALIR DEL TERRITORIO DE LA COMARCA, SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	236
3.2 CONDICIONES FACULTATIVAS.....	236
3.2.1 NO CAMBIAR DE RESIDENCIA SIN COMUNICÁRSELO AL JUEZ Y A LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE LA OBSERVACIÓN Y PROTECCIÓN CAUTELAR.....	237
3.2.2 RECOGERSE EN SU DOMICILIO A LA HORA FIJADA.....	237
3.2.3 NO FRECUENTAR LUGARES DETERMINADOS	237

4. CAUSAS DE REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL	238
4.1 CAUSAS DE REVOCACIÓN OBLIGATORIAS	239
4.1.1 CONDENA POR CRIMEN COMETIDO EN LA VIGENCIA DEL BENEFICIO .	239
4.1.2 CONDENA POR CRIMEN COMETIDO ANTES DE LA VIGENCIA DEL BENEFICIO	239
4.2 CAUSAS DE REVOCACIÓN FACULTATIVAS.....	240
4.2.1 INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES IMPUESTAS EN LA SENTENCIA	240
4.2.2 CONDENA POR CRIMEN O CONTRAVENCIÓN A PENA QUE NO SEA PRIVATIVA DE LIBERTAD	241
5. SUSPENSIÓN Y PRÓRROGA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.....	242

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE BRASIL Y ESPAÑA..... 244

1. ASPECTOS FORMALES: DIFERENCIAS SIGNIFICATIVAS	244
2. REQUISITOS SUBJETIVOS: EL PROBLEMA DEL RELATIVISMO	247
3. FALTA DE MEDIOS MATERIALES Y PERSONALES: INDICADORES DE UN SISTEMA DE SELECCIÓN SOCIAL	251
4. SIGNOS DE ESPERANZA: ALTERNATIVAS A LA TENDENCIA DE PUNITIVISMO Y PRISIONIZACIÓN	262
4.1 MÓDULOS DE RESPETO.....	262
4.2 LA APLICACIÓN DE PENAS ALTERNATIVAS EN ESPAÑA.....	264
4.3 LA APLICACIÓN DE PENAS ALTERNATIVAS EN BRASIL	266

CAPÍTULO VII

LA ASISTENCIA POSTPENITENCIARIA Y EL PROCESO

DE EXCARCELACIÓN DEL LIBERADO CONDICIONAL 269

1. FUNCIONES DE LA ASISTENCIA SOCIAL	271
2. ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES Y OTRAS ENTIDADES COLABORADORAS	275
3. FACTORES NEGATIVOS EN LA REINSERCIÓN SOCIAL DEL LIBERADO CONDICIONAL.....	280
3.1 DEFICIENTE FORMACIÓN LABORAL EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENALES	282
3.2 BUROCRATIZACIÓN ADMINISTRATIVA	285
3.3 ESTIGMATIZACIÓN SOCIAL.....	286

CAPÍTULO VIII

CONTROL ELECTRÓNICO Y REINSERCIÓN SOCIAL..... 288

1. LA SITUACIÓN ACTUAL: RESOCIALIZAR ENTRE REJAS	288
2. MODALIDADES DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA	297
2.1 SISTEMAS DE CONTROL ELECTRÓNICO DE PRIMERA GENERACIÓN O DE CONTROL ESTÁTICO.....	300
2.2 SISTEMAS DE CONTROL ELECTRÓNICO DE SEGUNDA GENERACIÓN O DE CONTROL MÓVIL (TRACKING).....	302
2.3 SISTEMAS DE CONTROL ELECTRÓNICO DE TERCERA GENERACIÓN.....	304

3. LA APLICACIÓN DE LOS MEDIOS DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA EN EL DERECHO COMPARADO	306
3.1 MUNDO ANGLOSAJÓN	308
3.1.1 ESTADOS UNIDOS.....	309
3.1.2 GRAN BRETAÑA.....	312
3.1.2.1 INGLATERRA Y GALES	312
3.1.2.2 ESCOCIA	315
3.1.3 CANADÁ.....	316
3.1.4 AUSTRALIA.....	317
3.1.5 NUEVA ZELANDA.....	318
3.2 EUROPA CONTINENTAL.....	318
3.2.1 SUECIA	318
3.2.2 HOLANDA.....	321
3.2.3 FRANCIA	324
3.2.4 OTROS PAÍSES	325
3.3 LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA.....	326
3.4 EL CASO BRASILEÑO	331
4. LA POSIBLE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	333
4.1 DERECHO A LA DIGNIDAD.....	335
4.2 DERECHO A LA INTIMIDAD	336
4.3 DERECHO A LA IGUALDAD.....	338

<u>HACIA UNA PROPUESTA DE LIBERTAD CONDICIONAL SEGÚN EL DERECHO DE REINSERCIÓN SOCIAL - APORTES FINALES.....</u>	341
---	------------

<u>CONCLUSIONES.....</u>	345
---------------------------------	------------

<u>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	353
---	------------

<u>ANEXOS.....</u>	389
---------------------------	------------

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
AN	Audiencia Nacional
CE	Constitución Española
CF	Constitución Federal de Brasil
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CH	Crímenes Hediondos
CP	Código Penal
CPB	Código Penal Brasileño
CPP	Código de Proceso Penal
JC	Jurisprudencia Criminal
JVP	Juez de Vigilancia Penitenciaria
LEP	Ley de Ejecución Penal
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
ONU	Organización de la Naciones Unidas
PJ	Poder Judicial
RD	Real Decreto
RP	Reglamento Penitenciario
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
VV.AA.	Varios autores
USAL	Universidad de Salamanca

INTRODUCCIÓN

La delincuencia es un fenómeno complejo, que no puede ser abordado exclusivamente desde la dogmática jurídica. La respuesta penal al delincuente no debe limitarse a la tipificación de los delitos y a la cuantificación de la gravedad de las sanciones. Es esencial añadir al estudio de las manifestaciones criminales el análisis de sus causas y de las alternativas más adecuadas para combatirlas. En verdad, la forma en que son ejecutadas las penas, la comprensión del papel del Derecho Penitenciario y su destino, configuran elementos fundamentales para indicar en qué nivel de desarrollo se encuentra una sociedad y en qué medida ésta consigue tornar efectivos los fines estructurales que su sistema propone.

La prisión ha sido a lo largo de los siglos pasados la esperanza de las estructuras formales del Derecho en la lucha contra el proceso del crimen. Constituye la espina dorsal de la mayoría de los sistemas criminales contemporáneos. Su influencia es tan fuerte en todos los sectores de las reacciones criminales que empezó a funcionar como el centro de gravedad de los programas destinados a prevenir y contener los delitos más o menos serios contra los derechos de las personas y los intereses de la comunidad.

Desde la Ilustración ya prevalecía en los debates jurídicos y filosóficos la idea de que el ejercicio del *jus puniendi* no debería ser un castigo cruel, sino un mecanismo de corrección y recuperación. La sanción tenía que estar vinculada a una perspectiva de devolución progresiva del individuo criminal a la colectividad. Esta concepción fue esencial para la reforma de las cárceles y la humanización de las penas en diversos países del mundo, que se transformaron en políticas penales durante gran parte del siglo XX. Basado en el respeto a los derechos fundamentales y a los principios inherentes a la dignidad humana, cabe al Estado promover un sistema de ejecución de la pena que haga posible la reinserción social para el condenado.

En el campo práctico, la prisión ha generado más problemas éticos, sociales, psicológicos y económicos que soluciones. No hay ninguna duda de que las penas privativas de libertad han fallado en el objetivo final de reeducar y resocializar al penado y que la ejecución penal facilita el contagio criminal y deja graves secuelas en el condenado. Sin embargo, las tasas de encarcelamiento crecen a un ritmo alarmante en todo el mundo comprometiendo los derechos de muchos millones de personas.

Según el Núcleo de Estudios de la Violencia de la Universidad de São Paulo, en un informe divulgado el 19/12/12 sobre la situación de los derechos humanos en Brasil en el periodo de 2001-2010, la población carcelaria ha crecido un 112% en una década, siendo un sector público dramáticamente afectado por severas violaciones de los derechos humanos. Actualmente, el Brasil es el cuarto país con el mayor número de presos del mundo, detrás sólo de los Estados Unidos, China y Rusia¹. Aunque el crecimiento de la población carcelaria sea una tendencia mundial, el incremento presentado por Brasil ha sido frenético y aterrador, representando un déficit de 240.503 plazas, de acuerdo con los datos oficiales del Ministerio de la Justicia².

Pese algunos avances importantes en la política de seguridad pública, el informe anual 2012 de Amnistía Internacional también alerta de la existencia de denuncias sobre condiciones degradantes, torturas y otros malos tratos ocurridos tanto en el momento de la detención como durante los interrogatorios y la reclusión en comisarías de policía y prisiones brasileñas. Por desgracia, a través del mismo informe, se percibe que estas prácticas son constantes en la mayoría de los países, incluso en países considerados desarrollados como es el caso de España³. En lo que respecta al número de presos, aunque haya demostrado una pequeña disminución en las tasas penitenciarias en los últimos años, es todavía, a excepción de Inglaterra y Escocia, uno de los países de Europa que encarcela a más personas⁴, contando hoy con 68.608 reclusos⁵.

Por lo tanto, a pesar de ser una temática secular, el planteamiento sobre la utilización de fórmulas alternativas que eviten la larga permanencia del individuo en la cárcel presenta hoy un horizonte amplio de investigación y despierta interés en distintos campos del saber. En este sentido, la libertad condicional se muestra como una opción a considerar, una vez que centra la pena en la reinserción del condenado, ofreciéndole la oportunidad de salir antes de la prisión, si cumple parte de su pena y progresa en el tratamiento penitenciario. Así, la libertad condicional es una institución de política criminal destinada a reducir el periodo del encarcelamiento con la concesión anticipada

¹<http://www.nevusp.org>, acceso en 22/12/2012.

²<http://www.portal.mj.org.br>, acceso en 20/01/2013.

³AMNISTIA INTERNACIONAL, Informe anual 2012, <http://www.amnesty.org.es/region/brasil>, acceso en 20/01/2013.

⁴BENITO DURÁ, Mauricio, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

⁵<http://www.institucionpenitenciaria.es>, acceso en 04/02/2013.

y provisional de la libertad al condenado, cuando la pena de privación de la libertad se satisfizo, por medio del cumplimiento de determinadas exigencias legales.

Ante lo expuesto, esta investigación tiene como principal objetivo analizar la institución de la libertad condicional, estableciendo un análisis comparado entre las legislaciones de Brasil y España, reguladas en el código penal español⁶ y en el código penal brasileño⁷, así como en las respectivas leyes y reglamentos pertinentes a la ejecución penal. A pesar de las diferencias estructurales de los centros penitenciarios, la composición de la libertad condicional en los dos países, es bastante semejante y revela que junto a requisitos vinculados al transcurso del tiempo de la pena privativa de libertad aplicada, intervienen requisitos subjetivos y hasta indeterminados referentes al régimen penitenciario, al tratamiento y a la posibilidad de evolución futura del interno.

La innovación de este trabajo consiste en no sólo yuxtaponer dos realidades jurídicas, sino emplear efectivamente una metodología donde se pueda manifestar los criterios de comparación, insertos dentro de los respectivos contextos históricos-culturales, comprendiendo el porqué de las dificultades, diversas y comunes, para promover la reintegración del penado en la sociedad. En este sentido, dada la complejidad y singularidad de cada ordenamiento la institución será analizada en dos capítulos distintos, uno para cada país, no sin elaborar también un capítulo integrado a los efectos de permitir al lector una comprensión amplia de la relevancia del tema y sus consecuencias sociales en el proceso de excarcelación.

La Constitución brasileña asegura a todos los ciudadanos valores como la igualdad, la libertad, el bienestar y la justicia. La Ley de Ejecuciones Penales (LEP), vigente en Brasil, enumera los derechos del encarcelado. El derecho al tratamiento reeducativo es un derecho básico, del cual derivan los demás derechos. Con relación a los derechos sociales deben ser protegidos el derecho a la educación y al trabajo remunerado, junto con los beneficios de la seguridad social, descanso, patrimonio y recreación. También se garantiza legalmente el derecho del excarcelado a la asistencia post-penal, que deriva de la obligación del Estado de asistir moral y materialmente al egreso en su vuelta a la situación de libertad. Eso porque, el recluso no puede ser olvidado por los poderes públicos, pues mantiene una relación jurídica con el Estado y, excepto por los derechos perdidos y limitados por su condena, su condición jurídica es igual a la de las personas no condenadas. Son derechos y deberes que derivan de la

⁶ Artículos 90 a 93 de la Sección 3ª del Capítulo III del Título III, titulado "De las penas".

⁷ Artículos 83 a 90 del Título V, Capítulo V del Decreto- Ley 2848, de 7 de diciembre de 1940.

sentencia del condenado con relación a la administración penitenciaria. En el código penal brasileño, la libertad condicional se regula de esta manera:

Art. 83 - El juez podrá conceder libertad condicional al condenado a pena privativa de libertad igual o superior a 2 (dos) años, desde que:
I – haya cumplido más de un tercio de la pena si el condenado no es reincidente en crimen doloso y tuviera buenos antecedentes;
II – haya cumplido más de la mitad de la pena si el condenado es reincidente en crimen doloso;
III – haya demostrado un comportamiento satisfactorio durante la ejecución de la pena, buen desempeño en el trabajo que le fue atribuido y aptitud para proveer su propia subsistencia mediante trabajo honesto;
IV – que haya reparado, salvo efectiva imposibilidad de conseguirlo, el daño causado por la infracción;
V – haya cumplido más de dos tercios de la pena, en los casos de condena por crimen hediondo, práctica de tortura, tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, y terrorismo, si el condenado no es reincidente específico en crímenes de esta naturaleza (...)⁸.

Todavía dice el párrafo único del artículo citado que para la condena en crímenes cometidos con violencia o amenaza contra la persona, la concesión de la libertad también estará subordinada a la constatación de las condiciones personales del recluso que permitan presumir que no volverá a delinquir. El código penal español de 1995 de forma similar, disciplina:

Art. 90 - 1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurran las circunstancias siguientes:

- a. Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- b. Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- c. Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el Artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y

⁸Código penal brasileño. Aprobado por Decreto-Ley n. ° 2.848/1940, de 7 de diciembre. [Traducción propia]. El texto en la redacción original es el siguiente: Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza (...).

conforme a los criterios establecidos por el Artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.⁹

La libertad condicional está configurada en el Código penal español como un derecho subjetivo del penado de autorización jurisdiccional y ordenación legal y el Juez de Vigilancia Penitenciaria, garantizador del respeto a los derechos fundamentales del interno debe considerar todos los requisitos previstos en el artículo mencionado anteriormente.

El presente estudio ha sido estructurado en ocho capítulos, además de esta introducción y de las consideraciones conclusivas. En primer lugar, se ha redactado un capítulo que trata de la fundamentación legal de los derechos humanos en las prisiones, estableciendo marcos jurídicos en el ámbito universal, de Europa y América. Se presentan, asimismo las consecuencias derivadas de la utilización del principio de la dignidad en la ejecución penitenciaria y el comportamiento esperado en quienes ejercen el control judicial de los conflictos generados durante el cumplimiento de una condena. La finalidad es analizar cómo las Constituciones y leyes brasileña y española incorporan en su actuación las normas internacionales referentes al tratamiento de reclusos, una vez que los derechos fundamentales son el soporte de la relación entre el Estado y el individuo privado de libertad.

En el segundo capítulo se examinan algunas cuestiones inherentes a la pena, como su concepto y su justificación, conforme apunta la actual doctrina penal española, y también se señalan los rasgos más evidentes de las teorías de la pena en el contexto contemporáneo. A partir de esta reflexión se percibe la necesidad de que el Estado tenga como prioridad en el ámbito de la ejecución penal la realización efectiva de un plan de acción orientado bajo la prevención especial positiva, o sea, la resocialización del interno, sin dejarse influenciar por la tendencia punitivista que ahora se manifiesta de forma cada vez más agresiva, intentando recortar derechos y garantías individuales en nombre de una discutible seguridad ciudadana.

El tercer capítulo busca comprender en qué consiste el tratamiento del delincuente y comprender su desarrollo, analizando desde los criterios utilizados para la clasificación de los encarcelados y la progresión de grados, hasta la aplicación de los procedimientos y diagnósticos psicológicos a los internos por los equipos técnicos de

⁹ Código Penal español. Aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

los centros penitenciarios. La importancia de este abordaje está en que contribuye a una visión más realista de los efectos desocializadores provocados por la subcultura carcelaria y las posibilidades concretas de desarrollo de las potencialidades del individuo, así como vislumbrar las dificultades más latentes para la construcción del informe técnico acerca de la peligrosidad del interno, punto determinante para su salida de la cárcel.

En el cuarto capítulo se indaga cuáles son los requisitos para la libertad condicional en España en su forma simple y adelantada, tanto en los supuestos generales como en los casos especiales. Se comprueba a la vez cuáles son los plazos, las condiciones que pueden ser impuestas con un cierto grado de discrecionalidad por el juez y las consecuencias derivadas de la pérdida del beneficio. Aquí se ha buscado, sobre todo, discutir, además de los requisitos de concesión y revocación de la libertad condicional, la naturaleza y la razonabilidad de las exigencias establecidas por ley para la reincorporación del individuo a su entorno social.

El quinto capítulo intenta analizar la libertad condicional en Brasil, verificando los aspectos subjetivos y objetivos para la concesión del beneficio penitenciario así como las circunstancias que causan el regreso a prisión. Tras este apartado, después de evaluar las circunstancias legales de la institución, fue viable pasar a proponer alternativas para ejecutar cambios sencillos en la ley penal, en el sentido de concretar algunos términos muy abstractos que acaban por perjudicar la evolución del interno en grados o impedir la concesión de la libertad anticipada.

Estableciendo un paralelo entre las legislaciones sobre la libertad condicional, el sexto capítulo se propone comparar de forma más directa los aspectos formales comunes a los dos países, las parecidas dificultades experimentadas en la práctica penitenciaria, las diferencias más significativas en la estructura de la ejecución penal y sus respectivas consecuencias en el medio abierto. Se pudo percibir que además de la presencia de varios aspectos formales comunes a las legislaciones de Brasil y España, impera otra desgraciada coincidencia: la relación existente entre políticas de tolerancia cero que, al utilizar la fuerza del Derecho penal, promueven el encarcelamiento y a un mismo tiempo la exclusión de aquellos ciudadanos que no son deseados social o políticamente por las clases más poderosas.

El séptimo capítulo de este trabajo académico se dispone a tratar de la estructura de asistencia postpenitenciaria y la dinámica del proceso de excarcelación del liberado condicional, observando la actuación de organizaciones no gubernamentales y

otras entidades colaboradoras. Sabiendo que la salida de la prisión requiere una ardua adaptación, sobre todo porque la gran parte de los liberados está desarraigada de su familia y red de amigos, delimitar los factores que impiden la reincorporación del delincuente a la sociedad es de fundamental relevancia para viabilizar medios más eficaces de reintegrarlo a la comunidad de donde fue apartado.

En el octavo capítulo, siguiendo la corriente del paso a la prisión abierta, se perfila la problemática referente al control de penados por medio de instrumentos telemáticos, discutiendo en el Derecho comparado la posibilidad de aplicación de la vigilancia electrónica a la institución de la libertad condicional. La contribución de este capítulo se centra en discutir formas de desencarcelar a las personas y proporcionar un seguimiento más eficiente del liberado a través del uso de nuevas tecnologías. Finalmente, establecemos, a título de sugerencia, una propuesta propia de libertad condicional según los principios de reeducación y resocialización del individuo con la intención de fomentar discusiones y contribuir a la construcción de un sistema penal con niveles más bajos de reincidencia y segregación social.

Este estudio se constituye en una investigación analítica, porque pretende exponer los factores que dificultan, de alguna forma, el buen desempeño de los entes responsables por la ejecución de la sanción penal en consonancia con su finalidad reintegradora y los preceptos de derechos fundamentales. Se trata también de una investigación bibliográfica, dado que, para una fundamentación teórico-metodológica, se observan conocimientos filosóficos, históricos, culturales, científicos, técnicos y conocimientos de la doctrina, los cuales están vinculados a un gran número de disciplinas relacionadas y conectadas entre ellas.

Además, la investigación se incluye en el ámbito de las Ciencias Sociales y se inserta en un proceso cuyo objetivo es el establecimiento de una sociedad inclusiva, que conduzca al desafío de cambiar una visión equivocada, prejuiciosa y punitiva de la sociedad hacia los condenados, cuando más parece bien aferrarse a un proceso de exclusión de aquellos que delinquen. Así, después de tocar los tópicos mencionados anteriormente resta decir que este trabajo es mucho más sugestivo que conclusivo. A través de ejemplos aprehendidos en el campo personal, profesional y las críticas atribuidas al Estado ejecutor, busca los verdaderos motivos y la trascendencia de los fallos en la realidad carcelaria y, más específicamente, de la libertad condicional.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS PRISIONES

Los derechos humanos pueden ser considerados la inspiración inicial que debe orientar la aprobación y sistematización de las legislaciones democráticas, dándoles sentido y legitimación. Sobre los derechos humanos se fundamentan nuestros sistemas jurídico-políticos. En la medida que las aspiraciones sociales son satisfechas y las realidades de los oprimidos transformadas, podemos encontrar ratificados, o no, los compromisos asumidos en documentos válidos interna y externamente por estos ordenamientos jurídicos. Los derechos humanos desempeñan en la actualidad un papel semejante al que en otro tiempo desempeñó la idea del Derecho Natural¹⁰.

El Profesor PECES-BARBA¹¹, al utilizar la denominación *derechos subjetivos fundamentales*, revela el siguiente concepto:

Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo de Estado en caso de infracción.

Para la corriente doctrinaria representada principalmente por PÉREZ LUÑO¹², los derechos humanos tienen en su concepción una indiscutible dimensión deontológica. Son facultades intrínsecas a la persona, que deben ser legitimadas también por el derecho positivo. Con el reconocimiento de estos derechos dentro del ordenamiento legal surgen, entonces, los derechos fundamentales, mostrando su función estructuradora dentro de un Estado de Derecho.

En palabras del propio PÉREZ LUÑO¹³ serían los derechos humanos: "*(...) un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser*

¹⁰ RAMOS PASCUA, José Antonio, *La crítica a la idea de los derechos humanos*, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Volumen II, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Ediciones Universidad Complutense, Madrid, 2001, p. 871.

¹¹ PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Guardiania Publicaciones, Madrid, 1973, p. 22.

¹² PÉREZ LUÑO, Antonio - Enrique [et al.], *Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, p.12.

¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio - Enrique [et al.], *Los derechos humanos, significación (...)*, ob. cit., p.13.

reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional".

La dignidad es la razón de ser de los derechos humanos y una vez que todas las personas son portadoras de dignidad, es necesario concluir que todas las personas son titulares de derechos humanos. Considerándose que la dignidad forma parte de la naturaleza humana y fundamenta los derechos humanos, es inevitable concluir que persona, dignidad y titularidad de derechos son una realidad indivisible¹⁴. Así, toda persona es digna y poseedora de derechos y nada puede hacerle perder su dignidad o quedar desposeída de derechos"¹⁵.

El postulado de la dignidad humana otorga a cualquier persona titularidad de derechos. Esa titularidad es intangible, imprescriptible e inherente a la persona. Sin embargo, la especial relación de subordinación estatal a la que están sometidos los individuos privados de libertad por la comisión de hechos delictivos genera no raras veces abusos de poder y violaciones de derechos humanos, justificando la clasificación de los presos como un grupo humano especialmente vulnerable¹⁶.

Toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un control o dominio sobre las personas que cumplen las penas privativas de libertad se produce una especial relación de sujeción entre el recluso y el Estado¹⁷, caracterizada por la posibilidad estatal de restringir determinados derechos e imponer obligaciones debido a las

¹⁴ASTROZA SUÁREZ, Paulina y RUDNICK VIZCARRA, Carolina, *Protección Internacional de los derechos humanos de los reclusos*, en Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010, p.03.

¹⁵DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Derecho de las personas privadas de libertad, Manual para su vigilancia y protección*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2006, p. 71.

¹⁶Conforme POSADA SEGURA, Juan David, "La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal", en *Nuevo Foro Penal*, n° 64, tercera época, Año I, enero-abril 2003, Universidad EAFIT, Medellín, p. 124. La doctrina, sin realizar mayores distinciones, suele afirmar que el encierro carcelario restringe la libertad de locomoción. En rigor, esta proyección de la libertad física, entendida como la libertad de moverse o caminar dentro de un área determinada, no debería verse afectada por la prisión. Quizá la modalidad más cercana de restricción sería los casos de imposición de la sanción disciplinaria de permanencia en alojamiento individual. José Luis Guzmán Dalbora (cfr. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2009, pp. 231/232)

¹⁷ Caso "Instituto de Reeducación del Menor", sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, n° 112, párr. 152, Corte Interamericana de Derechos Humanos. "El Estado se encuentra en una *posición especial de garante*, "toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna"¹⁷.

circunstancias propias del confinamiento¹⁸. La privación de la libertad trae como consecuencia ineludible la afectación del goce de otros derechos humanos además de la libertad personal como el derecho de privacidad y de intimidad familiar¹⁹. La afectación de derechos por motivo de la condena, sin embargo, no debe ser infundada o desproporcional²⁰, una vez que toda restricción a un derecho humano sólo es aceptable si está justificada ante el Derecho Internacional y sólo es necesaria en una sociedad democrática de Derecho²¹. La regla de la proporcionalidad se divide en tres principios: la idoneidad o adecuación de la limitación o medida restrictiva para la consecución del fin perseguido; la necesidad de la misma, es decir, la inexistencia de medidas menos drásticas e igualmente eficaces para la obtención de la finalidad buscada y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto²², que exige el beneficio obtenido a través de concreta restricción del derecho fundamental en cuestión²³. Y es que, si el recluso tiene derechos restringidos por la sentencia penal y está en situación de régimen especial ante el poder estatal, el Estado también está en una posición especial de garante y dadas las

¹⁸ Centrándonos en su aplicación en el ámbito penitenciario, MAPELLI CAFFARENA subraya que la teoría de las relaciones especiales de sujeción se corresponde con una visión retributiva de la pena. En el momento de sujeción el condenado acaba por sentir la absoluta desprotección jurídica por parte del Estado, que se suma al daño físico de la pena (*El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia*, en Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año I, Febrero-Octubre de 1993, Número I, Universidad Carlos II de Madrid, pp. 427 y ss.). Sobre el tema, TAMARIT SUMALLA afirma que la vinculación de dicha teoría no es propia del Estado de Derecho que consagra la Constitución española (*Curso de Derecho Penitenciario*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996, p.58). RIBERA BEIRAS hace hincapié aún en la especial sujeción del condenado al Estado que al configurar los ámbitos a los que se aplica como espacio ajeno al control del Derecho ha permitido la limitación de derechos fundamentales del recluso (*La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, La construcción de un ciudadano de segunda categoría*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 368).

¹⁹ ASTROZA SUÁREZ, Paulina y RUDNICK VIZCARRA, Carolina, *Protección Internacional de los derechos humanos de los reclusos*, ob. cit, p. 34.

²⁰ Aun partiendo de la constitucionalidad de una norma que limita un derecho fundamental en determinada circunstancia, se debe examinar la constitucionalidad de la aplicación concreta de la norma en cuestión y la necesidad de su utilización para resolver el conflicto entre el derecho fundamental del recluso y el otro bien constitucionalmente valorado (MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *Derechos fundamentales entre rejas*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LI, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, p. 258).

²¹ Caso "Instituto de Reeducción del Menor", sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C nº 112, párr. 154, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²² MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *Derechos fundamentales entre rejas*, ob. cit, p.256.

²³ "Cualquier ley que pretenda restringir un derecho fundamental del interno (más allá del que es inherente a la ejecución de la pena, es decir, libertad en su proyección física, tal cual la hemos conceptualizado *supra*) debe quedar subordinada a los dos principios limitativos de la actividad del legislador que anunciáramos más arriba y que, de acuerdo a la concepción que reputamos como más favorable para la plenitud de los derechos, funcionarán de manera complementaria: *el de proporcionalidad* (en el sentido de que el sacrificio que supone la restricción del derecho debe estar justificado en atención al mayor valor del interés que se pretende resguardar a través de la limitación), y *el de preservación del contenido esencial de los derechos constitucionales reconocidos*, definido sobre la base de que, aun cuando existía un interés razonable, éste no puede llegar a esterilizar, en forma absoluta, el derecho amparado"(CESANO, José Daniel, *Limitaciones al legislador y al poder administrador*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010, p. 62).

características de los centros penitenciarios, el Estado debe proteger a los reclusos de la violencia, que en la ausencia del control estatal, pueda producirse entre los internos²⁴.

El fundamento básico de la protección de las personas privadas de libertad, es, en definitiva, su condición de persona humana que determina la obligación de que todos los traten de forma digna, incluso en la situación de reclusión²⁵.

1. MARCOS JURÍDICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS RECLUSOS

El Derecho Internacional, en especial el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha preocupado del tema de las condiciones de las prisiones y centros carcelarios y el trato a las personas que se encuentran privadas de libertad. Junto a la regulación universal, encontramos el aporte de las instancias regionales, que también se han dedicado al tema. Podemos encontrar un marco normativo internacional importante que impone a los Estados el respeto a los derechos humanos de los reclusos y que obliga, y en algunos casos sugiere y recomienda, el cumplimiento de normas mínimas para el tratamiento digno de las personas privadas de libertad.

1.1 MARCO JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS EN EL ÁMBITO UNIVERSAL

En la era contemporánea a la expresión dignidad de la persona humana se incorporó el elemento filosófico del valor moral. Empieza entonces la inclusión directa de la dignidad en las declaraciones más importantes para la formación de un sistema legal protector de los derechos humanos tales como la Declaración de Derechos de Virginia, precursora de la Constitución Americana de 1787, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que resultó de la Revolución Francesa²⁶.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de La Penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira”, medidas provisionales, resolución de 30 de septiembre de 2006, considerando decimosexto.

²⁵ COYLE, Andrew, *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos, Manual para el personal penitenciario*, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, 2002, p. 31.

²⁶ MARTÍNEZ QUINTEIRO, María Esther, *Crisis de la modernidad y derechos humanos*, en “La crisis en la Historia”, Sexta Jornada de Estudios Históricos del Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de la Universidad de Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1995, p. 162.

Las ideas germinales de la ONU están presentes en el mensaje sobre el estado de la Unión, dirigido por el presidente Franklin Roosevelt al congreso norteamericano el 06 de enero de 1941, y también en la llamada “Carta del Atlántico”, firmada por el presidente Roosevelt y por el Primer Ministro británico Winston Churchill el 14 de agosto del mismo año. La “Carta del Atlántico” más adelante fue incorporada a la Declaración de las Naciones Unidas, del 1º de enero de 1942. Los signatarios fueron denominados “miembros originarios” de la ONU, y el documento fundacional fue firmado por 51 países el 26 de junio de 1945 en la Conferencia de San Francisco.

Hasta la formación de la Organización de Naciones Unidas no encontramos un reconocimiento internacional de principios de derechos humanos. La Carta de las Naciones Unidas de 1945 introdujo en el Derecho internacional un nuevo principio: la dignidad intrínseca al ser humano. Con la creación de la Organización de las Naciones Unidas - la ONU - la preocupación por los derechos fundamentales del hombre gana carácter universal. Pasadas las etapas de sentido filosófico y moral, la dignidad asume también un perfil jurídico²⁷.

1.1.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los trabajos preparatorios de la declaración habían comenzado en febrero de 1947 con el funcionamiento de la Comisión de los derechos humanos de la ONU. La buena disposición de los países integrantes de la ONU, y en particular de las dos grandes potencias, se vio alterada por la ruptura de la alianza entre Estados Unidos y la Unión Soviética y la consecuente Guerra Fría. La nueva situación de enfrentamiento afectó negativamente a los trabajos para la Declaración Universal. A pesar de estas dificultades los negociadores fueron capaces de aprobar en la noche del 10 de diciembre de 1948, en la Asamblea General de la ONU, realizada en París, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

La Declaración de 1948 de la ONU alerta de la existencia de un núcleo de derechos humanos fundamentales que no admiten derogación. Está compuesta por treinta Artículos, precedidos de un preámbulo con siete, en el que se reconoce solemnemente la dignidad de la persona humana, como base de la libertad, de la justicia

²⁷TOUBES-MUÑIZ, Joaquín Rodríguez, *La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 24.

y de la paz. El ideal democrático está previsto con vistas al progreso económico, social y cultural; en el derecho a la resistencia a la opresión; y, finalmente, en la concepción común de estos derechos.²⁸ Los derechos fundamentales que derivan de dicha dignidad son universales, indivisibles e interdependientes²⁹. Su artículo primero complementa la idea de la dignidad al establecer que *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un hito en el proceso de internacionalización de los derechos humanos, dejando de ser el Derecho Internacional un conjunto de normas destinadas únicamente a regular la relación entre Estados soberanos que estuvo en vigor durante siglos³⁰.

Sin embargo, el proceso de aplicación de la Declaración estuvo lleno de dificultades ya que en este procedimiento estuvieron implicadas diferentes posiciones: la concepción *iusnaturalista* de los derechos humanos frente a una visión positivista de los mismos; la concepción marxista frente a la liberal; por último, la fuerte impronta de la cultura occidental frente a la exigencia de universalismo, intrínseca a una Declaración Universal, pero en un mundo en el que todavía no estaba plenamente planteado el problema del relativismo cultural.

1.1.2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES

La tajante división entre el mundo capitalista y el comunista continuó provocando innumerables tensiones, lo que también explica la larga duración de las

²⁸ ARENDT, Hannah, *A condição humana*, 10ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p.14.

²⁹ Según TOUBES- MUÑIZ, “la importancia de los derechos humanos como punto de referencia valorativo se debe en buena medida a que integra los niveles ético, político y jurídico. Su función tradicional, que todavía les da parte de su atractivo, era la de servir de límites al poder. Esta función apunta tanto a la protección del individuo frente a las decisiones de la mayoría como de la protección de la libertad y el autogobierno frente al arbitrio de la fuerza”, en *La razón de los derechos*, ob. cit, p.28.

³⁰ Según MARTÍNEZ QUINTEIRO, “El discurso de los derechos humanos sobrevive a la confrontación entre la modernidad reivindicada, la modernidad corregida y la posmodernidad emergente, no sin sufrir las huellas de estos encuentros, alterarse, y mostrar no obstante una flexibilidad y versatilidad que asegura la supervivencia aun en medio de las innegables dificultades de última hora”, en MARTÍNEZ QUINTEIRO, María Esther, *Crisis de la modernidad y derechos humanos*, ob. cit, p. 176.

conversaciones conducentes a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos³¹. Los años de la Guerra Fría no eran precisamente favorables a una convergencia³². Así, solamente el 16 de Diciembre de 1966 se firmaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³³.

Ambos Pactos refuerzan el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando en sus considerandos recuerdan que "*la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables*".

Según FERRAJOLI³⁴, la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948 y los Pactos Internacionales de 1966, en su conjunto forman una especie de Constitución embrionaria del mundo prometiendo paz, seguridad, garantía de libertades fundamentales y de los derechos sociales a todos los seres humanos³⁵.

1.1.3 REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS

Toda la protección que el sistema de Naciones Unidas y los organismos regionales han pretendido establecer parten de la base esencial de la dignidad humana, del carácter de personas de los reclusos que no pierden por estar detenidos o encarcelados³⁶. Este principio básico es desarrollado de manera más concreta en las llamadas Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas adoptadas por Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y

³¹ "Habría que conciliar en primer término la concepción occidental del lugar del hombre en la sociedad y ante el Estado, inspirada en el liberalismo y el socialismo democrático, con la del socialismo o comunismo marxista profesada por el bloque soviético, que con la Segunda Guerra Mundial había alcanzado una enorme extensión" (TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los Derechos Humanos: Declaraciones y Convenios Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 43).

³² TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los Derechos Humanos: Declaraciones y Convenios Internacionales*, ob. cit., p. 43

³³ El acuerdo distaba de ser fácil, incluso algunos centraban sus preocupaciones en la defensa de los derechos de 1ª generación sumándoles con los de 2ª, fórmula ya ensayada antes por los emergentes Estados Sociales, como forma de arreglar los desacuerdos entre capitalistas y socialistas que convergían en la creencia de un cuerpo inalienable de derechos del hombre, por el simple hecho de ser humanos (MARTÍNEZ QUINTEIRO, María Esther, *Crisis de la modernidad*, ob. cit., p.176).

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, *La crisis de la democracia en la era de la globalización*, en Derecho y Justicia en una sociedad global, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº. 39, Universidad de Granada, Granada, 2005, p. 42.

³⁵ Persiste, todavía, el problema de la ausencia de leyes de actuación más severas e instituciones internacionales que puedan obligar a que los países adopten determinadas medidas y punan las infracciones contra los derechos humanos de forma eficaz.

³⁶ SANCHÉZ PATRÓN, José Manuel, *Las organizaciones internacionales ante la violación de los derechos humanos*, Septem Ediciones, Oviedo, 2004, p. 10.

Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), de 31 de Julio de 1957 y 2076(LXII), de 13 de Mayo de 1977.

Las reglas mínimas especifican los principios y las prácticas generales que se consideran aceptables en prisión para proteger a los reclusos contra los malos tratos, particularmente en relación con la imposición de la disciplina y la utilización de instrumentos de coerción en las instituciones penales.

La primera parte de las Reglas trata de la administración general de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, siendo aplicables a todas las categorías de reclusos. Estas reglas tratan las características esenciales de la vida cotidiana en la prisión con temas vinculados al registro; la separación de categoría (sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles); locales destinados a los reclusos; higiene personal; alimentación; ejercicios físicos; servicios médicos; disciplina y sanción; medio de coerción; información y derecho de queja de los reclusos, entre otros aspectos. En resumen, estas normas pretenden establecer un umbral mínimo que debe ser cumplido por los Estados en los centros penitenciarios y carcelarios³⁷.

La segunda parte del documento contiene las reglas aplicables a categoría especiales de reclusos y abordan aspectos como el tratamiento penitenciario, trabajo, clasificación e individualización de la pena.

Al aprobarse las reglas, el Consejo Económico y Social de la ONU hizo algunas recomendaciones importantes como, por ejemplo, que los gobiernos informaran a cada cinco años de los progresos alcanzados en la aplicación de las mismas.

Es importante mencionar que las reglas mínimas para tratamiento de reclusos fueron pensadas para, además de proteger a los que están bajo tutela del Estado, servir de inspiración a las legislaciones internas de los diversos Estados. No pretenden las reglas establecer detalladamente un modelo de sistema penitenciario modelo, sino únicamente fijar los principios básicos y las normas mínimas necesarias para una buena organización penitenciaria y un trato correcto a los reclusos.

Entre los principios determinantes para una buena actuación estatal en prisión, partiendo siempre del respeto a la dignidad humana, está el principio de no discriminación, reconociendo el respeto a las creencias religiosas y los preceptos

³⁷ ASTROZA SUÁREZ, Paulina y RUDNICK VIZCARRA, Carolina, *Protección Internacional de los derechos humanos de los reclusos*, ob. cit., p. 11.

culturales del grupo a que pertenezcan los reclusos. Las condiciones en las cárceles deben permitir a los reclusos el pleno ejercicio de su personalidad humana, porque no se puede olvidar que la meta final de la pena privativa de libertad es la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles.

Con la conciencia de que el principal violador de los derechos humanos puede ser el propio Estado fueron elaboradas otras normas internacionales sobre el tema cuyo objeto primordial es la protección del individuo³⁸. Específicamente en lo que se refiere a los reclusos cabe destacar los siguientes instrumentos de protección en ámbito universal:

a. Procedimientos para la aplicación efectiva de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, 1984/47;

b. El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988;

c. Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

d. Los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

1.1.4 DECLARACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

Entre los aspectos más relevantes de la protección de los derechos de los reclusos, encontramos las normas relativas a la prohibición de la tortura y de otras prácticas que atentan frontalmente contra el núcleo esencial de la dignidad del ser

³⁸ ENGELMANN, Fabiano, *La reforma de la justicia en Brasil: La movilización de los juristas*, Derechos Humanos en América Latina, Mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p.115.

humano³⁹. La prohibición del uso de la tortura por agentes del Estado fue mencionada por primera vez en artículo 5º de la Declaración de 1948, pero los instrumentos jurídicos específicos para esta materia solo fueron elaborados décadas después.

El primer paso se dio con la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452(XXX), el 09 de Diciembre de 1975. El Tribunal Constitucional español acertadamente entiende que estas expresiones contenidas en la Declaración son conceptos de un mismo núcleo esencial en grados diversos de la misma escala que tienen por fin someter alguien a sufrimientos físicos o psíquicos infringidos con la intención de castigar, humillar al individuo o de anular su voluntad propia⁴⁰.

Además de los golpes y agresiones físicas o psíquicas, otras situaciones estructurales también han sido consideradas como trato degradante o inhumano⁴¹. El alojamiento de personas en establecimientos carcelarios por encima de su capacidad es, por sí solo, un indicador de violación de la garantía de los reclusos de recibir un trato digno y condiciones de detención adecuadas. Esta violación trae consecuencias de suma gravedad para las personas reclusas y tiene terribles repercusiones en la ejecución de las penas privativas de libertad, obstaculizando el proceso de reinserción social.

El hacinamiento carcelario estimula la violencia y dificulta el normal funcionamiento de los centros penitenciarios en cuestiones tales como la higiene, la alimentación, la salud o el régimen de visitas, además de imposibilitar actividades de educación, recreación u orientadas al trabajo porque no hay manera, ni lugar para realizarlas satisfactoriamente. La superpoblación afecta además al nivel de tensión dentro de la cárcel, porque incrementa los problemas de convivencia entre las personas que son obligadas a vivir juntas en un espacio insuficiente⁴².

La tortura es comprendida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como una práctica específica del funcionario del Estado u otra persona en el

³⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Instrumentos Jurídicos Para Prevenir a Tortura e os Tratos Desumanos e Degradantes*, trad. Sonia Fidalgo, en Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, nº. 02, Coimbra Editora, 2006, Coimbra, p. 241.

⁴⁰STC 120/1990, FJ 9º.

⁴¹CANO, Francisca y RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Conclusiones sobre la tortura y conclusiones sobre la impunidad de la tortura*, en Privación de libertad y derechos humanos, La tortura y otras formas de violencia en el Estado español, OSPDH, Barcelona, 2008, p.410.

⁴² PORTILLA, Guillermo, *La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España: análisis de la legislación procesal, penal, administrativa y penitenciaria que le sirve de cobertura*, en Privación de libertad y derechos humanos, La tortura y otras formas de violencia en el Estado español, OSPDH, Barcelona, 2008, p.255.

ejercicio de funciones públicas, con la finalidad de obtener informaciones o confesiones, castigar, forzar o intimidar⁴³. Así, queda clara la dimensión pública de la tortura, diferenciándola de otras formas de violencia. Se trata de una violencia institucional, que por ser practicada por quien debería proteger⁴⁴ se hace más velada y difícil de combatir.

Con el objetivo de combatir la tortura y otros tratos inhumanos sistemáticamente perpetrados por funcionarios públicos contra detenidos o condenados a penas privativas de libertad y denunciados diversas veces denunciados por organizaciones no gubernamentales de protección de los derechos humanos, fue proclamada la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 diciembre de 1984⁴⁵. La Convención prevé que los Estados deben cumplir los requisitos de exhaustividad, celeridad e imparcialidad en las investigaciones sobre malos tratos y torturas denunciadas⁴⁶

El Comité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, organismo internacional que investiga el cumplimiento de los tratados y normas en los países a través de visitas periódicas y recomendaciones, considera que hay tres reglas básicas que los poderes públicos deben obedecer con eficiencia. Se debe garantizar a todas las personas detenidas por las fuerzas de seguridad del Estado: a) el derecho de acceso a un abogado, incluyendo el derecho a consultar a un abogado privado, durante todo el periodo de investigación o privación de su libertad; b) el derecho a ser examinado por un médico de su elección (además del médico forense determinado por ley); c) el derecho a informar a sus familiares el hecho y el lugar de la detención⁴⁷.

Con el objetivo de aclarar los hechos y reconocer la responsabilidad de los malos tratos cometidos por las personas o los Estados ante las víctimas y sus familias, se elaboraron principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la

⁴³ TAVARES, Celma, *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a continuidade da prática de tortura por parte dos agentes do Estado*, en *Direitos Humanos, Questões em Debate*, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, p. 125.

⁴⁴ MAIA NETO, Cândido Furtado, *Presunção de inocência e os direitos humanos - Justiça penal e devido processo no Estado Democrático*, Revista Jurídica Consulex, Ano VIII, n. 171, 2004, p. 53.

⁴⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *El Tipo Penal de Tortura en la Legislación Española a la Luz de la Jurisprudencia Nacional e Internacional*, en *Direitos Humanos, Questões em Debate*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2009, p. 82.

⁴⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Instrumentos Jurídicos Para Prevenir a Tortura e os Tratos Desumanos e Degradantes*, Traducción de Sonia Fidalgo, ob. cit., p. 272.

⁴⁷ MUÑGORRI, Ignacio, *Privación de libertad y derechos fundamentales*, en *Privación de libertad y derechos humanos, La tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español*, OSPDH, Barcelona, 2008, p. 97.

tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, adoptados por la Asamblea General en su resolución 55/89, Anexo, de 4 de diciembre de 2000.

El 18 de diciembre de 2002, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó un nuevo mecanismo para prevenir la tortura: el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes que entró en vigor el 22 de junio de 2006⁴⁸.

El Protocolo establece un sistema de visitas regulares realizadas por los órganos especializados a los lugares donde se encuentran personas detenidas, abarcando no solo las prisiones y los puestos de policía, sino las instalaciones de detención provisional, los centros que acojan delincuentes juveniles, los lugares de detención de carácter administrativo, los centros de detención para inmigrantes y solicitantes de asilo, así como a los establecimientos médicos y psiquiátricos.

La finalidad de las visitas es evaluar las condiciones de reclusión y el tratamiento que reciben las personas detenidas y formular recomendaciones a los Estados partes con el fin de realizar mejoras. El Protocolo también prevé, además de la creación de un órgano internacional especializado (Subcomité para la Prevención), la instauración por las partes de mecanismos nacionales de prevención⁴⁹.

Sobre el compromiso estatal de combatir la tortura, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁵⁰ afirma:

La prevención de los tratos inhumanos y degradantes, así como de su práctica más burda cual es la tortura, es un compromiso ineludible de los poderes públicos en los Estados democráticos de Derecho, toda vez que éstos se construyen como sistemas sociales cuyo fundamento consiste en el respeto de la dignidad de la persona, de toda persona, de cualquier persona(...) Según estos compromisos nacionales e internacionales los poderes públicos están obligados a erradicar las conductas que supongan malos tratos y torturas de sus ciudadanos y de todas las personas que estén en su territorio, realizadas por parte de particulares o por funcionarios públicos.

⁴⁸ Junto a los tratados señalados cabe recordar que otros instrumentos internacionales han venido a complementarlos y a formar parte del sistema universal de protección del derecho de los reclusos, a saber: los Principios de ética médica aplicables a la protección de personas presas o detenidas contra la tortura(1982); las Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte(1984); las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1985 (Reglas de Beijing); las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad(1990) y las Directrices de la OMS sobre la infección por el VIH y el SIDA en las cárceles(1993).

⁴⁹ ASTROZA SUÁREZ, Paulina y RUDNICK VIZCARRA, Carolina, *Protección Internacional de los derechos humanos de los reclusos*, ob. cit., p. 16.

⁵⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *El Tipo Penal de Tortura en la Legislación Española a la Luz de la Jurisprudencia Nacional e Internacional*, ob. cit., p. 76.

Sin embargo, los relatos e informes de organizaciones no gubernamentales y órganos de defensa de los derechos humanos denuncian sistemáticamente la continuidad de la práctica de tortura por parte del Estado⁵¹, sobre todo con relación a detenidos temporales en la Policía y personas que cumplen penas privativas de libertad en los centros penitenciarios.

De las escasas denuncias formales que son juzgadas por el Poder Judicial muy pocos son los casos en los que hay una condena para el torturador. La mayoría de los procesos no pasa de la fase policial y los que logran llegar al nivel de conocimiento del magistrado son archivados por falta de pruebas. El argumento “falta de pruebas”, en realidad, es la constatación de que el poder judicial no consigue o no desea esclarecer los hechos.

La inaplicación de los dispositivos internos e internacionales genera impunidad, estimulando la práctica de la tortura u otros tratos inhumanos en desacuerdo con los principios que regulan un Estado Democrático de Derecho.

Entre las razones que permiten la impunidad de la tortura u otros tratos inhumanos está el aislamiento en la privación de libertad, una vez que la cárcel es donde generalmente se producen los malos tratos. La propia situación de incomunicabilidad, aunque temporaria, favorece al agresor, imposibilitando muchas veces conservar las pruebas del abuso de los agentes estatales o identificar a los responsables del delito. Por otra parte, cabe destacar como en muchas ocasiones los funcionarios acusados, e incluso algunos condenados en primera instancia, son premiados, acabando con la ya frágil credibilidad de la víctima⁵².

Para TAVARES⁵³, la impunidad en cuanto al crimen de tortura puede deberse a diversas causas, entre ellas hace hincapié en las siguientes: a) el miedo de las víctimas a denunciar porque están bajo custodia del agresor o por temer venganza; b) La falta de confianza en la seriedad de las investigaciones judiciales y aplicación de

⁵¹ Para ilustrar la situación de vulneración de derechos mencionada arriba tomamos como ejemplo los casos de Brasil y España. De acuerdo con el Informe de 2010 de la Amnistía Internacional, en Brasil la tortura se emplea de manera habitual como método de interrogatorio, castigo, control, humillación o extorsión y el hacinamiento continua siendo un grave problema. En España, continuaron las denuncias de malos tratos a manos de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las autoridades siguieron aplicando el régimen de incomunicación a personas detenidas pese a los reiterados llamamientos de organismos internacionales de derechos humanos para que esta práctica fuera abolida (AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe 2010).

⁵² CANO, Francisca y RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Conclusiones sobre la tortura y conclusiones sobre la impunidad de la tortura*, ob. cit., p. 416-417.

⁵³ TAVARES, Celma, *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a continuidade da prática de tortura por parte dos agentes do Estado*, ob. cit., p. 133.

sanciones adecuadas; c) Dificultad en probar la responsabilidad de los agentes públicos; d) Falta de autonomía de los órganos que realizan los análisis periciales, dejando la interpretación de las pruebas vinculada a intereses políticos o corporativos; e) La resistencia por parte de Fiscales y Magistrados a aplicar las normas que punen como delito la práctica de la tortura y otros hechos semejantes, desclasificando las conductas como mero abuso de poder.

A todos estos motivos añade MUÑGORRI⁵⁴ la existencia de una legitimación procesal penal que a través de la vía de la excepcionalidad posibilita la tortura. Para él, una legislación que facilita la práctica de actuaciones violentas, las sanciones meramente simbólicas y, en general, la escasa prevención general de tales comportamientos favorecen la continuación de las prácticas delictivas.

Según FERRAJOLI⁵⁵ existen dos tipos de tortura, opuestos entre ellos por muchos aspectos. El primer tipo es el practicado de manera oculta y con el conocimiento de su ilegalidad, en el interior de las cárceles o en los establecimientos policiales. El segundo modelo de tortura que se ha venido afirmando en los últimos años es aun más preocupante porque no se practica de forma aislada, ilícita, sino como método de inquisición, de confrontación del enemigo, o de quien se sospeche serlo, adoptada en directivas explícitas y manuales oficiales escritos para tal finalidad, demostrando un desprecio ostensivo por la humanidad de los acusados o reclusos, permitiendo situaciones que en guerra tampoco estarían autorizadas.

A pesar de que los instrumentos internacionales de derechos humanos determinan que bajo ningún aspecto o circunstancia estará permitida la práctica de tortura o tratos inhumanos o degradantes, algunas situaciones legales de Estados considerados democráticos propician la violación de principios y derechos teóricamente incompatibles con restricciones de política criminal, a ejemplo del principio de la presunción de inocencia, del contradictorio y de la amplia defensa, además del propio principio del respeto a la dignidad humana⁵⁶.

⁵⁴ MUÑGORRI, Ignacio, *Privación de libertad y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 135.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi, *La batalla contra la tortura: la batalla de la razón*, Traducción de Carlos Orozco Arcieri, en *Privación de libertad y derechos humanos, La tortura y otras formas de violencia en el Estado español*, OSPDH, Barcelona, 2008, p. 17.

⁵⁶El Tribunal Constitucional alemán ha expresado, por ejemplo, que “ni siquiera intereses dominantes en la comunidad pueden justificar una intervención en el núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada; ni cabe una ponderación de acuerdo con el criterio de proporcionalidad”(ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.198)

Los actos de tortura codificados forman parte del nuevo derecho penal, difundido principalmente por los Estados Unidos de Norteamérica, que propone un trato excepcional para el terrorismo. La inspiración está en la teoría del derecho penal del enemigo, de Gunther Jakobs, que alimenta la lógica de la guerra, identificando al enemigo como mal absoluto y por eso, no-persona, sin merecer la aplicación de las garantías ordinarias del debido proceso, ni de las previstas por el Derecho humanitario⁵⁷.

La práctica de tortura contemporánea en el ámbito del poder estatal es un grave problema que afecta a gran parte de los países. En Brasil, la tortura es sistemática y generalizada y de acuerdo con evaluación de la ONU es selectiva y motivada por la discriminación social y racial⁵⁸. Sin embargo, la situación de vulnerabilidad, además del hecho de ser pobre, puede ser determinada por el sexo, la edad, pertenecer a una minoría étnica, religión o estatus jurídico.

En el ámbito español hay dos situaciones que propician la existencia de la tortura o tratos inhumanos. La primera es la prisión preventiva de acusados de terrorismo que están sometidos por ley a un régimen de incomunicabilidad. La segunda, el trato que dispensan las fuerzas de orden a los extranjeros por la supuesta práctica de delitos, cacheos y búsquedas de inmigrantes irregulares⁵⁹.

El combate a la tortura y su red de violencia resulta insuficiente, y hasta cierto punto impotente, ante la realidad de muchos Estados. Sólo en la medida en que se doten de los mecanismos legales y morales necesarios para hacerlo, recién podríamos afirmar que la tarea está camino de cumplirse.

1.2 MARCO JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS RECLUSOS EN EL ÁMBITO DE EUROPA Y AMÉRICA

Al constituir el sistema universal un umbral mínimo determinado para la generalidad de los Estados, dos han sido las regiones del mundo que más avanzaron en la protección de los derechos humanos, complementando, de esta manera, la regulación internacional ya existente. Los avances más notables se han dado en Europa y América.

⁵⁷FERRAJOLI, Luigi, *La batalla contra la tortura: la batalla de la razón*, ob. cit., p.19.

⁵⁸TAVARES, Celma, *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a continuidade da prática de tortura por parte dos agentes do Estado*, ob. cit., p. 136.

⁵⁹ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *El Tipo Penal de Tortura en la Legislación Española a la Luz de la Jurisprudencia Nacional e Internacional*, ob. cit., p. 85.

1.2.1 SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS

1.2.1.1 CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

Inspirado en la Declaración Universal de 1948 y con la finalidad de proteger y desarrollar los derechos humanos y las libertades fundamentales en sus países miembros, el Consejo de Europa adoptó en 1950 el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convención Europea de Derechos Humanos, como es generalmente llamada. Este tratado reconoce, entre otros puntos, la obligación de respetar los derechos humanos y establece la prohibición de la tortura, de la esclavitud y de los trabajos forzados⁶⁰.

Con el propósito de permitir un control efectivo de los derechos humanos, basándose en los principios de legalidad, libertad, igualdad y derecho a un proceso equitativo, fue instituido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, que inició su funcionamiento ya el 3 de septiembre del mismo año. El Tribunal Europeo constituye un órgano judicial ante el que pueden presentarse denuncias de violaciones a derechos fundamentales reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos. Un dato importante es que desde 1998 los individuos tienen acceso directo a la Corte, lo que ha facilitado la represión a conductas contrarias a los dispositivos de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desempeñado un papel esencial en la protección de los derechos de los reclusos, al contribuir a la relación y contenido de los derechos que a éstos les caben, reforzando los conceptos básicos de dignidad intrínseca y la especial relación de sujeción que los detenidos tienen frente al Estado. En efecto, la Corte Europea, de acuerdo con el artículo 3º de la Convención Europea, ha indicado que:

El Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén

⁶⁰ TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los Derechos Humanos: Declaraciones y Convenios Internacionales*, ob. cit., 175-177.

asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida⁶¹.

Asimismo, el TEDH ha reiterado en varias ocasiones que las personas privadas de libertad se encuentran en una posición vulnerable⁶² y las autoridades tienen el deber de protegerlas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha generado una jurisprudencia valiosa para la protección de personas privadas de libertad⁶³, porque comprende que en estos casos vigora el principio favor libertatis, es decir, el principio en que la interpretación y aplicación del Derecho debe realizarse en el sentido que más favorezca a la libertad de las personas

1.2.1.2 REGLAS MÍNIMAS EUROPEAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS

Con relación a la protección específica de los reclusos en las cárceles, los países europeos avanzaron más en su determinación y exigencias y el primer intento de establecer reglas para los presos en Europa se produjo en 1973, con la introducción de las Reglas Mínimas Europeas para el Tratamiento de los Reclusos, mediante la Resolución (73)5 del Consejo de Europa⁶⁴.

Estas reglas pretendían adaptar a las condiciones europeas las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas que ya habían sido aprobadas en 1955. A su vez, han ido modernizando y reelaborando sus propias normas⁶⁵ y en 1987 las Reglas Europeas de las Prisiones (European Prison Rules)

⁶¹ CEDH “Kudla v. Poland”, 26/10/00, nº 30.210/96, párr. 94.

⁶² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Instrumentos para prevenir a tortura e os tratos desumanos e degradantes*, ob. cit. p. 278.

⁶³ Señala el TEDH que “el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, cualesquiera que sean los actos de la víctima. El artículo 3º no prevé ninguna excepción, en lo cual contrasta con la mayoría de los preceptos del Convenio” (Sentencia de 18 de enero de 1978 –asunto IRLANDA contra REINO UNIDO, en RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales (...)*, ob. cit., p.75.

⁶⁴ KUHN, Christian, *Los derechos humanos en los sistemas penitenciarios de Europa*, Por una pastoral de Justicia y Libertad, Actas del VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, realizado en Madrid, de 15 a 17 de septiembre de 2000, Corintios-Revista de Teología y Pastoral de la Caridad XIII, nº 97 y 98, enero-junio de 2001, p. 396-397.

⁶⁵ Las reglas europeas traen normas *adicionales para categorías especiales de reclusos* (R. 90 a 100): en primer lugar se resalta que, en relación a los internos «preventivos», estos han de ser tratados de una forma que sea acorde con la presunción de inocencia que ha de ampararles. Sigue manteniéndose la categoría de presos por procedimientos no penales (a quienes se asimila a los «preventivos», salvo la obligación de trabajar). Por último, se insiste en el hecho de que los enajenados y enfermos mentales no

fueron revisadas a fin de que pudieran, como lo expresa la Exposición de Motivos, “recoger las necesidades y las aspiraciones de las administraciones penitenciarias, de los reclusos y del personal penitenciario en un enfoque coherente de la gestión y el tratamiento que sea positivo, realista y contemporáneo⁶⁶”.

De acuerdo con el Profesor MAPELLI CAFARENA⁶⁷, los principios fundamentales explicitados en las reglas europeas expresan un nuevo planteamiento de política criminal en el que la ejecución de la pena privativa de libertad parte de dos principios informadores: el principio de reinserción social y el principio de normalización social. Según este último, la cárcel debe ser un reflejo de la sociedad libre y, por lo tanto, los Estados deben intentar crear condiciones que se adapten, en la medida de lo posible, a los aspectos positivos de la vida en el exterior. Lo que se busca a través de estas reglas es que la cárcel no añada más castigo al recluso que la privación de libertad y permita, efectivamente, su reinserción social una vez puesto en libertad.

En las reglas mínimas europeas encontramos disposiciones que tratan de temas como el ingreso del recluso en el centro penitenciario o carcelario; normas de higiene, vestimentas y camas, régimen alimenticio; asesoramiento jurídico; contactos con el mundo exterior, la distribución y los lugares de detención, destacando que los locales de detención, en especial los que están destinados al alojamiento, deben cumplir unas condiciones mínimas adaptadas a los parámetros de respeto a la dignidad humana.

1.2.1.3 CONVENIO EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA Y DE LAS PENAS O TRATOS INHUMANOS O DEGRADANTES

El derecho fundamental de no ser sometido a tortura se regula en el art. 3º de la Convención Europea de Derechos Humanos y está destinado a todas las personas, sin excepción. La tortura y las penas o trato inhumanos o degradantes ya estaban penalizados en las legislaciones nacionales europeas y en varios instrumentos jurídicos⁶⁸. Sin embargo, la experiencia mostraba la necesidad de adoptar medidas

deben estar en la cárcel, en RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Cárcel y Derechos Humanos, Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, p.85.

⁶⁶ CONSEJO DE EUROPA, Comentario a las normas penitenciarias europeas, Traducción realizada por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Abril de 2010.

⁶⁷ MAPELLI CAFARENA, Borja, *Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas*, catedrático de Derecho Penal, Universidad de Sevilla, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminet.ugr.es>.

⁶⁸ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*, ob. cit., p.74.

internacionales más amplias y eficaces, en particular para reforzar la seguridad de las personas privadas de libertad.

Sobre el concepto de tortura y la responsabilidad del Estado ante su práctica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que aún en ausencia de lesiones, los sufrimientos en las esferas física y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. El carácter degradante se expresaría en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima⁶⁹.

El Consejo de Europa ponderó que el sistema basado en quejas presentadas por las personas o los Estados, alegando vulneraciones de los derechos humanos, podía ser complementado de un modo útil por un mecanismo no judicial de carácter preventivo cuya misión fuera examinar el trato dado a las personas reclusas en cárceles. De esta manera, y siguiendo la idea de las Naciones Unidas sobre la materia, el 26 de Noviembre de 1987, en Estrasburgo fue celebrado el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos, o Degradantes (Número 126 del Consejo de Europa).

Este tratado también se constituye con la convicción de que la protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad debería ser reforzada a través de visitas sistemáticas a los países miembros para averiguar la real situación de los centros penitenciarios y el nivel de respeto a los derechos de los reclusos. Para cumplir esta misión se creó un Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Este Comité tiene la función de realizar visitas a los lugares bajo jurisdicción de un Estado parte en que se encuentren personas privadas de libertad por una autoridad pública⁷⁰.

Después de cada visita, el Comité elabora un informe detallado sobre los hechos comprobados, teniendo en cuenta todas las observaciones que pudiera presentar la parte interesada. Además, el Comité podrá realizar las recomendaciones que estime conveniente. En complemento de esta actividad, el Comité podrá acordar consultas con la parte para sugerir, si es necesario y posible, mejoras para la protección de las personas privadas de libertad.

⁶⁹ COYLE, Andrew, *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos, Manual para el personal penitenciario*, ob. cit., p.31.

⁷⁰ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Cárcel y Derechos Humanos*, ob. cit., p. 63.

Es importante mencionar que el Convenio determina que si el país miembro no colabora o no cumple satisfactoriamente la tarea de mejorar la situación a la vista de las recomendaciones del Comité éste podrá por mayoría de dos tercios de sus miembros y después de que la parte haya tenido la posibilidad de dar explicaciones, hacer una declaración pública al respecto. Según ASTROZA SUÁREZ y RUDNICK VIZCARRA⁷¹, en este aspecto, la norma que establece el Convenio Europeo es muy semejante a la establecida en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, variando el quórum (en el caso del Comité contra la Tortura y a instancias del Subcomité para la Prevención, el quórum es de mayoría de sus miembros), teniendo el mismo carácter de denuncia pública al establecer como sanción esta declaración y, en el caso de las Naciones Unidas, el posterior informe.

1.2.2 SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS

Los instrumentos jurídicos interamericanos que consagran explícitamente los derechos humanos respecto a las personas privadas de libertad son básicamente tres: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

A la luz del marco jurídico europeo de protección de los derechos de los reclusos, la normativa interamericana es escasa. En efecto, no existen herramientas semejantes a las Reglas penitenciarias europeas, sin perjuicio del alcance orientador e inspirador de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos provenientes de la ONU⁷².

1.2.2.1 DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

Históricamente, como respuesta a los horrores de la Segunda Guerra Mundial, se produjo el primer acuerdo internacional firmado sobre derechos humanos,

⁷¹ASTROZA SUÁREZ, Paulina y RUDNICK VIZCARRA, Carolina, *Protección Internacional de los derechos humanos de los reclusos*, ob. cit, p. 21.

⁷²ASTROZA SUÁREZ, Paulina y RUDNICK VIZCARRA, Carolina, *Protección Internacional de los derechos humanos de los reclusos*, ob. cit, p. 26.

anticipándose a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en seis meses. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá-Colombia, en el año 1948, en el seno de la naciente Organización de Estados Americanos. La Declaración está precedida de varios considerandos y consta de un preámbulo y dos capítulos, el primero dedicado a los derechos y el segundo a las obligaciones. En total, la Declaración está integrada por 38 artículos.

Sobre la aplicación de las penas de prisión, en efecto, el Artículo XXV de la Declaración Americana establece que la nadie podrá ser privado de libertad sino en los casos y formas previstos anteriormente y, estando recluso, el sujeto tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad. El artículo mencionado también establece que aquel individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida o, de lo contrario, ser puesto en libertad. Así, dentro de los derechos de protección contra la detención arbitraria, se prevén a la vez los principios de legalidad, humanidad y del debido proceso legal. Para finalizar, el Artículo XXVI consagra el principio de la presunción de inocencia, declarando que todo acusado deberá ser considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario, prohibiendo en caso de condena las penas crueles, infamantes o inusitadas⁷³.

1.2.2.2 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, fue celebrada en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Sin perjuicio del reconocimiento general de los derechos a la vida, indemnidad física, psíquica y moral, por mencionar sólo algunos, en lo referente a las personas privadas de libertad específicamente determina en su art. 5, numeral 2, segunda parte, que *“toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*, y en su numeral 6: *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”*.

⁷³BENITO DURÁ, Mauricio, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica, Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 33.

El art. 27.2 de la Convención Americana ha construido un núcleo duro de derechos humanos que no pueden ser suspendidos ni en las hipótesis más extremas de violencia social, tales como *“de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado”*.

También con la Convención Americana se han creado órganos competentes para tratar los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados partes en la Convención: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.2.2.3 CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA

El otro instrumento de protección interamericano es la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, firmada en Cartagena de Indias en 1985. La Convención contra la Tortura dispone en su art. 1: *“Los Estados partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”*. En lo referente a las personas privadas de libertad se establecen disposiciones expresas tales como su art. 5: *“Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura”*, y su art. 7 que establece: *“Los Estados partes tomarán medidas para que, en el adiestramiento de agentes de la policía y de otros funcionarios públicos responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad, provisional o definitivamente, en los interrogatorios, detenciones o arrestos, se ponga especial énfasis en la prohibición del empleo de la tortura”*⁷⁴.

A pesar de la existencia de los instrumentos jurídicos mencionados, la crisis en los sistemas penitenciarios de los Estados americanos es una situación conocida y cada vez más alarmante. La realidad carcelaria americana adolece de serias deficiencias estructurales y ha sido desgraciadamente mencionada diversa veces en la jurisprudencia internacional sobre vulneraciones de los más básicos derechos humanos del individuo.

Con la intención de buscar soluciones viables al caos carcelario vivido por los reclusos en América hay un trabajo de diagnóstico por parte de los organismos interamericanos a través de la actividad política en el seno de la Organización de los

⁷⁴ TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los Derechos Humanos: Declaraciones y Convenios Internacionales*, ob. cit., p. 258.

Estados Americanos (OEA). En este sentido, la primera iniciativa son las Reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros Procuradores Generales de las Américas (REMJA), con la finalidad de promover procedimientos de intercambio de experiencias nacionales y la cooperación técnica en materia de política carcelaria y penitenciaria.

Por otro lado, cabe destacar el trabajo de la Comisión Especial de Políticas Carcelarias para América Latina del Parlamento Latinoamericano (Parlatino). El Parlatino ha aportado propuestas al debate a través de la labor de su Comisión de Derechos Humanos, que ha estructurado actividades tendentes a evaluar la situación de las cárceles en América Latina y denunciar las violaciones a las normas que protegen a los presos y detenidos.

El Parlamento Latinoamericano, a través de su Comisión Permanente de Derechos Humanos, Justicia y Políticas Carcelarias, presenta informes periódicos acerca de la realidad penitenciaria de la región, y ha identificado con frecuencia la violación de diversas categorías de derechos humanos. Las visitas constatan fácilmente los problemas que afectan al sistema penitenciario latinoamericano, y que básicamente reproducen el diagnóstico de las Reuniones de Ministros: superpoblación de las cárceles; agentes penitenciarios sin preparación adecuada para su función; bajo número de psicólogos y asistentes sociales para aplicar el sistema progresivo de tratamiento; hacinamiento; terribles condiciones higiénicas, trabajo habitualmente escaso y que ocupa a un muy bajo porcentaje de la población; en las cárceles de mujeres, la presencia de niños, hijos de las reclusas, que conviven con ellas hasta muy diferentes edades; precaria atención médica; muy pocas oportunidades educativas; mala alimentación, entre otras realidades que discrepan de los textos legales.

En los informes se menciona como sugerencia la necesidad de implementar normas supranacionales inspiradas en las recomendaciones de las Naciones Unidas, que obliguen a los gobiernos y a sus Congresos a legislar sobre la materia, así como el establecimiento de organismos de control para su cumplimiento.

El sistema de protección de derechos humanos de los reclusos se hace efectivo en América por medio del trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y especialmente, a través de la labor jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha desarrollado una seria y clara línea jurisprudencial en lo que dice respecto al alcance y contenido de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y la responsabilidad internacional de los Estados que violan estas garantías individuales y selectivas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en diversos juzgados su postura acerca de los límites aceptables de restricción de derechos impuestos por el Estado para aquellos que cumplan una pena privativa de libertad:

La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar. Esta restricción de derechos, consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de la misma, sin embargo, debe limitarse de manera rigurosa, puesto que toda restricción a un derecho humano solo es justificable ante el Derecho Internacional cuando es necesaria en una sociedad democrática⁷⁵.

Sin embargo, una gran contribución para la formación de esta línea jurisprudencial favorable a la protección de los derechos humanos en las cárceles es la creciente utilización de las medidas provisionales decretadas por la Corte a petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en virtud del art. 63.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que determina: *“En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas urgentes y provisionales sirven, además, al propósito de proteger derechos humanos, evitando daños irreparables a las personas”*⁷⁶.

Siempre que se cumplan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia, y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales deben ser invocadas porque se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo⁷⁷.

Tratándose de problemas estructurales como la superpoblación y el hacinamiento, desafortunadamente algo común en el entorno de América, sobre todo, en los países de Sudamérica, la Corte ha sostenido que el hacinamiento – entendiendo como tal, a título de ejemplo, en el caso “Montero Aranguren y otros contra Venezuela” (resolución 5/7/06) el espacio aproximado de 30 centímetros cuadrados por cada recluso - *“es a todas luces inaceptable y constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante, contrario a la dignidad inherente del ser humano y, por ende, violatorio*

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Instituto de Reeducación del Menor”, cit.párr. 154.

⁷⁶ Caso de las Penitenciarías de Mendoza. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004, considerando quinto.

⁷⁷ Caso de las Penitenciarías de Mendoza. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2005, considerando cuarto; caso de la Cárcel de Urso Branco, Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de Julio de 2004, considerando cuarto.

del artículo 5.2 de la Convención Americana”⁷⁸. Para la Corte Interamericana, igualmente supone un tratamiento inhumano:

(...) dormitorios de gran capacidad como los que existían en el Retén de Catia inevitablemente implicaban una falta de privacidad para los presos en su vida diaria. Además, el riesgo de intimidación y violencia era alto. Tales condiciones de alojamiento son propensas a fomentar el desarrollo de subculturas delictivas y a facilitar el mantenimiento de la cohesión de organizaciones criminales. También pueden volver extremadamente difícil, si no imposible, el apropiado control por parte del personal penitenciario; más específicamente, en caso de disturbio, las intervenciones externas que impliquen un uso considerable de fuerza son difíciles de evitar”⁷⁹.

En el caso “Montero Aranguren y otros contra Venezuela” la Corte concluyó que las condiciones carcelarias de ciertos internos del Reten de Catia, que no sólo *“tenían que excretar en presencia de sus compañeros, sino que tenían que vivir entre excrementos, y hasta alimentarse en esas circunstancias”*, demuestran una agresión frontal a la dignidad humana, un trato cruel, inhumano y degradante, un grave riesgo para la salud y la vida, y una manifestación de violación del art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sobre el procedimiento “Miguel Castro contra Perú”, la Corte Interamericana ha manifestado la siguiente opinión sobre la responsabilidad estatal por la práctica de la tortura:

Es posible considerar responsable al Estado por las torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes que sufre una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades no han realizado una investigación seria de los hechos seguida del procesamiento de quienes aparezcan como responsables de ellos. Recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados”⁸⁰.

Con relación a la negligencia como forma de comisión ilícita, existen dos corrientes jurisprudenciales. Para una de ellas configura responsabilidad estatal la existencia de políticas penitenciarias y de prevención de episodios violentos⁸¹,

⁷⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Montero Aranguren y otros (Reten de Catia) c/Venezuela”, sentencia de 5 de Julio de 2006, párr. 91.

⁷⁹Caso “Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) c/Venezuela”, cit., párr. 92.

⁸⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “del Penal Miguel Castro c/Perú”, sentencia de 26 de noviembre de 2006, párr. 273.

⁸¹Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, cit, párr. 153, “Este rol de garante se utiliza generalmente para referirse a la comisión por omisión, esto es, la figura típica de quien debe responder por ciertos resultados, en virtud de las obligaciones de custodia que asume o se le atribuyen en forma vinculante. Precisamente tal es el caso del Estado como ente monopolizador del uso de la fuerza y del control social formalizado. El recluso o interno “queda a merced del custodio *-lato sensu-*, en cuanto sus derechos se

obligación cuyo incumplimiento resulta imputable al Estado⁸². Para la otra vertiente, la extensión de responsabilidad al Estado también se produce a través de las actuaciones de terceros, aun siendo estos entes particulares no representativos o sujetos a control o jerarquía estatal. Sin embargo, una vez contratados por la Administración Pública y delegada en ellos actividad de fin público, la consecuencia tiene que revestirse del rigor típico exigido para los agentes del Estado. En el momento de la actuación, el particular actuaba como agente estatal, por lo tanto tendrá que responder.

La primera de estas hipótesis ha sido utilizada por la Corte en diversos casos. En el caso de la Cárcel de *Urso Branco*, en Brasil, reiterada la posición en otros pronunciamientos, la Corte sostuvo que *“en su obligación internacional de garantizar a toda persona el pleno ejercicio de los derechos humanos, el Estado debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas como las que motivan estas medidas provisionales”*⁸³. Dadas las características de los centros de detención, el Estado debe proteger a los reclusos de la violencia que, en la ausencia de control estatal, pueda ocurrir entre los detenidos⁸⁴.

Los fallos dictados por las instancias jurisdiccionales, la labor de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos, el Parlamento Latinoamericano y Europeo son importantes en la determinación y desarrollo de los derechos humanos de los reclusos. Sin embargo, la debilidad del sistema de salvaguardia de todos estos derechos analizados reside principalmente en la falta de cooperación de los Estados o de su abierta violación a las normas de estos tratados y convenciones. Resulta imprescindible el apoyo real de las naciones, y no sólo su mera declaración de intención de cumplir con

hallan diluidos, suprimidos, enrarecidos de hecho. Carece de los medios para hacerlos valer. Depende de la voluntad del funcionario, que puede ser benévolo o tiránico; o bien, queda a merced de las circunstancias en el frecuente supuesto de que el custodio abdique de sus atribuciones como autoridad del encierro y permita que las cosas sucedan como la fortuna lo disponga”.

⁸²Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “García Astos y otros c/Perú”, sentencia de 25 de noviembre de 1995, párr. 223: “Las sanciones penales son una expresión de la potestad punitiva del Estado e implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita (...). Las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de trato o pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención. Las situaciones descritas son contrarias a la ‘finalidad esencial’ de las penas privativas de la libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, ‘la reforma y la readaptación social de los condenados’. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas”.

⁸³Caso Cárcel de Urso Branco, cit., párr.13.

⁸⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Penitenciaría brasileña “Dr. Sebastião Martins Silveira”, cit., considerando decimosexto.

las normas establecidas por el Derecho Internacional. Hay que incorporar al orden jurídico interno de los países las normas internacionales de protección a los derechos humanos, empezando por su ley más importante que es la Constitución.

Y es que el pilar de cualquier Estado que persiga construir una sociedad más armónica y menos desigual es la consolidación de los derechos humanos a través de su norma fundamental: la Constitución. Ley primera de un sistema de normas jurídicas, escritas o arraigadas, regula la forma del Estado, la forma de su gobierno, el modo de adquisición y el ejercicio del poder, el establecimiento de sus órganos, los límites de su acción, los derechos fundamentales del hombre y sus respectivas garantías. Sólo con previsiones constitucionales firmes y propias de un Estado Democrático de Derecho se podrá hacer frente a cuestiones como el desarrollo de políticas públicas específicas y efectivas de promoción de la dignidad humana, buscando el cambio de comportamiento no sólo de los agentes públicos sino también de toda la sociedad.

1.3. PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN

Según SILVA⁸⁵ la Constitución es algo conformado por un conjunto de normas que expresan la conducta humana motivada por las relaciones sociales y que tienen como finalidad la realización de los valores que indican la existencia de la comunidad. Mucho más que delinear la acción de los poderes públicos, la Constitución trae los límites legítimos de aplicación de la ley, exigiendo el respeto a los derechos fundamentales y a los principios rectores de la Democracia y la justicia. Una vez consagrados estos derechos de manera formal en las cartas constitucionales, deben orientar todas las actuaciones políticas y jurídicas con el fin de que se produzca una realización material de estos derechos fundamentales del hombre ya reconocidos. Así, los derechos fundamentales no podrán ser atacados por normas jerárquicamente inferiores.

Para CANOTILHO⁸⁶ el Estado Constitucional, para ser un estado con los atributos identificados por el constitucionalismo moderno, debe ser un Estado de Derecho Democrático. El Estado Constitucional es "más" que un Estado de Derecho. Un Estado Democrático de Derecho se identifica no sólo por la declaración formal de

⁸⁵ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª. ed., Editora Malheiros, São Paulo, 1995, p. 43.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p.95.

igualdad entre todos los hombres sino por la imposición de metas y propósitos claros de reducción de las desigualdades sociales, promoción del bien común, respeto a las múltiples formas de libertad (expresión, credo, movilidad) y defensa de los derechos humanos.

La consolidación del Estado Constitucional de Derecho exige la convivencia con múltiples estilos culturales, la diversidad de circunstancias y condiciones históricas. En una sociedad pluralista, la Constitución desarrolla la función de sistematizar los valores más importantes de un determinado ordenamiento jurídico ideado de acuerdo con el modelo de organización que representa y desea. Su estructuración se da por medio de valores de consenso general y significa no sólo una opción técnica o simbólica sino una percepción política de las prioridades y necesidades públicas de todos los ciudadanos. Para GRECO⁸⁷, la Constitución protege a todos de la arrogancia del Estado, garantizándonos seguridad contra cualquier amenaza a los derechos fundamentales.

FERRAJOLI⁸⁸ considera el constitucionalismo como la segunda revolución en la naturaleza del Derecho, una vez que más allá del principio de legalidad formal que ha consagrado la omnipotencia del legislador, el constitucionalismo rompe el paradigma positivista y tiene como característica la legalidad estricta o sustancial para exigir la aplicación de los derechos fundamentales y principios presentes en la Constitución. El ilustre profesor comprende que la sumisión del juez a la ley no se da más en cualquier caso, sino cuando sea coherente con la Constitución. En el nuevo modelo constitucional garantista, la validez de la norma no está asociada solamente a la existencia formal de la ley, una vez que, negando los dogmas, busca una interpretación conforme a los preceptos y valores constitucionales.

En verdad, los principios constitucionales deben actuar como guías para la correcta interpretación de las demás normas jurídicas, evitando así una aplicación de la ley de forma pobre, limitada, ignorando la teleología imaginada por el legislador constituyente. Según la visión de BANDEIRA DE MELLO⁸⁹ :

Violar un principio es mucho más grave que transgredir una norma. La desatención al principio implica ofensa no sólo a un mandamiento específico obligatorio, sino a todo el sistema de instrucciones. Es la más grave forma de ilegalidad o inconstitucionalidad, conforme la escala del principio alcanzado, porque supone injerencia contra todo el sistema, subversión de sus valores

⁸⁷GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, Vol. I, 12ª ed., Impetus, Niterói, 2010, p. 08.

⁸⁸FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías- la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001, p.26.

⁸⁹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1994, p. 451. Traducción hecha por la autora de esta investigación.

fundamentales, ofensa irremisible a su estructura y corrosión de su estructura maestra.

El valor axiológico de los derechos fundamentales son marcos de referencia para todas las normas jurídicas y políticas del Estado, funcionando, incluso, como principios supraestatales cuando existen pactos internacionales ratificados por los países. Estos valores superiores elegidos y positivados por la Constitución de un Estado determinarán la forma de actuación tanto del legislador ordinario como del intérprete, condicionando la legitimidad de la ley a un análisis crítico de la hermenéutica jurídica y al cumplimiento de los derechos humanos positivados.

Dentro del universo de reglas jurídicas que intentan controlar la masa social, cabe al Derecho Penal seleccionar las conductas insoportables para la sociedad y que, no siendo reguladas por otras ramas del Derecho, como último recurso, deben ser prohibidas, tipificadas como delitos, y consecuentemente aplicada la sanción de privación o restricción de libertad correspondiente a la gravedad del bien jurídico violado.

Siendo la finalidad del Derecho Penal la protección de bienes esenciales para la convivencia social, deberá también el legislador penal hacer su selección de conductas criminales tomando como base la estructura de valores y la concepción política creada por la Constitución. Los derechos fundamentales adquieren status de intangibilidad, formando un núcleo duro, innegociable, estableciendo el objeto y los límites del *jus puniendi* del Estado. Estas directrices no se relativizan según las quejas de la comunidad, el concepto de seguridad pública o de alarma general instaurada tantas veces con la ayuda de los medios de comunicación. No se puede permitir que cualquier modelo de control o defensa social pueda tener prioridad frente a las garantías individuales ya conquistadas por los ciudadanos⁹⁰.

En realidad, toda la intervención penal debe estar orientada de acuerdo con los principios constitucionales de la intervención mínima y necesaria, sin olvidar la humanidad de las penas y procedimientos, sea a la hora de legislar o en el momento en que el magistrado debe interpretar la ley penal en su aplicación. Es lo que se denomina “Programa Penal de la Constitución”⁹¹. Para DEMETRIO CRESPO⁹² la legitimidad de

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías (...)*, ob. cit., p.26.

⁹¹ BERDUGO/ ARROYO/FERRÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal-Parte General*, Praxis, Barcelona, 1996, p.34.

⁹² DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, p.68.

la pena tiene dos niveles, siendo el primero aquel que indica la necesidad de la sanción penal para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más intolerables. El segundo nivel obedecerá a la estructura valorativa que ha de limitar cualquier medio y/o fin que pretenda la consecución de aquella finalidad superior. Este marco valorativo no es otro que el que viene en la Constitución, norma superior del Ordenamiento Jurídico que consagra los valores más importantes del Estado. En este sentido, la Profesora ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁹³ argumenta:

Entender la Constitución como norma fundamental que constituye valor de referencia de un programa político-criminal, supone redescubrir su significación como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, es decir, los dos principios que han sido negados por los totalitarismos y que suponen políticas criminales autoritarias, alejadas del paradigma del Estado de Derecho. Desde este prisma, la legitimidad del Estado, de su Política Social, su Política Criminal, su sistema penal, no se produce sólo por la mera legalidad, sino que también está a su vez condicionada por la estricta legalidad, la cual a su vez, está motivada por sus contenidos y significados respetuosos con los derechos fundamentales.

Por eso, en la elaboración de los programas de combate a la criminalidad, además de los índices de eficacia, exteriorizados a través de las estadísticas de reducción de crímenes, deben respetarse los paradigmas y valores protegidos por medio de la Constitución. Una política criminal democrática debe mantener siempre un diálogo interdisciplinar entre la Dogmática y las otras ciencias jurídicas y sociales, aceptar recomendaciones y, sobre todo, aplicar las normas y medidas de forma responsable con las exigencias del pacto político de preservación de los derechos humanos.

En la concepción del Estado de Derecho, los fines que motivan la sanción penal deben ir más allá de la imposición de un mal al penado por mera retribución. Para SANZ MULAS⁹⁴, “*hay una vinculación axiológica entre la función de la pena y la función del Estado*”. Al Estado cabe una responsabilidad de reinserción social con relación al individuo que delinque y que no se confunde con gracia o generosidad porque forma parte del compromiso estatal asumido de promover la igualdad, combatir las diversas formas de exclusión y garantizar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural. Es necesario que todo el sistema penal, así como las políticas criminales de prevención o represión de la criminalidad, construyan

⁹³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, p.52.

⁹⁴ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad, Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Editorial Colex, Madrid, 2000, p. 110.

sus bases sobre la premisa de que la condena de un ciudadano por la práctica de una infracción penal, indudablemente, no le priva de su calidad de persona ni excluye su dignidad.

En el Estado Democrático de Derecho la dignidad humana constituye el principio rector de los más diversos campos de la actuación jurídica. Se trata de un brazo largo que orienta todo el ordenamiento. En el ámbito penal, del principio genérico de dignidad parten otros principios más específicos como el de la legalidad, proporcionalidad, intervención mínima y humanidad. A través de esta óptica humanista se estructura la protección de los bienes jurídicos sin sacrificio de las garantías individuales conquistadas tan arduamente por el hombre a lo largo de los siglos.

En la perspectiva garantista, típica de los Estados Democráticos de Derecho, se considera odiosa toda sanción que se muestre inútil y debe evitarse en la medida de lo posible el carácter aflictivo de las penas, haciendo de la restricción de la libertad un mal necesario que cause los mínimos efectos desocializadores. Así, la actividad punitiva del Estado sólo debe actuar si es necesaria, como *ultima ratio*, ante la imposibilidad de resolución de otras esferas legales.

De la dignidad humana derivan los límites a la libertad de elección típica del legislador en la búsqueda de los conceptos material y formal del crimen, así como dependen del principio superior de dignidad las líneas de actuación del operador en la fase de adecuación de la norma abstracta al caso concreto. Dentro del Programa Penal de la Constitución española está el artículo 25.2 que consagra el principio de resocialización como base de la ejecución penal, así como la legislación brasileña⁹⁵, señala que las penas de privación de libertad deben estar orientadas a la reeducación y la reinserción social del penado.

2. PRINCIPIOS DE LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA

El Estado no es un fin en sí mismo, sino un medio al servicio de las personas en sociedad. Todo lo que establezca límites a la acción del poder es saludable para el conjunto social. Solamente los bienes más valorados por la sociedad y que ya no consigan ser protegidos por otra rama jurídica deben ser tutelados por el Derecho Penal.

⁹⁵ Artículo 1º de la Ley nº. 7210/1984, de 11 de julio (Ley de Ejecución Penal).

El encarcelamiento es un castigo y las condiciones de la prisión no deben empeorar el sufrimiento. Por eso sus términos deben ser seriamente examinados cuando se fijan en normas tanto nacionales como internacionales, que buscan como referencia más básica el respeto a la dignidad humana.

La materia penal y penitenciaria es especialmente abundante en principios informadores inspirados por las grandes declaraciones de derechos humanos y no pueden ser otra forma si consideramos que la sanción penal, y especialmente, la pena privativa de libertad, es una de las intervenciones estatales más duras en contra de los derechos fundamentales.

Los penados no deben ser sometidos a experiencias que puedan comprometer su integridad, y tampoco pueden ser sometidos a castigos violentos, denigrantes o excesivos. El tratamiento debe ser imparcial, sin distinción de raza, color, origen, sexo, situación económica, religión o posición política. También es imprescindible que los despojados de libertad tengan preservada su salud y la oportunidad de desarrollar el sentido de la responsabilidad y la necesaria capacidad de reintegración en sus respectivas comunidades.

2.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como elemento predominante en la composición de un de cuerpo orgánico y signo de un Estado Democrático de Derecho el principio de legalidad fundamenta y ordena todas las demás garantías constitucionales. En Derecho Penal moderno y, consecuentemente, en el ámbito procesal y de la ejecución penal, a través de sus respectivas legislaciones, este principio gana una gran variedad de perspectivas.

En un ordenamiento el principio de legalidad presume, en primer lugar, la opción por la seguridad jurídica. La atribución de establecer delitos y disponer sobre su aplicación es exclusiva del Poder Legislativo. También la pena, tanto en su clase como en su gravedad debe ser impuesta por la ley, que representa la voluntad general. El carácter previo y taxativo de esta ley invalida incluso el uso de la costumbre u otras disposiciones legales de categoría inferior, dando a todos la certeza de qué conductas pueden o no ser practicadas.

En el siglo XVIII, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, fruto de la Revolución Francesa, ya consagraba el principio de legalidad cuando proclamaba en su Artículo 8 que *"La Ley no debe establecer más que las penas estricta*

y manifiestamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada conforme a la propia ley".

Por su valor jerárquico, el principio de la legalidad fue consagrado en varios documentos y pactos internacionales. Uno de estos ejemplos está en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, cuando declara que:

Art. 7º No hay pena sin ley.-1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que fue cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Asimismo, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción fue cometida.

La Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José, regula en su Artículo 7º.2 que "*nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas*".

La Constitución española prescribe en su Artículo 25.1 que "*nadie pueda ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*". Del art. 81 de la Constitución española se desprende que las penas privativas de libertad han de ser reguladas mediante ley orgánica por afectar al desarrollo de uno de los derechos más básicos como es la libertad. Asimismo lo entendió el Tribunal Constitucional en sentencia 140/1986, de 11 de Noviembre, para las leyes que fijen los supuestos en que legítimamente se puede privar de libertad a una persona⁹⁶.

Respecto la reserva de ley, se critican algunas vulneraciones de derechos fundamentales en materias desarrolladas a través del Reglamento Penitenciario como son las infracciones y sus respectivas sanciones disciplinarias, ya justificadas por el Tribunal Constitucional como consecuencias de la situación de especial sujeción del interno y representarían meras restricciones de derechos⁹⁷. Sin embargo, anteriores transgresiones de la jerarquía normativa relativas a supuestos creados para la libertad condicional sólo fueron subsanadas con la inclusión de las reglas en el Código Penal.

⁹⁶ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Derecho Penitenciario*, 2ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 27.

⁹⁷ JUANATEY DORADO, Carmen, *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011, p.198.

Así, más que mantener la reserva de ley para los aspectos que afecten al desarrollo del derecho a la libertad, hay que se respetar la jerarquía normativa.

De forma similar, la Constitución brasileña, en su Artículo 5º, XXXIX, dispone que "*no hay delito sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa previsión legal*"⁹⁸. Esto significa no sólo que no se podrá punir al autor de una conducta indeseada si en aquella fecha no era ilícita, sino también que la ley penal más severa no será retroactiva, por amenazar la seguridad jurídica del sistema penal.

Como norma que restringe y condiciona derechos individuales, la ley precisa ser comprensible, cristalina, como afirmó el Tribunal Constitucional Español:

El principio de legalidad penal impone al legislador el deber de conformar los preceptos penales que condicionan la aplicación de sanciones criminales, de tal manera, que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible, cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada. (STC 12dic.1986).

Leyendo la segunda parte de esta cita, se observa otro importante efecto del principio de legalidad que es la prohibición de la analogía en perjuicio del reo. Existiendo en la ley una laguna, ésta no puede cubrirse acudiendo a la analogía "*in malam partem*".

Unido al mandamiento "*nullum crimen nulla poena sine lege*", eternizado por FEURBACH, está el principio "*non bis in idem*". Sólo puede ser delito la conducta tipificada anteriormente por la norma penal, pero sólo puede serlo una vez. Después de configurada la transgresión, por así decirlo, se extingue su antijuridicidad.

Con relación a la aplicación de la ley, la Profesora de la Universidad de Salamanca Dra. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁹⁹, en su libro "Política Criminal" asevera con convicción:

En el momento de aplicación de la ley, esto, es, en la esfera de la praxis judicial y de la hermenéutica jurídica, la función democrática del principio de legalidad cobra distintas características. La jurisdicción ya no es simple sujeción del juez como sucedía cuando prevalecía la lógica positivista, sino también el análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional a partir de la legalidad sustancial de respeto de los derechos fundamentales.

⁹⁸ [Traducido por la autora]. "Art. 5º, XXXIX. *Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*".

⁹⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal*, ob. cit., p. 57.

Terminada la fase de construcción de la ley, es necesario también aplicarla de acuerdo con los límites establecidos por el sistema, de forma equilibrada y realizando su misión social de pacificación de los conflictos de intereses de una determinada sociedad.

2.2. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Según la fundamentación penal moderna, la prisión debe ser utilizada como la última alternativa al mantenimiento de la seguridad pública. Por eso, las penas privativas de libertad están dirigidas a los casos de delincuentes que ofrecen extremo peligro social. Así, se puede evitar que reos primarios, con buenos antecedentes, sean segregados y esperen meses un veredicto, que no raramente les declara inocentes o consiguen la modificación de la decisión negativa a través de recursos en los Tribunales. Precisamente porque presume la privación de libertad para un sujeto que todavía no ha sido condenado, la prisión preventiva debe ser usada con máxima cautela¹⁰⁰.

Sin embargo, uno de los motivos más determinantes en los casos de hacinamiento en las prisiones es el asombroso número de presos sin condena como consecuencia del uso excesivo de la prisión preventiva y de la lentitud del sistema judicial. En España, por ejemplo, pese los esfuerzos realizados por el Poder Judicial, hay actualmente 10.850 presos preventivos, lo que representa un 15,81% de la población reclusa¹⁰¹. En Brasil, hasta junio de 2012, las estadísticas oficiales apuntaban 191.024 personas sin una sentencia firme en el sistema carcelario, lo que significa el 34,7% del total de presos¹⁰². En otros países de América Latina, los números son aún más preocupantes y presentan índices que superan el 50% (Venezuela y Paraguay) e incluso el 70% como es el caso de la Bolivia¹⁰³. Por eso, constituye una medida urgente cambiar esta cultura de cárcel y la exposición innecesaria de los ciudadanos a los males del encarcelamiento.

El principio de presunción de inocencia se desarrolló precisamente como forma de proteger a los presos preventivos, o sea, aquellos que no tienen, todavía, una

¹⁰⁰ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Prisión provisional y régimen penitenciario*, en *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, p. 185.

¹⁰¹ <http://www.institucionpenitenciaria.es>, acceso en 04/02/2013.

¹⁰² <http://www.portal.mj.gov.br>, acceso en 20/01/2013.

¹⁰³ BENITO DURÁ, Mauricio, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica*, ob. cit., p. 212.

sentencia condenatoria definitiva, y más oportunidades de recurrir a instancias superiores. La prueba de la existencia del delito y la consecuente culpa del acusado es una obligación de la parte acusadora. Si no hay culpabilidad comprobada, no hay pena que cumplir. Para este tipo de internos, el propósito de la reclusión es dejar al procesado, cuando sea realmente inevitable, a disposición del juicio, para facilitar el desenlace de la causa, preservar a la víctima o proteger a los testigos de posibles amenazas e impedir que se produzcan huidas.

Es imprescindible tener en cuenta en el procedimiento judicial la observancia de todas las garantías legales, la concesión de asistencia legal y la utilización amplia de los medios de prueba pertinentes para la defensa. La importancia de este principio consta expresamente en diversos documentos internacionales como se verá en los párrafos siguientes.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos tenemos el Artículo 11.1 que dice: *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

Considerando que, en el ámbito de las prisiones, los detenidos son un grupo particularmente vulnerable, por eso se les presta especial atención en todas las reuniones internacionales sobre Derechos Humanos. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Presos, aprobadas en 1955, fueron los primeros modelos de la ONU con medidas directas y pensadas para las cárceles. En relación con las personas detenidas o en prisión preventiva el conjunto de reglas afirma:

84. 1) A los efectos de las disposiciones siguientes es denominado "acusado" toda persona arrestada o encarcelada por imputársele una infracción a la ley penal, detenida en un local de policía o en prisión, pero que todavía no ha sido juzgada. 2) El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia. 3) Sin perjuicio de las disposiciones legales relativas a la protección de la libertad individual o de las que fije el procedimiento que se deberá seguir respecto a los acusados, estos últimos gozarán de un régimen especial cuyos puntos esenciales solamente se determinan en las reglas que figuran a continuación.

85. 1) Los acusados serán mantenidos separados de los reclusos condenados. 2) Los acusados jóvenes serán mantenidos separados de los adultos. En principio, serán detenidos en establecimientos distintos.

Conforme el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Art. 14.2. *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la ley*”.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales, declara que: “Art. 6º. 2. *Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*”.

De forma análoga el Pacto de San José determina: “Art. 8º 2. *Personas inculpadas. Garantías mínimas de plena igualdad durante el proceso como derecho a defensor público, traductores o intérpretes, cuando sea necesario*”.

En la Constitución española, basado en el principio de la presunción de la inocencia del reo, el Artículo 17.2 trata la detención temporal como se recoge a continuación:

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 e dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

La Constitución brasileña de 1988 aborda en su cuerpo de derechos fundamentales este principio, como indica el Art. 5º, LVII: “*Nadie será considerado culpable hasta la emisión del juicio definitivo de la sentencia penal condenatoria*¹⁰⁴”.

Durante su periodo en el Centro Penitenciario, a pesar de la inexistencia de condena, deberá aplicarse al interno preventivo un modelo individualizado de intervención, una orientación resocializadora, que dañe lo menos posible al individuo imputado. Así, no debe existir discriminación en caso de ofertas de actividades laborales, ocupacionales, educativas, de deporte o recreación desarrolladas en la cárcel. Las personas, castigadas o no, tienen el derecho a ocupar su tiempo libre. En caso de negación de esta prerrogativa, el periodo de aislamiento de los todavía no sentenciados será aún más duro que el régimen del ya sancionado por el Estado.

¹⁰⁴ [Traducido por la autora]. Art. 5º, LVII - “*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”.

2.3. PRINCIPIO DE JUDICIALIZACIÓN

El Poder Judicial, además de valorar la legalidad de las medidas y juzgar los pleitos sin demora o arbitrariedades, tiene el deber de cumplir sus decisiones.

La etapa pre-procesal ante la policía, su situación en el juzgado en fase de investigación y, consecuentemente, en la ejecución, han de guiarse por la idea esencial de legalidad estricta, imparcialidad e independencia de las decisiones tomadas por los magistrados y tribunales.

Los declarados culpables de determinado delito tienen derecho, así como se produjo en la fase procesal, de que autoridades judiciales competentes hagan efectiva su sanción penal. Para este encargo específico, existe en algunos países, como Brasil y España, la figura típica del Juez de Ejecución de Penas o Juez de Vigilancia Penitenciaria, denominado así respectivamente por la legislación brasileña y la Ley General Penitenciaria española de 1979.

Según la política penitenciaria de rasgo progresivo, el Juez de Vigilancia es la conexión entre la ley y el sujeto activo de la infracción de la norma penal. El Tribunal Constitucional Español lo considera como "pieza clave del sistema penitenciario".¹⁰⁵ Su gran tarea es aproximar sociedad e infractor para un regreso menos traumático y una reconstrucción más oportuna del ciudadano marcado por la realidad del encierro. La lectura del Artículo 76 de la LGP deja claro que es su obligación cumplir la pena atribuida al condenado, decidir sobre los recursos que puedan surgir para restablecer lo prescrito en las Leyes y reglamentos y proteger los derechos de los internos de las arbitrariedades y desvíos que puedan tener lugar en el transcurso del régimen penitenciario.

De forma semejante, la Ley de Ejecución Penal brasileña, de 1984, prescribe en su Artículo 65 que: "*La ejecución penal es competencia del juez indicado en la ley local de organización judicial y, en su ausencia, de la sentencia*".¹⁰⁶ El Art. 66 de la misma ley enumera, entre las diversas competencias del juez, el poder de decidir sobre la progresión y regresión de régimen, la suspensión condicional de la condena, la libertad condicional y los incidentes de ejecución.

¹⁰⁵ (SSTC 73-1983, 2-1987, 161-1993 y 129-1995)

¹⁰⁶ Traducción hecha por la autora de este trabajo de investigación. En el texto original: "A execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, a da sentença".

La función del Juez reside, sustancialmente, en vigilar la buena Administración Penitenciaria, garantizando la aplicación de los derechos fundamentales de los presos no perjudicados por la condena. Pero esta actividad, que anteriormente se reducía a algunas visitas semanales a las cárceles, se amplió de manera extraordinaria. La interposición de peticiones, quejas y recursos de los internos en relación al régimen y el tratamiento penitenciario se realizan por telegrama, fax o verbalmente, directamente al Juez, Secretario o funcionario judicial, sin formalidades. Por medio de informes solicitados a los diversos servicios prestados en prisión, él decide desde de denuncias de discriminación a expulsiones de extranjeros a su países. Es una forma de humanizar el cumplimiento de los días de reclusión y disminuir las distancias entre Estado e individuo.

Corresponden especialmente al Juez de Vigilancia Penitenciaria aprobar beneficios penitenciarios, libertad condicional, progresión o regresión de grados, autorizar permisos de salida más largos y resolver recursos en materia disciplinaria, entre otras atribuciones.

Como reflejo de la legalidad ejecutiva, la regulación del sistema disciplinario en la Institución Penitenciaria sólo podrá hacerse por ley. Cada acción u omisión no permitida debe estar positivada en su respectiva sanción disciplinar, advertida previamente. Las conclusiones deberán estar siempre basadas en una fundamentación jurídica razonable.

Dentro del intento de una práctica democrática, las resoluciones del magistrado encargado de la ejecución penal podrán ser objeto de apelación o reclamación hecha por el recluso ante al Tribunal.

También forma parte de la labor del Juez de Vigilancia tomar todas las determinaciones precisas para que las penas privativas de libertad, trabajos en beneficio de la comunidad, medidas de seguridad y medidas que atribuyan una alternativa al ingreso en prisión se produzcan dentro de los límites legalmente previstos, asumiendo todas las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

No hay como ignorar los significativos progresos alcanzados con los Juzgados específicos dirigidos al problema de la ejecución de las penas y la excarcelación gradual de los internos. Mientras, la política de endurecimiento de la ley penal y la consecuente masificación de los presidios hace de todo este trabajo un desafío aún mayor para el proceso de la resocialización.

2.4. PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

La resocialización es tema obligatorio en los más importantes documentos y discusiones teóricas sobre los sistemas penitenciarios en todos los países de orientación democrática. Sin ella, la sanción penal es un mero castigo sin propósito futuro. Como fines primordiales de la pena privativa de libertad están la reeducación y la reinserción social, que deben conducir toda la política criminal y penitenciaria del Estado. El propósito de inclusión social se ha convertido en uno de los objetivos vitales de un sistema penal que alcance la denominación de Estado de Derecho, porque ejecutar tal propósito sería nada más que una forma de promover la dignidad de la persona humana.

El Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en 1955 en la ciudad de Ginebra, establece con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners) límites para la Administración Penitenciaria, abordando en 95 Artículos los aspectos más destacados de la situación de los encarcelados como la estructura de las celdas, asistencia médica, trabajo, trato y disciplina, además de definir las formas y finalidades de la ejecución penal. Por su amplitud y relevancia en el campo del Derecho Internacional Público busca enfrentarse a la gran diversidad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas presentes en el mundo, sirviendo de ejemplo constante para ordenar las conductas referentes a las prácticas carcelarias.

En lo que respecta a la separación de categorías, el Artículo 8 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos prescribe que los reclusos deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de las instituciones penitenciarias, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el tratamiento que corresponda aplicarles. Esta acción integrada tiene como propósito reducir los riesgos de progresión de peligrosidad de los internos, ayudando en el proceso de reintegración.

Según el artículo 58 de las Reglas Mínimas el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad es defender a la sociedad contra el crimen. El artículo afirma aún que este objetivo sólo será cumplido integralmente si el período de privación de libertad se aproveche para conseguir que el delincuente, en la medida del posible, una vez liberado no solamente quiera obedecer la ley y proveer sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo. El documento aprobado por las

Naciones Unidas presenta en sus Artículos 60 y 61 algunas sugerencias para concretar el ideario descrito anteriormente:

60. 1) El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona. 2) Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz.

61. En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin debe recurrirse, en lo posible, a la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento en su tarea de rehabilitación social de los reclusos. Cada establecimiento penitenciario deberá contar con la colaboración de trabajadores sociales encargados de mantener y mejorar las relaciones del recluso con su familia y con los organismos sociales que puedan serle útiles. Deberán hacerse, asimismo, gestiones a fin de proteger, en cuanto ello sea compatible con la ley y la pena que se imponga, los derechos relativos a los intereses civiles, los beneficios de los derechos de la seguridad social y otras ventajas sociales de los reclusos.

La autoridad moral de este texto en la Comunidad Internacional queda demostrada por su aceptación literal por el Consejo de Europa en 1973 con las Reglas Mínimas Europeas para el Tratamiento de los Presos. A su vez se han ido modernizando y están en vigor desde 1987 como las Reglas Europeas de las Prisiones.

Sobre este tema también advierte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "*Art. 10. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*". Para reforzar, el Art. 5º, nº. 6 del Pacto de San José de Costa Rica enuncia, *in verbis*: "*Artículo 5º - Derecho a la integridad personal. (...) 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*".

La Constitución española en su Artículo 25.2 señala que: "*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados...*". La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica General Penitenciaria colabora con los principios constitucionales cuando plasma la idea de que el fin esencial que doctrina y

legislación atribuyen a las penas y medidas de privación de libertad es la prevención especial, comprendida como reeducación y reinserción de los condenados, sin ser negligente con relación a la atención necesaria a las finalidades de advertencia e intimidación que la prevención general demanda. Y esta orientación debe ser una constante no sólo en la ejecución de la pena, sino que también deberá ser observada antes, en la formación legislativa, y de forma muy minuciosa en el momento judicial de aplicación de la pena, evaluando el juez en el caso concreto la necesidad y adecuación de la sanción penal para la esperada protección social y, al mismo tiempo, la resocialización del condenado.

También la Exposición de Motivos de la LOGP subraya la importancia del uso de la proporcionalidad de las penas de acuerdo con la gravedad de los delitos cometidos y revela que el defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena, supone decir que el penado no es un ser eliminado de la sociedad por su comportamiento antisocial anterior, sino una persona que continua formando parte de la misma, incluso como miembro activo, y así deberá ser preparado para su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad. En consecuencia, el Artículo 1º de la Ley General Penitenciaria ordena que: *"Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados"*.

En Brasil, por desgracia, el principio de la resocialización no está expresamente previsto en la Constitución Federal, debiendo ser así considerado como una derivación del principio fundamental de la dignidad humana. A pesar de no estar concebido como un derecho de rango constitucional, lo que de cierta forma debilita el sistema humanitario de penas, está presente en la Ley de Ejecución Penal brasileña que en su Artículo 1º asume el compromiso reintegrador cuando explica: *"Art 1º. La ejecución penal tiene por objetivo volver efectivas disposiciones de sentencia o decisión criminal y proporcionar condiciones para la armónica integración social del condenado y del internado"*¹⁰⁷.

El tratamiento penitenciario, comprendido como un conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reinserción y reeducación, pretende que al

¹⁰⁷ [Traducido por la autora]. "A execução penal tem por objetivo efetivar disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

menos el delincuente no deje la prisión peor de lo que entró. Para eso habrá que intentar neutralizar las consecuencias destructivas del delito, instruyendo al delincuente para controlar sus impulsos, integrarse en actividades estructuradas que ayuden a la preparación para la vida en libertad como las terapias individuales o en grupos, las tareas ocupacionales, laborales, culturales y deportivas.

Intentando conciliar legislación y realidad, algunos autores siguen un concepto más abierto de resocialización. Para esta parte de la doctrina sería suficiente que al cumplimiento de la sanción, los condenados sean capaces de someterse a las normas penales de una forma genérica. ALONZO abordando los efectos de la reclusión, concluye:

Pretender llevar a cabo con éxito en los establecimientos penitenciarios una labor reformadora de los condenados a penas de prisión sin acometer previamente la erradicación o disminución, hasta donde sea posible, de los efectos negativos o desocializantes que la vida en la cárcel lleva consigo, es ignorar el origen del problema y adoptar una postura sectaria y demagógica.¹⁰⁸

Así, la misión del equipo multidisciplinar consiste en hacer del interno una persona que obedezca la ley penal y la forma de lograrlo es, en la medida de lo posible, desarrollar en él una actitud de respeto por sí mismo y de responsabilidad individual y colectiva con respecto a su familia, al prójimo y a la comunidad en general.

En la legislación penitenciaria española¹⁰⁹, está prevista la asistencia post-penitenciaria al condenado que haya cumplido su pena y que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal. La plena reintegración del excarcelado en el ejercicio de sus derechos como ciudadano se realizará con el apoyo de la Comisión de Asistencia Social, que prestará a los internos, a los liberados condicionales o definitivos y a los familiares de unos y otros la asistencia social necesaria. En la legislación brasileña¹¹⁰, de forma semejante, la asistencia post-penitenciaria consiste en la orientación para el regreso a la vida libre. En este proceso de adaptación, teóricamente la ley permite la concesión de cobijo y alimentación por tiempo determinado a liberados definitivos o condicionales, mientras que el servicio de asistencia social deberá colaborar con el excarcelado para la obtención de trabajo.

¹⁰⁸ ALONZO, Antonio Rodríguez, *Resocialización y Política Penitenciaria, Notas Penitenciarias*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº. 12 Extraordinario, San Sebastián, 1998, p.42.

¹⁰⁹ Artículos 73.1 y 74 de la Ley 01/ 1979, de 26 de septiembre.

¹¹⁰ Artículos 25, 26 y 27 de la Ley nº. 7210/1984, de 11 de julio.

El ideario de resocialización ha justificado, especialmente, la disposición de situaciones de semilibertad y libertad anticipada como preparación para la excarcelación definitiva y la vida en libertad. Esta perspectiva invita a los poderes públicos a remediar todos los contextos que vulneran la obtención de las finalidades de la sanción estatal. Para un completo trabajo de la asistencia post-penitenciaria, existen orientaciones organizativas, dependientes de la ejecución, que pueden incidir en una concepción de prisión más abierta a la realidad social. Por lo tanto, nunca sobra repetir, se hace imperiosa la creación material de esos órganos ya previstos, pero no debidamente implantados, y activar el muchas veces ni siquiera iniciado programa de implantación debido y pagado por todos nosotros, sociedad y contribuyentes.

A pesar de haber sido confirmado en pactos internacionales, constituciones y leyes en los más diversos ordenamientos jurídicos, el principio resocializador ha recibido severas críticas, tanto en el aspecto ideológico como en el pragmático, que alega la incapacidad de ejecutarlo concretamente. Sobre la crisis en el ideal de resocialización discutiremos en el capítulo siguiente.

2.5. PRINCIPIO DE HUMANIDAD DE LAS PENAS

Estando íntimamente ligado a la resocialización del condenado, este principio no solo se asienta en la prohibición internacional de penas inhumanas, sino que también rechaza el uso abusivo de la violencia o pena de muerte.

El carácter humanitario no debe comprenderse como simple compasión o altruismo, sino como manifestación de respeto a la persona humana en toda su dimensión. Se va más allá de la reivindicación de unas condiciones penitenciarias respetuosas con los penados. Los internos no deben ser descartados de la sociedad y mantienen todos los derechos fundamentales que la sentencia, por el crimen cometido, no haya privado o limitado. Así, en condición de seres humanos, que nunca dejarán de ser, ellos pueden mantener sus creencias, costumbres, posición política y cultura aunque vivan encarcelados.

La Declaración Universal de Derechos Humanos se pronuncia de la siguiente manera: *“Art. 5º. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*. De forma idéntica también se ha manifestado el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales.

Reconociendo las dificultades de la vida en la prisión, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Presos confiesa, en sus principios rectores, que las disposiciones que tienen por fin distanciar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por sí mismas, porque quitan del individuo su derecho de disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación, cuando no sea estrictamente necesario.

Sobre este aspecto, la normativa para tratamiento de reclusos tuvo excepcional cuidado con la limitación de los medios de coerción, evitando que bajo pretexto de disciplinar, el Estado practique una tortura institucionalizada. Así, dispone:

33. Los medios de coerción tales como esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza nunca deberán aplicarse como sanciones. Tampoco deberán emplearse cadenas y grillos como medios de coerción. Los demás medios de coerción sólo podrán ser utilizados en los siguientes casos: a) Como medida de precaución contra una evasión durante un traslado, siempre que sean retirados en cuanto comparezca el recluso ante una autoridad judicial o administrativa; b) Por razones médicas y a indicación del médico; c) Por orden del director, si han fracasado los demás medios para dominar a un recluso, con objeto de impedir que se dañe a sí mismo o dañe a otros o produzca daños materiales; en estos casos, el director deberá consultar urgentemente al médico, e informar a la autoridad administrativa superior.

34. El modelo y los métodos de empleo autorizados de los medios de coerción serán determinados por la administración penitenciaria central. Su aplicación no deberá prolongarse más allá del tiempo estrictamente necesario.

Al mismo tiempo que prohíbe los tratos inhumanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos añade cuestiones relativas al sometimiento del preso a tratamientos médicos invasivos: “*Art. 7º. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos*”. Asimismo en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales de 1950, encontramos en el Art. 3º la prohibición de la tortura.

En el Pacto de San José están positivados en su Art. 5º 1 y 2, además del derecho a la integridad personal (física, psíquica y moral), la negativa a cualquier especie de pena que suponga flagelo o violación de la dignidad humana. A continuación, en el Art. 8º.3 tenemos que: “*La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza*”. Igualmente, está como referencia el Artículo 15 de la Constitución española que prohíbe las penas inhumanas o

degradantes. De forma armónica el Artículo 6 de la LOP asegura que *“Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra”*.

Según la misma orientación, la Constitución brasileña, en su Artículo 5º, III, repugna la tortura y además, en el inciso XLVII, estipula que no existirán penas de muerte (excepto en caso de guerra declarada), de carácter perpetuo, de trabajos forzados, de expulsión o penas crueles y que deberá garantizarse al encarcelado, en la ejecución penitenciaria, el respeto a su integridad física y moral (Art. 5º, XLIX).

Para Tomás y Valiente, *“La mayor vileza imaginable es la tortura, porque consiste en la negación del hombre como ser que vale por sí mismo, sea quien sea, e implica su sustitución por un instrumento sufriente que sólo sirve para contestar y padecer”*¹¹¹. La cuestión del suplicio en la ejecución de penas o incluso en las investigaciones policiales o judiciales es algo tan preocupante que en 1989 quedó aprobada la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En esta sistematización de normas protectoras fue en primer lugar establecido el concepto de tortura:

Art. 2º. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente Artículo.

A continuación, la Convención expuso en el Art. 5º la imposibilidad de invocación o admisión del uso del delito de tortura como justificación por la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Según el Artículo, ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden respaldar la tortura. Finalmente, en el Art. 7º se

¹¹¹ El profesor y magistrado Tomás y Valiente fue brutalmente asesinado por ETA el 14 de febrero de 1996, cuando trabajaba en la Universidad Autónoma de Madrid. Para él, la tortura es sufrimiento calculado para que el cuerpo aguante y no se muera antes de pronunciar la información deseada. El autor escribió estas palabras en el artículo “Sobre la tortura y otros males menores”, publicado en el Diario El País, el 3 de abril de 1995 y es autor del libro “La tortura en España”, Ariel, Barcelona, 1973.

afianza que los Estados signatarios tomarán medidas para que, en la formación de agentes de la policía y de otros funcionarios públicos responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad, en los interrogatorios, detenciones o arrestos, se valore de forma enérgica e incesante la prohibición del empleo de la tortura.

Entre los problemas de humanización penal está el intento de encontrar fórmulas alternativas que eviten la privación de libertad de corta duración. Eso porque estas penas, orientadas a delitos menores, y empleadas en delincuentes de baja peligrosidad, no promueven el fin de reeducar y resocializar al penado. Por el contrario, su ejecución en período de corta duración facilita el contagio criminal y deja graves secuelas en el condenado.

Otro rasgo alarmante de los actuales sistemas penales es, en contraposición, la desmedida extensión de las penas, que no sólo contraría el objetivo resocializador, sino que opera rotundamente como uno de los elementos que suscita la consideración de una pena como cruel o degradante. El Tribunal Constitucional Español ha considerado que la larga duración, junto con otras causas, puede ser determinante en la clasificación de la pena como inhumana o degradante.¹¹²

No se puede concluir este tema sin mencionar el principio de proporcionalidad de las penas que forma parte del principio de igualdad y está dirigido simultáneamente al legislador y al juez. El concepto de proporcionalidad significa disposición, correspondencia o relación debida de las partes con el todo. En la cuestión penal y penitenciaria representa que la sanción penal prevista en la ley debe ser compatible con la amenaza de la transgresión cometida. La medida presente en el Estatuto de Roma confirma esta definición cuando enuncia: "*Art. 78. Imposición de la pena.-1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado*".

. El control penal sólo es razonable si limita la libertad lo mínimo indispensable y por lo tanto se deriva de la declaración constitucional de la libertad como valor supremo del ordenamiento jurídico. No se define como una simple justificación cuantitativa que se condicione a la duración de la pena de prisión y su reparación respecto a la gravedad del delito y la importancia del bien jurídico vulnerado, sino que demanda un anterior estudio cualitativo sobre la posibilidad y necesidad de la

¹¹² STC 91/2000, de 30 de marzo y STC 154/2000, de 12 de junio.

prisión. En lo que atañe a las penas privativas de libertad, el Tribunal Constitucional Español somete el principio de la proporcionalidad al principio de la culpabilidad emanado de la observancia de los preceptos de la dignidad humana. Se manifiesta en la convicción de la pena de prisión como última alternativa¹¹³.

En Brasil, el principio de la proporcionalidad no está reconocido expresamente en la Constitución Federal, pero en la doctrina se entiende que o bien es una norma constitucional no escrita inherente al aparato jurídico del Estado Democrático de Derecho o bien deriva de otros principios como el del debido proceso legal o el de igualdad, posición esta con la cual comulgamos¹¹⁴.

3. CONTROL JUDICIAL DE LA EJECUCIÓN PENAL

3.1 EL NECESARIO CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

La intervención judicial en la ejecución efectiva de las penas privativas de libertad constituye una preocupación relativamente reciente. El absolutismo, primero, y la teoría de la separación de poderes, después, propiciaron la actuación autónoma de la Administración Penitenciaria¹¹⁵.

La ejecución de la pena privativa de libertad siempre estuvo bajo control de las autoridades administrativas que establecían el contenido de la pena en su intensidad y duración real, autorizando o no la libertad condicional, la amnistía, los permisos de salida y otros beneficios penitenciarios. Se puede decir que los Tribunales transferían a la Administración unas “penas en blanco” que eran posteriormente concretadas por los funcionarios penitenciarios, sin la supervisión jurisdiccional¹¹⁶.

Aunque en la teoría fuera competencia de los Tribunales de Justicia ejecutar y hacer ejecutar la pena, en la práctica, el Poder Judicial finalizaba su trabajo con la sentencia condenatoria y ejecutar las penas significaba apenas el ingreso del condenado

¹¹³ STC 154/2002, de 18 de julio.

¹¹⁴ RAMOS TAVARES, André, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, São Paulo, 2006, p. 32.

¹¹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *El Juez de Vigilancia*, en *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Editorial de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1985, p.175.

¹¹⁶ TAMARIT SUMALLA, José María, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2ªed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 305.

en la prisión. El Tribunal sentenciador sólo volvía a intervenir para aprobar la licencia definitiva del recluso o su excarcelación¹¹⁷.

La situación no era la más adecuada para la individualización del tratamiento penal que necesita de continuas revisiones para adecuarlo a la personalidad del penado y a sus posibilidades de reinserción social. Por el contrario, el control exclusivo de la Administración Ejecutiva hacía imperar una dosimetría penal rígida, sin más atención a la evolución del interno. Además, la autoridad concentrada en los funcionarios penitenciarios facilitaba los abusos de poder y la violación de derechos fundamentales de los internos¹¹⁸.

Por otro lado, la finalidad resocializadora de la pena ha construido el argumento de reconocimiento del penado como un ciudadano cuya especial relación jurídica con el Estado se inserta en el marco de unos derechos, deberes y principios constitucionales¹¹⁹ solo en parte afectados por la sanción condenatoria.

Toda persona que cumple una pena privativa de libertad está sometida a un régimen que restringe de manera rigurosa su libertad física¹²⁰. En efecto, el estado de encarcelamiento *“no significa que los derechos de la persona puedan ser totalmente descuidados, sino que... las respectivas manifestaciones exteriores de esos derechos deben ser permitidas”*¹²¹ en caso de que no se opongan a la esencia de la pena que ora está en ejecución. Como lo sostiene, la jurista portuguesa, PINTO DE MIRANDA RODRÍGUEZ, *“el recluso mantiene, durante la ejecución de la pena, la titularidades*

¹¹⁷ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y sus Competencias*, Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Penal, Tomo VI, Derecho Penitenciario, Iustel, Madrid, 2010, p. 267.

¹¹⁸ TORRES, Enrique, *Relación entre la justicia y la administración penitenciaria*, Revista Eguzkilore, nº.1, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 1987, p. 84.

¹¹⁹ “El sistema sobre la producción de normas no se compone solo de la formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma –por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad - por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción” (FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, ob. cit., 1999, p. 20-21).

¹²⁰ POSADA SEGURA, Juan David, *La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal*, en *Nuevo Foro Penal*, nº 64, Tercera época, Año I, Enero-Abril 2003, Universidad EAFIT, Medellín, p. 124. La doctrina, sin realizar mayores distinciones, suele afirmar que el encierro carcelario restringe la libertad de locomoción. En rigor, esta proyección de la libertad física, entendida como la libertad de moverse o caminar dentro de un área determinada, no debería verse afectada por la prisión. Quizá la modalidad más próxima de cercenamiento estaría dada por los casos de imposición de la sanción disciplinaria de permanencia en alojamiento individual. (GUSMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2009, pp. 231/232).

¹²¹ RUOTOLO, Marco, *Derechos de los detenidos y Constitución*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 101-102.

de los derechos fundamentales;...la restricción de... [esos] derechos, libertades y garantías... tiene que operarse por vía legal... y... la ley sólo puede restringir esos derechos cuando la limitación sea 'inherente al sentido de la condena'¹²².

Ante conceptos caracterizados por su indeterminación, sectores corporativos, a ejemplo de los funcionarios penitenciarios, pueden actuar como grupos de presión expertos¹²³ que como pone de relieve DIEZ RIPOLLÉS pueden "realizar importantes manipulaciones de los hechos a analizar y... de las propuestas a formular, que pueden determinar notablemente el ulterior devenir legislativo"¹²⁴, y – añadimos nosotros - reglamentario¹²⁵.

Así, el juez debe velar para que, en el cumplimiento de la pena, la administración no incurra en abuso o desviaciones de poder que acaben por restringir derechos no afectados por la sanción penal que fue impuesta al recluso¹²⁶. Precisamente por esto se hace indispensable construir mecanismos de protección que eviten actuaciones estatales ilegítimas. Y es aquí donde cobran relevancia dos garantías esenciales: la de legalidad ejecutiva y la de tutela judicial efectiva¹²⁷.

¹²² PINTO DE MIRANDA RODRIGUES, Analía María, *Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión*, en MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio; PINTO DE MIRANDA RODRIGUES, Anabela María, y RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, M. J. Bosch, S. L., Barcelona, 2000, p. 56.

¹²³ La cárcel es resistente a cualquier tipo de control externo. Esta observación, siglos atrás, ya había sido efectuada por FOUCAULT: "Que la prisión no es hija de las leyes, ni de los códigos, ni del aparato judicial; que no está subordinada al tribunal como instrumento dócil o torpe de las sentencias que da y de los esfuerzos que quisiera obtener; que es él, el tribunal, el que es, por relación a ella, exterior y subordinado"(Vigilar y castigar, 17ª edición, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 1991, p. 314).

¹²⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales, Teoría y práctica*, Trotta, Madrid, 2003, p. 34.

¹²⁵ CESANO, José Daniel, *Limitaciones al poder legislador y al poder administrador*, en Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010, p. 55.

¹²⁶ Como lo sostiene, con su agudeza habitual, Guzmán Dalbora: "El menoscabo de la libertad ambulatoria sólo puede traer consigo la afectación de aquellos bienes jurídicos cuyo ejercicio dependa de aquella pérdida, y únicamente en la medida en que resulte indispensable sacrificarlos para el aseguramiento del condenado dentro de los confines de su reclusión. En el conflicto de los intereses del preso con la Administración de Justicia, es inadmisibles una capitulación integral de los primeros a favor del último, siendo en cambio preciso graduarlos 'en una recíproca y proporcional limitación que los conserve en todo lo posible'... Al efecto, se requiere una minuciosa regulación legal de los derechos y deberes del condenado, y de las obligaciones y facultades de los órganos ejecutivos, que desbarate, cuando menos formalmente, toda posibilidad de reingreso de la vieja servidumbre penal, pues no ha de pasarse por alto que incluso textos avanzados, como la ley de ejecución brasileña de 1984, han sido incapaces de impedir que el Estado de Derecho permanezca fuera de las cárceles por la presión de la realidad penitenciaria. De ahí la paralela necesidad de una auténtica jurisdiccionalización del momento ejecutivo de la sentencia de condena, en tanto estas puniciones subsistan" (GUSMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2009, p. 237).

¹²⁷ CESANO, José Daniel, *La ejecución de la pena privativa de libertad: Una lectura desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos*, coedición Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, pp. 74 y ss.

En la búsqueda de la satisfacción de estas garantías es necesario, en primer lugar, que el Juez de Vigilancia controle la legalidad de los procedimientos administrativos sancionatorios, promoviendo una constante y cuidadosa revisión de carácter judicial de las actitudes tomadas por la instancia administrativa. El objetivo de esta revisión es comprobar que las decisiones no son producto de la pura discreción administrativa sino el producto de un serio análisis de los hechos basado en pruebas idóneas.

En segundo lugar, es esencial que el juez pondere ciertas medidas administrativas (ya no sancionatorias) que a pesar de su razonabilidad pueden limitar derechos fundamentales de los reclusos. Este posicionamiento del magistrado exige que se examine cada restricción para verificar si la misma guarda conexión con una habilitación legal. La preocupación existe porque en algunas ocasiones la administración determina ciertas restricciones recurriendo a conceptos vagos (necesidad del tratamiento, razones de seguridad, etc.) que no guardan relación con la garantía mínima que debe orientar la imposición de la limitación. De esta forma, se pueden evitar restricciones arbitrarias que funcionan como verdaderas penas paralelas, a través de reglamentos, acciones o disposiciones de los funcionarios carcelarios bajo el pretexto de impartir disciplina¹²⁸.

Por último, debe ser una preocupación del Juez de Vigilancia evitar que las condiciones ya no favorables de la cárcel se intensifiquen por una mala administración o por la limitación de las condiciones materiales mínimas de vida como mala calidad o insuficiente cantidad de alimentación, por falta de tratamiento médico, restricciones en la comunicación o visitas de la familia, etc. En este sentido, el órgano jurisdiccional debe controlar que la ejecución de la pena no vulnere la dignidad del condenado.

No se puede permitir que la Administración utilice este tipo de estrategia cruel para mantener el control de la población carcelaria. En diversas circunstancias, incluso, este tipo de abordaje genera una sensación de injusticia entre los penados que, como bien lo puntualiza MATTHEWS¹²⁹, una vez que esta dinámica se pone en acción, es probable que se aumente el sentimiento de antagonismo e inseguridad entre internos y funcionarios llegando a convertir el enfado y la frustración en una revuelta.

¹²⁸ ASECIO CANTISAN, Heriberto, *La intervención judicial en la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad*, Revista Eguzkilo, Número Extraordinario, Enero de 1988, p. 62-63.

¹²⁹ MATTHEWS, Roger, *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Ediciones Belaterra, Barcelona, 2003, p. 112.

La autoridad jurisdiccional en el ejercicio de la tutela efectiva debe ocuparse de reducir, en la mayor medida posible, los efectos despersonalizadores inevitables que la institución carcelaria trae al interno. Para esto es recomendado un incremento de los espacios de relación con el mundo libre, a ejemplo de los permisos de salida y la libertad condicional. No raras veces, las autoridades administrativas utilizan estas instituciones propias de progresividad como instrumento de manipulación de los internos en la prisión. Al garante de los derechos fundamentales de los reclusos no debe pasar desapercibido, por ejemplo, un retraso injustificado de la promoción de un interno. Es aquí donde la judicatura debe tener una intervención activa, investigando siempre con el fin de evitar que la discrecionalidad que es característica de la administración se transforme en forma de opresión para los internos en los centros penitenciarios¹³⁰.

Así, la vigencia de la garantía de legalidad sustancial es esencial en el fortalecimiento de la propia tutela judicial. Como tempranamente lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español, *“es el Juez de Vigilancia Penitenciaria quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades de los presos condenados al constituir un medio efectivo del control del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*¹³¹.

3.2. LA FIGURA DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

El surgimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria responde a un doble orden de motivaciones: por un lado la reapropiación por parte del Poder Judicial de una parcela cada vez más importante del proceso y de la ejecución penal y, por otro, la

¹³⁰ Por eso es tan atinada la sugerencia de Bachs i Estany – quien también fuera juez de vigilancia penitenciaria - en orden a que la constatación de estas actitudes administrativas (por ejemplo: estancamiento injustificado en una fase) exijan “del juez una exquisita vigilia de la evolución del expediente en el que no tardan en aflorar resoluciones infundadas o con argumentos inclusive contradictorios” (*“El control judicial de la ejecución de penas en nuestro entorno cultural”*, en Rivera Beiras, Iñaki [coord.], *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 147).

¹³¹ S.T.C. de 30 de junio de 1983. El criterio ha sido reiterado con posterioridad, por ejemplo, a través de la sentencia de 21 de enero de 1987. Para estos criterios jurisprudenciales, cfr. FERNÁNDEZ GARCIA, Julio, *“Hacia la nueva reforma del Derecho penitenciario”*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y SANZ MULAS, Nieves, *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública*, Comares, Granada, 2005, p. 198 y nota 76.

transformación de la ejecución de una etapa estática y procedimental en una fase dinámica y crucial para el cumplimiento de la función resocializadora de la pena¹³².

La primera regulación de la figura del Juez de Ejecución de las Penas fue realizada en Brasil, en su lejana Ley Federal de 1922 y después en el Código de Procedimiento Penal de 1940 y disposiciones ulteriores. Inicialmente, el juez de ejecución fue concebido como el encargado de desarrollar del fallo condenatorio y además de poder cursar instrucciones generales a la Administración Penitenciaria. En otro extremo, en Portugal, el Tribunal de Ejecución de Penas (Ley de 16 de Mayo de 1944 y Decretos de 27 y 30 de Abril de 1945) a pesar de su denominación, quedó circunscrito a las medidas de seguridad. En Francia, las Comisiones de Vigilancia, creadas en 1810, han evolucionado hasta el Juez de Aplicación o Ejecución de Penas (Leyes de 1970, 1972, 1978 y Código de Procedimiento Penal). En Italia, el Juez de Vigilancia aparece por primera vez en el Código Penal de 1930, ampliando sus competencias hasta llegar a la Ley Penitenciaria de 1975¹³³.

En España, la institución del Juez de Vigilancia Penitenciaria fue instaurada en el año 1979 como pieza maestra del sistema español de ejecución de penas privativas de libertad. Dicho en otros términos, el Juez de Vigilancia se configura como la autoridad jurisdiccional que garantiza y controla el correcto funcionamiento de la relación de sujeción especial en los establecimientos penitenciarios, es decir, el estricto cumplimiento del principio de legalidad ejecutiva¹³⁴.

La cuestión del control judicial ante la actuación de la Administración Penitenciaria posee tres modelos detectados en el Derecho Comparado¹³⁵. En el primer modelo, el control judicial de la actuación administrativa en la ejecución de penas privativas de libertad es llevado a cabo por Tribunales ordinarios, los cuáles solo se dignan a conocer el asunto cuando existe un recurso planteado ante ellos y nunca de oficio, como es el caso de Alemania.

¹³² ASENCIO CANTISAN, Heriberto, *La intervención judicial en la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad*, ob. cit., p. 57.

¹³³ RACIONERO CARMONA, Francisco, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Historia de un Afán, Minorías y Prisión*, Revista Eguzkilore, Número Extraordinario 12, San Sebastián, Diciembre de 1998, p. 42.

¹³⁴ ZARAGOZA HUERTA, José, *Derecho Penitenciario Español*, Elza G. de Lazcano, México, 2007, p. 38.

¹³⁵ VALDÉS, Carlos García, *Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria, Necesidad de asumir nuevas competencias*, en *Derecho Penitenciario II*, Consejo General del Poder Judicial, D.L, Madrid, 2004, p. 82-83.

Ya en el segundo modelo la intervención judicial en el ámbito penitenciario se efectúa a través de los llamados Jueces de Ejecución de Penas, que, en realidad, más que funciones de control de la Administración, deciden sobre aspectos estrictamente penológicos, como acumulación de condenas, aprobación de beneficios penitenciarios, permisos de salida, licencias, etc.¹³⁶. Son los casos de los Jueces de Ejecución de las Penas en Brasil¹³⁷, Francia¹³⁸ o el Tribunal de Vigilancia Italiano¹³⁹.

Por fin, un tercer gran modelo es el que prefiere que el control de la Administración Penitenciaria sea realizado por una jurisdicción especial que funciona como auténtica garante de los derechos de los reclusos, no sólo por la vía del recurso sino también a través del directo conocimiento de la prisión, autorizando el magistrado a proponer alternativas y cambios en temas efectivamente administrativos. Son los

¹³⁶ En Paraguay, la aparición del juez de ejecución penal ha disminuido considerablemente el índice de presos sin condena, una vez que es este juez quien se ocupa de las personas privadas de libertad, sea en virtud de una medida cautelar de prisión preventiva o de una condena, se encuentren éstas dentro de la prisión o fuera de ella en el caso de haber sido beneficiadas con la concesión de una libertad anticipada (suspensión a prueba de la ejecución de la condena, libertad condicional). Sus obligaciones, facultades y deberes se encuentran regulados en los arts. 43, 148, 254, 493 y siguientes del Código Procesal Penal (Ley 1286/98) y tienen a su cargo no solamente el proceso penal una vez firme la sentencia condenatoria, sino también el control del trato otorgado a las personas con prisión preventiva, la verificación de las condiciones de detención y del cumplimiento de las finalidades constitucionales de la pena, además de adoptar las medidas para la ejecución y el cumplimiento de las penas principales (privación de libertad y multa), complementarias (pena patrimonial y prohibición temporaria de conducir) y adicionales (composición y publicación de la sentencia). Es ante este juez que puede ejercerse el "recurso judicial" siempre que la condena sea firme hasta que la pena o medida haya sido ejecutada en su totalidad. Es este magistrado quien debe controlar y vigilar "los derechos y garantías del régimen penitenciario consagrados por la Constitución, el derecho internacional vigente y la legislación ordinaria", conforme el art. 1º de la acordada 222 de fecha 5 de julio de 2001, dictada por la Corte Suprema de Justicia. (POLETTI ADORNO, Alberto, *"Realidad o ficción: Los derechos de las personas privadas de libertad en Paraguay, De la Ley Penitenciaria al Anteproyecto de Código de Ejecución Penal"*, en Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010, pp. 245-246.

¹³⁷ Artículo 1º de la Ley 7210/1984. Cabe calificar de Mixto al sistema brasileño una vez que las competencias de control hoy en día se reparten entre un órgano no judicial, aunque independiente, llamado Consejo Penitenciario y de composición eminentemente Fiscal (lo integran el Procurador de la República, el Ministerio Fiscal y cinco miembros más, tres de los cuales son prestigiosos juristas - puede que alguno proceda de la carrera judicial - y dos médicos, generalmente que provienen de la docencia universitaria, y el Juez de Ejecución Penal, figura que, sin embargo, no existe en todos los Estados o Territorios de la Federación siendo en tales supuestos sustituido por el Tribunal o Juez sentenciador. A aquel le corresponden funciones consultivas en materia de indulto, amnistía, libertad condicional y conmutación de la pena; en materia de libertad condicional decide su concesión o revocación el Juez de Ejecución, oído el Ministerio Fiscal y según la libre apreciación que éste haga de la prueba practicada (arts. 713 en relación al 157 del Código Procesal Penal), mientras que en materia de indulto la última palabra la tiene el Presidente de la República. Los informes del Consejo prácticamente vinculan, en la práctica, al órgano decisor. Las materias no reservadas al Juez de Ejecución también son de competencia de dicho Consejo. El juez penitenciario ostenta además la potestad de cursar Circulares o Instrucciones a los órganos administrativos penitenciarios, determinando así el sentido en que debe dicha Administración ajustar su actuación a las prescripciones legales. Esta es una función considerada más propia de un órgano administrativo que de un verdadero órgano jurisdiccional (RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Cárcel y Derechos Humanos*, ob. cit., p. 142-143).

¹³⁸ Art. 722 del Código Procesal Penal galo

¹³⁹ Art. 70 de la Ley Penitenciaria Italiana

llamados Jueces de Vigilancia Penitenciaria que ya existían, desde 1975, en Italia. También es este el modelo adoptado por la Ley de Organización General Penitenciaria (LOGP) de España¹⁴⁰.

En lo que se refiere a la denominación de la institución de Juez de Vigilancia o Juez de Ejecución de Penas, se plantea que debe centrarse en la atención a circunstancias más formales que de fondo, ya que no se discuten las funciones que debe desempeñar el magistrado. Es comúnmente aceptado, por lo tanto, que su función jurisdiccional se centra, preferentemente, en la ejecución de la pena privativa de libertad, fiscalizando la actividad penitenciaria y garantizando los derechos de los internos¹⁴¹.

Al Juez de Vigilancia Penitenciaria o de Ejecución de Penas cabe igualmente la competencia de hacer cumplir efectivamente la pena privativa de libertad, decidiendo los recursos e impugnaciones que dentro de la vida penitenciaria pueda plantear un recluso, corrigiendo los abusos y desviaciones que ocurran en el cumplimiento del tratamiento y del régimen penitenciario y, principalmente, como prerrogativa básica para la reeducación y reinserción social del condenado, salvaguardando sus derechos. Será siempre el magistrado de jurisdicción Penitenciaria, y no otro órgano ni jurisdiccional ni administrativo, quien deba implementar el acceso

¹⁴⁰ De acuerdo con el Tribunal Constitucional español: "Es el Juez de Vigilancia Penitenciaria quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades de los presos condenados(...) al constituir un medio efectivo del control del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"(TC, Sentencia de 30.06.1983). En otra ocasión también ha decidido que: "La función del Juez de Vigilancia Penitenciaria supone una potenciación del momento jurisdiccional en la ejecución de las penas, al Juez de Vigilancia Penitenciaria se le confía el control sobre diversas fases de la ejecución penal y la protección de los derechos fundamentales de los detenidos. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria constituyen una pieza clave del sistema penitenciario y por ello debe garantizarse y exigirse constitucionalmente la actuación de los órganos judiciales especializados" (TC, Sentencia de 21.01.1987).

¹⁴¹ Para MARTÍN DÍZ, "Siendo las penas privativas de libertad las que otorgan el rasgo identificativo del Derecho Penitenciario, es lógico que en su denominación se incluya la referencia a este ámbito. De ahí por tanto que debamos rehusar la expresión de «juez de ejecución de penas», o «juez de aplicación de penas», ya que éstas dan por hecho la extensión de las facultades jurisdiccionales de este órgano a la ejecución de cualquier tipo de pena, no sólo las privativas de libertad, lo cual excede de la competencia legalmente establecida del Juez de Vigilancia Penitenciaria. (...) El segundo elemento de la expresión alude al concepto de vigilancia, que implica el cuidado y atención exacta de las cosas - en nuestro caso, personas que están a cargo de cada uno, y eso es precisamente el cometido primordial de las funciones del Juez de Vigilancia, la tutela de los penados que cumplen penas privativas de libertad en los establecimientos penitenciarios asignados a su guarda, es el Juez quien debe velar porque el penado cumpla la pena en la forma legalmente establecida además de los fines de la misma así como salvaguardar sus derechos e intereses legítimos, es él, y no otro órgano, ni siquiera la Administración Penitenciaria, quien tiene bajo su custodia al interno. Esto nos lleva a reafirmar nuevamente que dar entrada a la expresión «ejecución», como Juez de Ejecución, excluiría, al menos aparentemente, las funciones cognoscitivas que tiene asumidas el Juez de Vigilancia en cuanto órgano de tutela de los derechos de los penados, no en vano el Juez de Vigilancia resuelve recursos, peticiones y quejas, compartiendo estas tareas con las estrictamente de ejecución"(MARTÍN DÍZ, Fernando, *El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*, Comares, Granada, 2002, p.63-64).

del recluso a sus derechos fundamentales y a los derechos y beneficios penitenciarios legalmente previstos¹⁴².

Hay que señalar que el control judicial de la ejecución penitenciaria desarrollado como en los ejemplos presentados no son una constante en un panorama internacional donde estos órganos jurisdiccionales, sea en su vertiente de ejecución, sea de vigilancia, es generalmente desconocido. Ni los países anglosajones, ni los escandinavos ni, por ahora, los países nacidos como consecuencia de las modificaciones políticas y geográficas ocurridas en Europa del Este han introducido esta figura en sus legislaciones¹⁴³.

Sin embargo, las Reglas Penitenciarias Europeas ya establecían en sus Principios Fundamentales, que se respetarán los derechos humanos en el trato con toda persona privada de libertad y, en particular, sobre la legalidad de la ejecución de las penas. Así, el enunciado 9 determina que *“Todas las prisiones estarán sujetas a inspecciones gubernamentales regulares y al control por parte de una autoridad independiente”*. Siendo el magistrado el responsable de estas visitas, se refuerza así, el carácter de independencia¹⁴⁴ del juez con respeto a la Administración Penitenciaria, para que pueda velar por la legalidad en la ejecución y el respeto a los derechos fundamentales de los internos¹⁴⁵.

3.3 COMPETENCIAS DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA EN ESPAÑA

Se puede afirmar que el Juez de Vigilancia Penitenciaria ejerce una doble jurisdicción: la jurisdicción en la ejecución de la pena privativa de libertad y la jurisdicción de control contencioso-administrativa¹⁴⁶.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria como órgano jurisdiccional ha de desempeñar, con imparcialidad¹⁴⁷ e independencia, las funciones jurisdiccionales que

¹⁴²MARTÍN DÍZ, Fernando, *El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*, ob. cit., p.65.

¹⁴³ RACIONERO CARMONA, Francisco, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Historia de un Afán, Minorías y Prisión*, ob. cit., p. 42.

¹⁴⁴ Vide STC 2/1987, de 21 de enero, en la cual el TC indica que la aparición del JVP “supone una potenciación del momento jurisdiccional de la ejecución de las penas, que en nuestro ordenamiento se realiza confiando a un Juez, es decir, a un órgano independiente del poder administrativo, el control sobre las diversas fases de ejecución y en particular sobre la protección de los derechos de los detenidos”.

¹⁴⁵ASENCIO CANTISAN, Heriberto, *La intervención judicial en la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad*, ob. cit., p.58.

¹⁴⁶PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y sus Competencias*, ob. cit., p.270.

legalmente le han sido reservadas. En consonancia con las normas de la LOGP, el Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. El Art. 76.2 establece lo que le corresponde especialmente en estas atribuciones:

a) Adoptar las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

Esta atribución, añadida a las funciones explicitadas en el apartado primero del artículo 76 resumen lo que el legislador de 1979 había imaginado para el Juez de Vigilancia Penitenciaria: un auténtico juez de ejecución de la pena privativa de libertad, que asume las funciones de los Tribunales sentenciadores, excepto la decisión sobre la licencia definitiva.¹⁴⁸

b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los condenados y acordar las revocaciones que procedan.

La libertad condicional, como última fase de la ejecución de la pena, demuestra que la evolución en el tratamiento individualizado del recluso permite concederle la prerrogativa de vivir una vez más en sociedad¹⁴⁹. Cabe a la Junta de Tratamiento la iniciación y tramitación del expediente de libertad condicional según el artículo 194 del Reglamento Penitenciario. El expediente va al Juez de Vigilancia que decidirá sobre la concesión del beneficio, bien como la imposición de las reglas de conducta que sean necesarias a cada caso. Corresponde también al Juez de Vigilancia la revocación de la libertad condicional, caso el liberado incumpla las reglas de conducta impuestas o vuelva a delinquir¹⁵⁰.

¹⁴⁷ NAVARRO MASSIP, Jorge, *La imparcialidad judicial y la pérdida de neutralidad*, Revista Aranzadi Doctrinal nº. 2, Mayo de 2001, p. 40.

¹⁴⁸ RACIONERO CARMONA, Francisco, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Historia de un Afán, Minorías y Prisión*, ob. cit., p. 46.

¹⁴⁹ SANCHÉZ YLLERA, Ignacio, *Libertad Condicional, Cuestiones prácticas de su aplicación*, en Vigilancia Penitenciaria, VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Bibliografía, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 137.

¹⁵⁰ Caso se trate de internos condenados por delitos de terrorismo o en el seno de organizaciones criminales, cuando se cumplan los requisitos adicionales establecidos en el artículo 90 del CP, será el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, con sede en Madrid, el que juzgará la concesión o revocación de libertad condicional (PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y sus Competencias*, ob. cit., p.273).

c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

Con la supresión en el CP de 1995 de la figura de redención de las penas por el trabajo, las posibilidades de beneficios que puedan suponer acortamiento de condena se resumen al adelantamiento de la libertad condicional (una vez extinguidas las 2/3 partes de condena y tras haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales) y los indultos particulares¹⁵¹.

d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.

Según el TC (Sentencia 2/87, de 21 de Enero), ésta constituye una manifestación más de la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la autoridad judicial¹⁵². Funciona como un control judicial *a posteriori*, garantizando la legalidad de la actividad sancionatoria o disciplinar de la Administración.

e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

Contra el acuerdo sancionador de la Junta de Régimen Disciplinar el recluso puede interponer recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, tanto verbalmente, en el momento de la notificación, como por escrito, en las 72 horas siguientes¹⁵³.

f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento y, en su caso, de la Central de Observación, los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.

La realización del estudio del interno propone la aplicación de uno de los tres primeros grados del cumplimiento en una pena privativa de libertad. Contra la clasificación inicial o la respuesta negativa a la progresión a otro grado, o incluso contra una regresión que se considere injustificada caben recurso ante el Juez de Vigilancia

¹⁵¹ En el indulto el Juez de Vigilancia Penitenciaria funciona como un puente entre la Administración Penitenciaria y el Consejo de Ministros, a quien corresponde su aprobación, de acuerdo con las normas sobre el derecho de gracia (PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y sus Competencias*, ob. cit., p. 273).

¹⁵² TAMARIT SUMALLA, José María, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco, *Curso de Derecho Penitenciario*, ob. cit., p. 317.

¹⁵³ RENART GARCÍA, Felipe, *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario*, Publicaciones Universidad de Alicante, Zaragoza, 2002, p. 166.

Penitenciaria. El Juez deberá en sus decisiones tener en cuenta el desarrollo del tratamiento del interno y la evolución de su personalidad¹⁵⁴.

g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen con relación al régimen y tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

El artículo 50 de la LOGP permite a los internos formular peticiones o quejas sobre el régimen o tratamiento al Juez de Vigilancia a fin de que él pueda tomar las medidas adecuadas para impedir abusos de poder o violaciones de cualquier derecho o beneficio de los penados previstos en las normas legales o reglamentarias en materia penitenciaria.

Merece la pena mencionar la diferencia entre régimen y tratamiento penitenciario. El régimen se destinará a garantizar la seguridad y a conseguir una convivencia ordenada, mientras que el tratamiento consiste en un conjunto de actividades orientadas a la consecución de la reeducación y reinserción de los condenados¹⁵⁵.

h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Para RACIONERO CARMONA¹⁵⁶, las visitas tienen dos finalidades básicas. La primera es constatar el real estado de las prisiones y de sus servicios. La segunda es la de que el Juez entre en contacto directo con los internos, se entreviste con ellos, escuche sus quejas, peticiones y hasta admitir la interposición de recursos o denuncias, acercando el Poder Judicial a los condenados.

i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a los dos días, excepto de los clasificados como tercer grado.

La competencia del Juez de Vigilancia se limita a decidir sobre los permisos extraordinarios de internos de primer grado o permisos ordinarios de más de dos días¹⁵⁷. Efectivamente se excluyen de esta lista los penados de tercer grado una vez que ya viven en una situación de semilibertad, con horarios más flexibles por motivos laborales o de estudio realizados muchas veces fuera de la prisión.

¹⁵⁴ LEGANÉS GOMÉZ, Santiago, *La clasificación Penitenciaria: Nuevo Régimen Jurídico*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2006, p. 34-35.

¹⁵⁵ TORRES, Enrique, *Relaciones entre la Justicia y la Administración Penitenciaria*, ob. cit., p. 86.

¹⁵⁶ RACIONERO CARMONA, Francisco, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Historia de un Afán, Minorías y Prisión*, ob. cit., p.48.

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel, *Derecho Penitenciario, Comentarios Prácticos*, SEPIN, S.L, Madrid, 2007, p. 73.

j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.

El artículo 10 de la LOGP determina el cumplimiento en régimen cerrado para los condenados calificados como de peligrosidad extrema o aquellos que demuestren inadaptación a los regímenes ordinario y abierto¹⁵⁸. Es esencial un informe razonado del Jefe de Servicio y Equipo Técnico y la decisión motivada por el Centro Directivo deberá ser notificada al Juez de Vigilancia en el plazo máximo de 72 horas.

De acuerdo con el artículo 77 de la LOGP, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa¹⁵⁹, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

El Código penal de 1995 también ha introducido algunas nuevas atribuciones al Juez de Vigilancia Penitenciaria como la fiscalización de las medidas de seguridad impuestas a los inimputables o semi-inimputables, acordar la pena por trastorno mental grave sobrevenido, acordar el regreso a la normalidad de los sentenciados a quienes se haya aplicado el artículo 78 del Código Penal y acordar el abono de la prisión preventiva sufrida en otras causas por el penado¹⁶⁰.

Para FERNANDÉZ GARCÍA¹⁶¹ debe ser el Juez de Vigilancia el que asuma las competencias de ejecución, sustitución, suspensión y modificación que experimenten las diferentes penas, en su ejecución. Con respecto a las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad en España (suspensión de la ejecución o sustitución por otras penas, bien de la misma naturaleza o de diferente), tampoco se le atribuyen al Juez de Vigilancia estas competencias, ni para la ejecución, ni para las diferentes modificaciones que puedan decretarse en virtud de incumplimientos por parte del penado. Debería asumirlas también el Juez de Vigilancia.

¹⁵⁸ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Cárcel y Derechos Humanos*, ob. cit., p.146-147.

¹⁵⁹ DEL PONT, Luis Marco, *Derecho Penitenciario*, Cárdenas Editor y Distribución, Madrid, 1984, p. 214-215.

¹⁶⁰ TAMARIT SUMALLA, José María, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco, *Curso de Derecho Penitenciario*, ob. cit., p. 325-326.

¹⁶¹ FERNANDÉZ GARCÍA, Julio, *Manual de Derecho Penitenciario*, Salamanca, Ciencias de la Seguridad (CISE), Universidad de Salamanca, 2006, p. 209.

Sin embargo, hay otras materias relevantes excluidas de la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria que siguen siendo reiteradamente solicitadas por los magistrados responsables de la ejecución de las penas privativas de libertad. Son competencias que todavía deberían ser asumidas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria: conceder la licencia definitiva; la liquidación y refundición de condenas; conocer la suspensión, restricción e intervención de comunicaciones¹⁶²; conocer las sanciones de ejecución inmediata¹⁶³; aprobar la clasificación flexible y de paso a tercer grado¹⁶⁴; conocer el uso de los medios coercitivos; autorizar las salidas programadas¹⁶⁵; cuestiones relativas a la relación laboral penitenciaria y suspender, revocar o ampliar la libertad condicional en cualquiera de sus modalidades.

3.4 COMPETENCIAS DEL JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS EN BRASIL

Según la Ley n. 7210/84 la ejecución penal tiene por objetivo tornar efectivas las disposiciones de la sentencia o decisión criminal y proporcionar condiciones para la armónica integración social del condenado y del interno provisional. A ellos son asegurados todos los derechos no limitados por la condena, sin distinción de carácter social, racial, religioso o político.

La ejecución penal será cumplida por el Juez de Ejecución Penal indicado en la Ley de Organización Judicial de cada Estado-miembro de la Federación, y en su ausencia al juez que haya sentenciado el proceso. Cada establecimiento penitenciario deberá contar con una Comisión Técnica de Clasificación que será presidida por el Director del Centro Penitenciario y estará compuesta por agentes administrativos, un psiquiatra, un psicólogo y un trabajador social. Esta Comisión se encargará de la clasificación de regímenes y del tratamiento de los condenados a penas privativas de libertad. En los demás casos la Comisión actuará junto con el Juez de Ejecuciones y estará integrada por agentes del Servicio Social y miembros del Ministerio Público.

¹⁶² MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *El papel del Juez de Vigilancia Penitenciaria en la intervención de las comunicaciones de los presos*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, Número extraordinario, 2000, p.15.

¹⁶³ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y sus Competencias*, ob. cit., p. 282.

¹⁶⁴ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización*, *Estudios de Derecho Judicial*, El Juez de Vigilancia Penitenciaria y el Tratamiento Penitenciario, Consejo General del Poder General, Madrid, 2006, p.182.

¹⁶⁵ GIMENEZ GARCÍA, Joaquín, *El Juez y la Cárcel*, Revista Eguzkilore, Número extraordinario, 1988, p. 72.

De acuerdo con el artículo 66 de la Ley penitenciaria brasileña es competencia del Juez de Ejecución Penal:

a) Aplicar a los casos juzgados ley posterior que de todos modos venga a favorecer al condenado.

Al Juez de Ejecución cabrá hacer la revisión de la condena aplicando la ley posterior más beneficiosa, para disminuir proporcionalmente la cantidad de pena, cambiar el tipo de sanción penal, el régimen de cumplimiento o libertar al condenado en caso de *abolitio criminis*¹⁶⁶.

b) Declarar extinta la punibilidad.

La extinción de la punibilidad significa la pérdida por el Estado del derecho a punir aunque todavía exista el hecho delictuoso o la culpa del infractor en los casos previstos por la ley. El Código Penal brasileño explicita en su artículo 107 las posibilidades legales de extinción de la punibilidad¹⁶⁷. Si, por ejemplo, la muerte del agente o la prescripción se da en la fase de cumplimiento de la pena, será el Juez de Ejecución el competente para declarar la pérdida del *jus puniendi* estatal y sus respectivas consecuencias jurídicas.

c) Decidir sobre suma o unificación de penas; progresión o regresión en los regímenes; detracción y remisión de la pena; suspensión condicional de la pena; libertad condicional; incidentes en la ejecución.

Cuando haya más de una condena, el Juez de Ejecución de Penas deberá sumar las penas para efectos de cálculo de progresión de regímenes (1/6 de la pena) y libertad condicional. Será descontará el período de prisión temporal o provisional en la condena definitiva y todos los otros incidentes a partir de la sentencia final serán solucionados por el Juez de Ejecución.

En la ejecución de las penas restrictivas de derechos, el poder disciplinar será ejercido por la autoridad administrativa a quien esté sometido el condenado. Después de practicada la falta disciplinar, deberá ser instaurado el procedimiento para su apuración, conforme el reglamento, para asegurar el derecho de defensa. La decisión

¹⁶⁶ BRITTO POLETTI, Ronaldo Rebello, *O perfil do juiz*, Revista Jurídica Consulex, Ano VIII, n. 169, Enero de 2004.

¹⁶⁷ Art. 107 - Se extingue la punibilidad: I – por la muerte del agente; II – por la amnistía, gracia o indulto; III – por la retroactividad de ley que ya no considera el hecho como crimen; IV – por la prescripción, decadencia o perención; V – por la renuncia del derecho de queja o por el perdón aceptado, en los crímenes de acción privada; VI – por la retratación del agente, en los casos que la ley admite; VII(vetado); VIII(vetado); XIX – por el perdón judicial, en los casos previstos por la ley.

será siempre motivada (Art. 59 de la Ley 7210/84). En las faltas graves¹⁶⁸, la autoridad representará al Juez de la Ejecución para regresiones de grados o revocaciones de beneficios penitenciarios motivados por faltas graves, no cumplimiento de condiciones legales o judiciales y condenas por otros delitos (Art. 48 de la Ley 7210/84).

d) Autorizar las salidas temporales.

Las salidas temporales funcionan como un premio al interno que progresa en el tratamiento y son concedidas a través de autorización judicial precedida de informes de la Administración Penitenciaria sobre la evolución del condenado, su buen comportamiento y la motivación de salida programada¹⁶⁹.

e) Determinar la forma de cumplimiento de la pena restrictiva de derechos y fiscalizar su ejecución; la conversión de la pena restrictiva de derechos y de multa en privativa de libertad; la conversión de la pena privativa de libertad en restrictiva de derechos; la aplicación de la medida de seguridad, así como la sustitución de la pena por medida de seguridad; la revocación de la medida de seguridad; la salida del ambiente de internación y el restablecimiento de la situación anterior; el cumplimiento de la pena o medida de seguridad en otra región; la remoción del condenado en la hipótesis prevista en el § 1º do art. 86 de esta Ley (El preso primario cumplirá pena en sección distinta de la reservada a los reincidentes).

El Código Penal brasileño prevé en su artículo 32 los tipos de penas para los imputables: privativas de libertad, restrictivas de derechos y pena de multa. La pena restrictiva de derecho será fiscalizada por el Juez de Ejecución y si no se cumple adecuadamente la pena será convertida en privativa de libertad. Para los inimputables o semi-inimputables cabe la medida de seguridad y, cesada la peligrosidad del agente, que sea suspendido el tratamiento médico o la internación en hospital psiquiátrico.

f) Velar por el correcto cumplimiento de la pena y de la medida de seguridad.

¹⁶⁸ De acuerdo con el artículo 53 de la Ley 7210/84, constituyen sanciones disciplinarias: a) advertencia verbal; b) reprobación; c) suspensión o restricción de derechos (art. 41, parágrafo único); d) aislamiento en la propia celda o en local adecuado, en los establecimientos que tengan alojamiento colectivo; e) inclusión en el régimen disciplinar diferenciado, este último incluido por la Ley nº 10.792, de 01.12.2003. Las sanciones disciplinarias serán aplicadas por acto motivado del director del establecimiento y el régimen disciplinar diferenciado, por previo y fundamentado despacho del juez competente. La autoridad administrativa podrá decretar el aislamiento preventivo del infractor por un plazo de hasta diez días, pero la inclusión del preso en el régimen disciplinar diferenciado dependerá de despacho del juez competente (Art. 60 de la Ley 7210/84).

¹⁶⁹ ENGELMANN, Fabiano, *La reforma de la justicia en Brasil: la movilización de los juristas*, ob. cit., p.120.

Las penas intentan punir de forma proporcional los delitos practicados y prevenir futuras transgresiones. La finalidad de la medida de seguridad es propiciar a los inimputables y semi-inimputables que sufran trastornos psíquicos un tratamiento curativo¹⁷⁰. Para alcanzar estos retos hay que vigilar los informes y procedimientos, tener control sobre los órganos de apoyo y hacer respetar los derechos de los reclusos.

g) Inspeccionar los establecimientos penales, mensualmente, tomando providencias para su adecuado funcionamiento y promoviendo, cuando proceda, la apuración de la responsabilidad¹⁷¹.

Una vez que el individuo está ante la tutela de la Administración Penitenciaria por la comisión de un delito velará por la vida, la integridad y la salud del interno, en cumplimiento de los deberes de asistencia que la Ley 7210/84 determina. El Juez de Ejecución Penal debe ser el garante de que los derechos de los internos sean respetados y la finalidad resocializadora de la pena aplicada.

h) Hacer la interdicción, de modo general o en parte, del establecimiento penal que esté funcionando en condiciones inadecuadas o vulnerando los dispositivos de la Ley.

Para proteger a los internos de violaciones de sus derechos fundamentales el Juez puede intervenir en la Administración, cerrar establecimientos penitenciarios, cambiar los internos de lugar y tomar las providencias necesarias para acabar con el cuadro de vulneración de derechos. La privación de libertad debe producirse en condiciones materiales y morales que garanticen el respeto a la dignidad humana porque las personas en prisión siguen formando parte de la sociedad y conservan los derechos no restringidos por la condena¹⁷².

i) Componer e instalar el Consejo de la Comunidad.

El Consejo de la Comunidad debe ser compuesto, como mínimo, de 01 representante de asociación comercial o industrial, 01 abogado indicado por el Orden de Abogados de Brasil, 01 Defensor del Pueblo y 01 trabajador social escogido por el Consejo Nacional de Trabajadores Sociales.

¹⁷⁰ Según el artículo 43 de la Ley 7210/84, se garantiza la libertad de contratar al médico de confianza personal del interno o del sometido a tratamiento en ambulatorio, por sus familiares, a fin de orientar y acompañar el tratamiento. Las divergencias entre el médico oficial y el particular serán resueltas por el Juez de Ejecución.

¹⁷¹ TAVARES, Celma, *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a continuidade da prática de tortura por parte dos agentes do Estado*, ob. cit., p. 132.

¹⁷² SANCHÉZ GUIU, Iñaki, *Descentralización y competencias penitenciarias*, Revista Eguzkilore, Número Extraordinario 12, San Sebastián, Diciembre de 1998, p. 65.

Según el artículo 81 de la Ley 7210/84, cabe al Consejo de la Comunidad visitar, por lo menos mensualmente, los establecimientos penales de su área de actuación, entrevistar presos, presentar informes periódicos al Juez de Ejecución y al Consejo Penitenciario y obtener los recursos materiales y humanos necesarios para mejorar la asistencia al preso o interno, en armonía con la dirección del establecimiento penitenciario.

j) Emitir anualmente atestado de pena a cumplir.

Se trata de mantener al condenado consciente del tiempo que ha cumplido y las posibilidades de progresión, beneficio y descuentos hechos como resultado del trabajo o de estudios.

3.5 LA ACTITUD DEL JUEZ ANTE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

La magistratura, además de intervenir en la sede de control de la legitimidad de la ley, mantiene una relación directa entre el poder público y cada uno de los ciudadanos¹⁷³. La judicatura llega a compensar muchas veces el déficit democrático de las decisiones políticas actuales orientadas a la pura gestión y a dar a la sociedad un referencial simbólico de seguridad a través de propuestas penales retributivas y de gran impacto popular. El Juez debe ser el intérprete de los derechos de todos y, a veces, como en el caso de los reclusos, de las minorías, frecuentemente contra las razones particulares o prevaricadoras de la política oficial¹⁷⁴.

Es esencial que el Juez de la Ejecución asuma una actitud de absoluta independencia de criterios frente a la administración penitenciaria.¹⁷⁵ Hay que tener cuidado continuamente porque la experiencia en muchos países ha demostrado que la dedicación exclusiva de los jueces a las tareas propias de la ejecución, en contacto permanente con el ámbito carcelario, puede generar una particular relación con las autoridades y técnicos de la Administración Penitenciaria que termina por dañar la cuestión de la imparcialidad necesaria para el juzgador. La presencia en este reto de un juez garante de los derechos fundamentales de los reclusos exige, además de la labor del

¹⁷³ HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Los obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 19.

¹⁷⁴ DONINI, Massimo, *Jueces y democracia, El papel de la magistratura y democracia penal: El uso judicial del derecho penal de los principios*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LIX, MMVI, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, p.406.

¹⁷⁵ SEGURA ORTEGA, Manuel, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p.23.

magistrado, un esfuerzo institucional destinado a la formación de cuerpos profesionales idóneos, bajo la dirección de la judicatura.

Otro punto importante es la especialización de la judicatura de ejecución, una vez que la dinámica penitenciaria está compuesta por aspectos particulares, si se la compara con el resto de la actividad judicial. Las prisiones son como micro-sociedades que funcionan con múltiples dificultades materiales. Generalmente aquel que ejerce la función judicial penal durante la instrucción del proceso no se encuentra profesionalmente cualificado para afrontar la tempestad de situaciones variadas que suelen ocurrir en la cárcel. De ahí que se reclame la necesaria especialización para esta judicatura¹⁷⁶ que tiene que ser no sólo jurídica sino además con conocimiento de otros saberes no normativos a ejemplo de la criminología, sociología, antropología y psicología¹⁷⁷.

En efecto, el Juez de Ejecución debe caracterizarse por un notable activismo, participación dinámica y enérgica sin olvidar su función de control de la legalidad para prestar a la sociedad un buen ejercicio de la defensa técnica en el ámbito carcelario¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Como bien lo puntualiza BUENO ARÚS, la creación de esta magistratura “no responde a un sentimiento de recelo hacia los tribunales sentenciadores, a quienes correspondía con anterioridad [y, en algunos sistemas jurídicos – incluso de Argentina –, todavía corresponde] dicho cometido, ni tampoco al montaje de una organización judicial fantasmagórica y desconectada de la realidad, sino más bien a un sentimiento de especialización de la jurisdicción en las dos fases de determinación y ejecución de la pena privativa de libertad, que garantice al máximo el respeto del principio de individualización y, por consiguiente, de la finalidad preventivo-especial de aquélla” (*La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 139). En la misma dirección, Asensio Cantisán – que fue, además, integrante de esta judicatura - expresó: “Para que el juez de vigilancia no se convierta en la cobertura formal de la actividad de la Administración sin efectividad alguna, es preciso que se forme necesariamente a los encargados de ejercer dicha función, de tal suerte que sean capaces de valorar correctamente las resoluciones que, adoptadas por la autoridad penitenciaria, son objeto de un posterior control. Si ambas condiciones se cumplen, si a la atribución al Poder Judicial del efectivo control de la ejecución penal se une una adecuada formación especializada de los encargados de ello, dotándoseles al tiempo de los necesarios medios para que la función sea realmente efectiva, se habrá dado un gran paso en la dura lucha por el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales” (cfr. “El juez de Vigilancia”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 237, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 15).

¹⁷⁷ Pensemos en la siguiente situación hipotética: se condena a prisión a una persona de un grupo étnico diferente. ¿Cómo se aborda el tratamiento en estos casos? Las pautas culturales del interno son distintas a las de la mayoría de los otros penados, con lo cual, si no se quiere concebir el tratamiento como una pura imposición forzada de valores diversos (que, desde una perspectiva constitucional, sería inadmisibles frente al derecho a la dignidad), se hace necesario tener en cuenta esta diversidad en el momento de diseñar los programas respectivos. Evidentemente, en muchos casos la administración no está preparada (y ni siquiera interesada) para enfrentar estas cuestiones. Está claro que en situaciones como ésta, muy frecuentes no sólo en Latinoamérica (frente a países con una diversidad cultural marcada) sino también en Europa (frente al problema migratorio), un juez que limite su saber a lo estrictamente jurídico puede tropezar con obstáculos muy serios en el momento de ejercer un control responsable.

¹⁷⁸ Al respecto, cfr. RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, ob. cit. p. 301-311.

Es cierto que la actitud de activismo esperada de los Jueces de Ejecución debe seguir una ética de la responsabilidad¹⁷⁹, interpretando las normas jurídicas desde un punto de vista instrumental y empírico. Así, el juez, intérprete y representante del Estado, tiene que ejercer dos funciones de especial importancia: 1) establecer el conjunto de interpretaciones posibles de la forma que le exige cumplimiento, y 2) determinar las consecuencias probables de cada una de esas posibles interpretaciones, sin que queden excluidas las consideraciones de justicia o moralidad que sean necesarias en este proceso de hermenéutica jurídica. Con base en estos aspectos, el juez atenderá a las consecuencias inmediatas o mediatas que su decisión pueda producir¹⁸⁰.

Cabe señalar que un Juez de Ejecución puede reunir todas las condiciones que hemos analizado, pero que no tenga a su disposición una estructura organizada, con elementos materiales y normativos adecuados, tendrá serias dificultades para desempeñar satisfactoriamente su función¹⁸¹. Es necesario que exista un número suficiente de juzgados y una distribución geográfica razonable de estos organismos, de tal manera que no haya una concentración de juzgados sino una dispersión territorial de los mismos que refleje la distribución de los diversos centros carcelarios¹⁸². Además, es primordial que la oficina judicial cuente con un número de funcionarios también proporcional a la demanda de trabajo y esté dotada de una infraestructura mínima para el seguimiento eficiente de los casos a resolver dentro del universo penitenciario.

La competencia material debería detenerse exclusivamente en las cuestiones relativas al control de la pena carcelaria. En muchos ordenamientos procesales como los de Argentina y Brasil, al Juez de Ejecución le compete, además de lo relativo a la ejecución de otras penas (restrictivas de derechos, multa, inhabilitación), el control de la

¹⁷⁹ IRACHETA IRIBARREN, Marino, *Judicatura y Privación de Libertad*, Revista Eguzkilore, Número Extraordinario, Enero de 1998, p. 88.

¹⁸⁰ CESANO, José Daniel, *Las expectativas respecto del control judicial*, en Teoría y Práctica de los derechos fundamentales en las prisiones, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010, p. 98.

¹⁸¹ Denuncia SANCHÉZ GUIU que "Las graves deficiencias en infraestructura, recursos humanos y servicios destinados a los internos, obligan a que éstos vivan con limitaciones en cuanto a intimidad, tratamiento individualizado, lugar y programas adecuados y suficientes para una digna atención sanitaria, actividades educativas, formación, talleres, etc.(...) Los problemas más graves que afectan a la población reclusa se centran en las áreas de sanidad (toxicomanías, sida, tuberculosis, hepatitis, higiene, alimentación, etc.), educación (insuficiencia de recursos para atender a una población con un elevado índice de analfabetismo), alternativas a la prisión (pisos o unidades para la excarcelación de enfermos incurables, para tratamiento de toxicómanos, etc.) y la propia organización interna (relaciones entre funcionarios/as e internos/as, denegación de permisos, lentitud de trámites burocráticos, falta de profesionales, insuficiencia de medios, etc.), en SANCHÉZ GUIU, Iñaki, *Descentralización y competencias penitenciarias*, ob. cit, p. 65.

¹⁸² RIVERA BEIRAS (*La cuestión carcelaria, Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 622) enfatiza la importancia que adquiere, en esta materia, el principio de inmediatez.

suspensión del proceso a prueba e, incluso, las medidas de seguridad respecto a inimputables adultos (esta última también como atribución del Juez de Vigilancia Penitenciaria español)¹⁸³. Pareciera más conveniente concentrar la atención del Juez de Ejecución solamente en los aspectos que traten de la cuestión carcelaria.

Sin embargo es necesario también realizarse un cambio cultural dentro de las instituciones públicas en el sentido de que cada ente, cada órgano se haga cargo de las responsabilidades funcionales que le competen y no las trasladen o eviten. Indudablemente, sin una auténtica política penitenciaria, los distintos poderes estatales acaban por descargar responsabilidades en otros (muy común en las actitudes propias del poder ejecutivo), la cuestión continua por resolverse, generando desorientación y descrédito a la opinión pública en lo que se refiere al papel garantizador de bienestar colectivo del Estado.

Finalmente, la especialidad de quienes ejercen esta función debería exigirse en el momento de la postulación para el cargo, sin perjuicio de la necesaria continuidad de la misma a través de los programas de capacitación que pudiesen ofrecer las escuelas judiciales¹⁸⁴. La preparación cultural y jurídica del juez es el resultado de un conocimiento integral de las leyes, jurisprudencia, antecedentes y doctrina que traten de la realidad carcelaria y, sobre todo, del conocimiento de la sociedad de su tiempo, que debe actualizarse a cada momento¹⁸⁵.

¹⁸³ En el derecho comparado hay sistemas que excluyen de las competencias del Juez de Ejecución de Penas el control de la medida de seguridad para los inimputables adultos. Para un análisis de esta cuestión en España, cfr. CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Derecho Penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2006, pp. 114-115 y 285.

¹⁸⁴ También sería conveniente extender estos programas de capacitación a todos los integrantes de la oficina judicial. Las particularidades que ofrece el trato cotidiano con los internos (dada la carga de tensión que éstos tienen) a veces convierten la tarea diaria, en estos juzgados, en poco grata. Esto hace con que se verifique una permanente movilidad de los agentes judiciales que puede dificultar el normal desarrollo de la tarea.

¹⁸⁵ IRACHETA IRIBARREN, Marino, *Judicatura y Privación de Libertad*, ob. cit., p. 90.

CAPÍTULO II

LOS FINES DE LA PENA Y LA EJECUCIÓN PENAL

1. LA FUNCIÓN DE LA PENA

Antes de entrar en el tema específico de esta investigación es oportuno hacer algunas reflexiones sobre la función de la pena. Sin embargo, se debe explicar que tal problemática será abordada de forma concisa porque consideramos que las cuestiones alrededor del tema de la pena tienen una extensión tan enorme que, si nos propusiéramos sumergirnos en ellas, difícilmente conseguiríamos aproximarnos al punto analizado en este trabajo que es la libertad condicional como elemento de reinserción social.

El Derecho penal, según JESCHECK y WEINGEND¹⁸⁶, posee un significado fundamental como ordenamiento pacificador y protector de las relaciones sociales. La misión del Derecho penal sería por ello la protección de la convivencia de las personas en sociedad. De forma similar, MORILLAS CUEVA afirma que la razón de ser de la pena reside sólo en su necesidad para la preservación del ordenamiento jurídico como condición básica para la coexistencia de las personas en comunidad. Sin la pena el Derecho dejaría de ser un ordenamiento coactivo para igualarse a las normas puramente éticas. De esta manera, la pena pertenece a toda la comunidad y, formada de acuerdo con límites jurídicos, es también expresión del poder estatal¹⁸⁷.

Para FERRAJOLI¹⁸⁸, la pena trata de aplicar una sanción, como consecuencia jurídica, ante la realización de un hecho delictivo. Para el ordenamiento jurídico penal, la pena es la consecuencia jurídica del delito que siempre le ha acompañado, pudiendo considerarse la respuesta estatal más típica¹⁸⁹. La pena es un encargo que soporta el individuo por haber violado alguno de los bienes jurídicos del ordenamiento penal. De modo que la pena es una privación que se impone al sujeto, porque se hace necesario a partir del momento en que éste viola los derechos protegidos por el Estado, en beneficio del bien de todos los miembros del cuerpo social.

¹⁸⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEINGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Olmedo Cardenete, 5ª ed., Editorial Comares, Granada, 2002, p. 02.

¹⁸⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Curso de derecho penal español, Parte general*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 22.

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1997, p. 36.

¹⁸⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis y otros, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Praxis, Barcelona, 1996, p. 277.

El jurista brasileño NUCCI¹⁹⁰, define la pena como la "*Sanción impuesta por el Estado, a través de la acción penal, al criminal, cuya finalidad es la retribución del delito perpetrado y la prevención de nuevos crímenes*". De otra parte, la moderna doctrina española traza un concepto material de pena. DÍAZ ROCA, por ejemplo, afirma que "*La pena supone privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal*"¹⁹¹.

El problema de la función de la pena jurídica se proyecta en diferentes aspectos. Desde una perspectiva sociológica, interesa saber cuál es la función que efectivamente desempeña la pena jurídica en un determinado sistema social. Desde el prisma de la Dogmática jurídica se trata de investigar qué función se atribuye a la pena en el Derecho vigente¹⁹². Señala de forma acertada SANZ MULAS que a la diferencia de los otros segmentos del Derecho donde los fundamentos de la sanción se explican dentro de la propia norma que la prevé, en el Derecho penal el fundamento y fin de la pena no puede resolverse de forma satisfactoria buscando apenas la ley positiva, sino que se deben evaluar los límites dogmáticos de la cuestión y respaldarse también en el campo de la filosofía jurídica¹⁹³. La función que se estipula para la pena depende de los compromisos asumidos por cada Estado, existiendo así una vinculación valorativa entre ambos, llevando a la conclusión de que, en último término, la función de la pena debe reposar en los principios fundamentales de la Constitución de cada país¹⁹⁴.

Las teorías sobre la pena y su legitimación, surgidas a lo largo de la historia, han avanzado siguiendo básicamente dos grandes vertientes: la abolicionista y la justificacionista. Los defensores de la vía abolicionista contestan toda posibilidad de legitimación de la pena, lo que como consecuencia propone la abolición del propio Derecho penal. Las teorías de la justificación comprenden la pena como un mal necesario y menor para generar el bien de la mayoría, revistiendo la existencia de la sanción penal de utilidad pública.

Las tendencias abolicionistas en la actualidad cuentan con pocos partidarios, sin embargo tuvo importante aceptación prácticamente en toda la década de ochenta y

¹⁹⁰ NUCCI, Guilherme, *Manual de Direito Penal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 359 (La traducción fue realizada por la autora de esta investigación).

¹⁹¹ DÍAZ ROCA, Rafael, *Derecho penal general (ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 266.

¹⁹² MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 7ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2004, p. 53.

¹⁹³ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., p.37.

¹⁹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal*, ob. cit., p. 52.

principios de los años noventa, especialmente en Latinoamérica¹⁹⁵. El abolicionismo parte de la premisa de que existen otros sistemas de control mucho más idóneos que el sistema penal para solventar los conflictos de derechos en la sociedad. Ante las altas tasas de reincidencia y criminalidad los seguidores del abolicionismo penal atestan el fracaso del Derecho criminal y denuncian el carácter desigual de la formación de los tipos penales basados en intereses de clases¹⁹⁶.

Por cierto, aunque la criminalidad exista y aumente incluso en formas nuevas no previstas por la ley, el sistema penal continuará siendo por mucho tiempo ineludible para la preservación del orden en cualquier sociedad. No se puede sostener que el Derecho Penal deje de existir porque no cumple la totalidad de sus funciones delegadas por el Estado. Para FERRAJOLI¹⁹⁷, esto sería tan absurdo como defender que no debe existir la idea de Democracia, porque en un determinado país la democracia todavía no se ha desarrollado perfectamente.

A pesar de resultar insostenible frente a la realidad social de grandes problemas generados por la criminalidad violenta y organizada, el abolicionismo ha traído como punto positivo la posibilidad de estimular a los estudiosos y operadores del Derecho Penal a mantener una actitud más atenta ante el sistema de normas vigentes, sus deficiencias y su forma de ejecución. Sus constantes críticas impulsaron cambios en la legislación, las políticas criminales y en la actuación del poder judicial dando como resultado la búsqueda de una sociedad más igualitaria.

Por lo tanto, suprimidas las opciones abolicionistas, parece existir cierta conformidad en el ámbito penal al menos en afirmar que la justificación de la pena consiste esencialmente en su necesidad para preservar la estabilidad social¹⁹⁸. El Derecho penal es la *ultima ratio* a la que tiene que acudir la sociedad para aspirar a conservar sus reglas de convivencia y la pena privativa de libertad, la última alternativa

¹⁹⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Nociones de Política Criminal*, CISE- Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, p. 44.

¹⁹⁶ El autor abolicionista con más prestigio en España es, sin duda, Hulsman, que propone la opción abolicionista no como utopía, sino, en su visión, “una necesidad lógica, una gestión realista y una demanda de justicia”. En sus estudios, las críticas al sistema penal pueden ser resumidas en tres conclusiones básicas: 1. El sistema penal no resuelve los problemas de la criminalidad porque las tasas de delincuencia y reincidencia continúan altas a pesar de la aplicación de las penas; 2. El sistema penal causa más violencia porque estigmatiza a todos aquellos que entran en el mundo carcelario, los cuales ya demuestran un primero grado de marginalización por pertenecer a los estratos más bajos de la población; y 3. El sistema penal se apropia del conflicto entre agresor y víctima, frustrando la posibilidad de una solución más pacífica y satisfactoria para ambas partes (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Nociones de Política Criminal*, ob. cit., p. 44).

¹⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p.42.

¹⁹⁸ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Curso de derecho penal español, Parte general*, ob. cit., p. 93.

para los casos más graves. En este sentido, QUINTERO OLIVARES¹⁹⁹ ha considerado la pena como un torpe remedio, porque indudablemente no se ha encontrado otro mejor para realizar la imposición de prohibiciones cuya observancia se considera absolutamente imprescindible para salvaguardar el orden social.

JAKOBS²⁰⁰, desde su perspectiva funcionalista, cercana a las ideas retribucionistas, concibe la pena como la necesidad de vigencia de la norma, como la reacción ante la desobediencia a una norma. En consecuencia, la pena se presenta y se justifica como confirmación de la realidad de las normas. DÍEZ RIPOLLÉS²⁰¹ entiende que el fundamento de la pena constituye un conjunto sistemático de decisiones político-criminales, que proyectan justificarse en motivos utilitarios, impidiendo los daños o peligros más serios a los bienes jurídicos esenciales, y se legitima por la necesidad de mantener el orden social básico. Para ROXIN²⁰², la pena estará justificada solamente cuando el comportamiento prohibido perjudique de forma intolerable la coexistencia, libre y pacífica, de los ciudadanos y no haya otros métodos jurídicos o político-sociales menos radicales para aplacar las prácticas delictivas.

Para MORILLAS CUEVA²⁰³ la justificación de la pena debe partir de su necesidad. El Catedrático de la Universidad de Granada afirma que la pena constituye un instrumento inevitable para mantener la seguridad social, viabilizando así la tolerancia entre los sujetos de una sociedad. Estas son puntualmente las dos vertientes que él expone en una meritoria observación:

(...) en el principio de necesidad de pena se advierte dos niveles: el de la conminación abstracta (estática) y el de la conminación concreta (dinámica). Desde el punto de vista estático, la justificación de la pena coincide totalmente con lo que se viene diciendo: se justifica por su necesidad como medio social indispensable para mantener las condiciones de vida mínimas para la convivencia de las personas en sociedad, a través de la prevención —general—, y enlaza, además de exigirlos con el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal. Desde el punto de vista dinámico, se justifica, asimismo, en la necesidad para los fines de prevención —general y especial— pero convergente como fundamento con la culpabilidad. En

¹⁹⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros, *Manual de derecho penal, parte general*, 2ª ed. rev. amp., Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, p. 34.

²⁰⁰ JACKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 43.

²⁰¹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*, Trad. Luiz Regis Prado, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 92.

²⁰² ROXIN, Claus, *Política Criminal e sistema jurídico penal*, Trad. Luís Grecco, Editorial Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 51.

²⁰³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Derecho penal, parte general – fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal*, Ley penal, Editorial Dykinson S. L., Madrid, 2004, p. 94.

resumen, y como una primera aproximación que luego será complementada, la pena se justifica por su necesidad para la protección de bienes jurídicos a través de la prevención antes indicada y se fundamenta en la culpabilidad y en la necesidad. No se nos escapa que, a *sensu contrario*, toda pena no necesaria debe dejar de ser pena.

Otra cuestión de significativa importancia para el Derecho penal es saber cuál es el fin de la pena. Sobre este aspecto, hay en los grupos doctrinarios una pluralidad de interpretaciones y conceptos que, muchas veces, son contrarios y paradójicos. Investigar la finalidad de la pena es tema universal, que atraviesa el centro de las grandes teorías jurídicas, filosóficas, sociológicas y políticas desde hace siglos.

Aunque la doctrina penal tenga diversas perspectivas sobre la sanción y la justificación del Derecho penal haya sido satisfactoria de forma parcial en todas ellas, en razón de una clasificación escolástica perfeccionada por los criminalistas del pasado siglo²⁰⁴ estas doctrinas pueden clasificarse en dos grandes grupos: las teorías absolutas o represivas y las relativas, también llamadas de finalistas o utilitarias.

Las dos ideologías básicas que más se han desarrollado son respectivamente de retribución y prevención. Las teorías absolutas miran al pasado y a los hechos cometidos y buscan la retribución del mal como una compensación por la infracción jurídica ocasionada. Las teorías relativas, por su parte, vislumbran el futuro, intentando que la pena pueda evitar la práctica de nuevos delitos. A partir de estas discusiones surgieron, con sus múltiples ramificaciones, las teorías mixtas o eclécticas como un intento de conciliar las dos grandes vertientes presentadas anteriormente.

La pena ha sustituido históricamente a la venganza, no con el fin de satisfacerla mejor, sino como forma de impedir reacciones de carácter vengativo. La pena tiene, así, la función de impedir futuros delitos y castigos injustos, siendo el Derecho Penal la negación de la venganza. Por lo tanto, desde nuestro punto de vista, la finalidad retributiva debe ser absolutamente rechazada. La pena no debe existir con el fin de repetir el mal causado por los delitos, aunque dentro de un planteamiento subsidiario. Es más: el fundamento político de la sanción penal debe estar siempre respaldado por el respeto a los derechos fundamentales tanto de los infractores como de los no infractores.

Desde esta perspectiva tampoco nos parece coherente aceptar las propuestas desarrolladas por las teorías mixtas. Entendemos que el intento de acomodar en una

²⁰⁴ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., p. 37.

misma proposición aspectos de las corrientes absolutas y las corrientes relativas, tan distintas entre sí, lleva a una posición contradictoria, porque mientras las posturas de retribución miran al pasado y buscan la reproducción del mal como compensación, las posturas de prevención ponen sus expectativas en el futuro, evitando nuevos delitos²⁰⁵. En nuestra opinión, retribución y prevención son insostenibles dentro de una misma concepción para la finalidad de la pena.

A la luz de un Derecho penal legitimado a partir de necesidades sociales y cuya función es tutelar bienes jurídicos, partimos de la premisa de que la pena sólo tendrá sentido en términos preventivos²⁰⁶. El Derecho Penal es un medio de resolución de los conflictos sociales. Junto al Derecho Penal, para resolver estos conflictos se encuentran las demás ramas del Derecho, además de las otras instituciones sociales²⁰⁷. Lo que justifica su diferenciada intervención es la prevención de los daños o peligro de lesión a bienes fundamentales y la prevención de la violencia abusiva. Es papel del Derecho Penal, por medio de la pena, tanto prevenir delitos, que se identifican como ofensas a bienes legalmente protegidos, como prevenir una acción salvaje contra la persona que ha cometido el delito²⁰⁸. Indudablemente, la naturaleza de la pena debe ser esencialmente preventiva y en este sentido, las finalidades preventivas concretan el parámetro más razonable para el establecimiento de una relación entre delito y sanción, posibilitando la elaboración de un criterio de proporcionalidad entre ambos.

2. LA FINALIDAD PREVENTIVA DE LA PENA

Las teorías relativas aseguran que la pena se justifica como forma de evitar la incidencia de otras infracciones penales. Divergiendo de las corrientes absolutas, las teorías relativas buscan fines fuera de la propia norma implicados en evitar la ejecución de nuevos hechos delictivos, bien por los miembros de una comunidad, bien por aquel individuo que ya haya delinquido²⁰⁹. Así, la pena no posee un fin en sí mismo, como afirman los retribucionistas, sino que representa un medio para la obtención de un fin

²⁰⁵ TELES, Ney Moura, *Direito Penal I, Parte Geral*, Vol. I, Atlas, São Paulo, 2004, p. 128.

²⁰⁶ MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 315.

²⁰⁷ OLMEDO CARDENETE, Miguel y ARAÚJO NETO, Félix, *Introducción al Derecho Penal*, ARA Editores, Lima, 2007, p. 27.

²⁰⁸ REALE JR., Miguel Reale, *Instituições de Direito Penal, parte geral*, Vol. II, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 88.

²⁰⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, ob. cit., p. 65.

(*poena relata ad effectum*). Hay sanción para que no haya crimen (*punitur ne peccetur*). De modo que la pena, además de ser necesaria, asume también la condición de ser socialmente útil, porque pacifica a la sociedad, evitando que se cometan futuros delitos²¹⁰. Sobre el tema, Ferrajoli afirma en su Teoría del Derecho Penal Garantista que el Derecho Penal asume los encargos de prevención general de los delitos y prevención general de las penas arbitrarias²¹¹.

No cabe duda que el Derecho penal tiene como misión primordial reducir el número de los delitos cometidos en una perspectiva de defensa de la sociedad y los particulares. Bajo la óptica relativista, para alcanzar la consecución de esta tarea estabilizadora de la sociedad debe hacerlo de la única manera que le es viable: anticipándose a la ejecución de los hechos delictivos por medio de una actividad de prevención.

Las teorías relativas asumen, en el aspecto doctrinal, dos corrientes: la prevención general y la prevención especial. La prevención general actuaría sobre la comunidad y la prevención especial operaría sobre el sujeto concreto que ya ha delinquido. La prevención general es, consecuentemente, la intimidación dirigida a todo el cuerpo social a través de la posibilidad concreta de penalización. La prevención especial es la actuación sobre el delincuente, para evitar que, después de haber cumplido la pena con sus consecuencias particulares, practique nuevos hechos ilícitos. Sin embargo, todas estas clasificaciones están fundadas en las ideas humanitarias consagradas por el movimiento de la Ilustración que, centrando su atención en el hombre, considera la pena un medio para educar ciudadanos con comportamientos desviados de la normalidad social.

2.1. TEORÍAS PREVENTIVO-GENERALES

La concepción clásica de la prevención general ha sido entendida como la prevención de los comportamientos socialmente indeseables a través de la amenaza de una sanción penal. Para la teoría de la prevención general, la finalidad de la pena es

²¹⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pp.21-22.

²¹¹ FERRAJOLI, Luigi, *O Direito como sistema de garantias*, en OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de, *O novo em Direito e Política*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, pp. 89-90.

desaconsejar, indistintamente, a todos los miembros de la sociedad²¹², que perpetren futuros delitos. Para ÁLVAREZ GARCÍA²¹³, ello sólo podrá hacerse mediante la intimidación penal dirigida a todos los posibles infractores de la norma, a todos los destinatarios de la misma. Es importante mencionar que las teorías de la prevención general son concebidas actualmente desde dos perspectivas distintas.

2.1.1 PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

La primera perspectiva se refiere a la prevención general negativa. Esta inhibición del crimen debe producirse por la existencia, en abstracto, de una previa conminación legal, que previene delitos a través de la intimidación de la colectividad. De acuerdo con esta percepción, FOUCAULT²¹⁴ afirma que en las ceremonias de suplicio, el personaje principal fue siempre la población que asistía a todo el proceso. La ejecución de la pena tenía que ser pública para que el espectáculo de la pena generase el miedo a delinquir y ser punido con la misma severidad. Con la prevención por intimidación existía la esperanza de, por medio de la sanción, poder convencer a los individuos con inclinaciones a la práctica criminal de comportarse de acuerdo con el Derecho.

La llamada prevención general negativa queda así integrada por una intimidación social y colectiva, a través de la amenaza penal, para que los ciudadanos se abstengan de delinquir²¹⁵. La prevención general negativa tiene lugar mediante la intimidación que el mal que la pena simboliza proyecta sobre la conciencia de los miembros de la sociedad evitando la aparición de los posibles delincuentes que puedan surgir de la colectividad²¹⁶. Más concretamente para MORILLAS CUEVA la prevención general negativa es *"la incidencia sobre la comunidad que, a través de la*

²¹² Roxin afirma que "la pena debe, sin embargo, actuar no específicamente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general" (ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura del delito*, Thompson Civitas, Madrid, 2006, p. 89).

²¹³ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 116.

²¹⁴ FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*, Trad. de Raquel Ramallete, Vozes, Petrópolis, p. 49.

²¹⁵ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Introducción*, 6ªed., Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 25.

²¹⁶ ABEL SOUTO, Miguel, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Editorial Dilex S. L., Madrid, 2006, p. 35.

*amenaza y la ejecución de la pena, aprende a respetar las prohibiciones legales y es intimidada para que se abstenga de infringirlas*²¹⁷.

El pensamiento de prevención encuentra su origen en la filosofía griega y es utilizado por pensadores distinguidos como Beccaria, Bentham y Feurbach en su orientación preventivo-general negativa o intimidatoria. La pena aplicada al autor de la infracción penal tiende a reflejarse en la sociedad, facilitando así, que las demás personas duden antes de practicar cualquier infracción penal. Con la prevención por intimidación existe la esperanza de que los miembros de la sociedad con inclinaciones para la práctica de crímenes puedan ser persuadidos, a través de la sanción previamente anunciada, a comportarse en conformidad con el Derecho²¹⁸.

El análisis de la obra de Beccaria, en primer lugar, a través de procedimientos hermenéuticos, conduce a tres grandes convergencias: delito, punición y prevención del crimen. Buscando una buena forma de convivencia social en que se mantenga la paz y la seguridad de los individuos unidos por un pacto social, Beccaria ha construido un sistema legal capaz de evitar hechos considerados perjudiciales para la vida en comunidad. El medio encontrado fue la punición de actos que pongan en riesgo la paz social. Así, la punición asume dos funciones preponderantes: la de retribución de un mal a aquel que ha cometido un delito, y por tanto, un daño al orden social y, a la vez, envía un mensaje al resto del grupo para que se abstenga de cometer delitos²¹⁹.

Para Beccaria, el derecho de punir pertenece a todos los ciudadanos, expreso por la suma de las voluntades particulares de estos individuos, representados por el soberano a quien compete respetar y hacer cumplir las leyes penales basadas en la necesidad de defender el depósito de seguridad pública de la usurpación del particular²²⁰. El Derecho penal como forma de evitar la turbación de la paz social trae consigo la consecuencia lógica de que la pena debe tener una utilidad social, no bastando a ésta un carácter meramente retributivo.

Aunque Beccaria no acepte la idea de retribución, ésta está fuertemente ligada al pensamiento iluminista. Según el análisis realizado por el investigador

²¹⁷ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., p. 25.

²¹⁸ GRECO, Rogério, ob. cit., p. 466.

²¹⁹ VIGGIANE BICUDO, Tatiana, *Por que punir? Teoria Geral da Pena*, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, p. 45.

²²⁰ BOBBIO, Norberto; MANTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, *Dicionário de política*, 2ª ed., Editora UnB, Brasília, 1986, p. 278 e ss.

COSTA, en el prefacio a la traducción al portugués de “Dos Delitos e de la Penas”²²¹, la idea de retribución sería subyacente al propio contrato originario. Esto porque cuando, por medio del contrato social, los individuos ceden un mínimo de libertad para vivir con seguridad, por un lado aceptan los crímenes como un mal necesario y, por otro, estando estos comportamientos prohibidos por la ley, aceptan el mal de la pena como retribución prevista por una ley cierta, anterior y precisa.

Un crimen ya cometido, para el cual no hay remedio, sólo puede ser punido por la sociedad política para impedir que otros hombres cometan delitos semejantes con la esperanza de quedar impunes. Una vez perpetrado el delito, la pena debe ser aplicada por un juez competente, representante del Estado, que encuentre en la ley penal su límite de actuación. Para que la pena sea justa, sin embargo, debe tener apenas el grado de rigor necesario para alejar a los hombres del crimen, apartando nuevos daños sociales. Por esta razón, según VIGGIANI BICUDO, Beccaria no está de acuerdo con la pena de muerte o de suplicios, por considerarlas excesivas para la finalidad de prevención de la sanción penal²²².

Para Jeremy Bentham el objetivo general que caracteriza, o al menos debería caracterizar, todas las leyes consiste en aumentar la felicidad global de la colectividad. La ley es una expresión de la voluntad del legislador y tiene como función posibilitar la felicidad del mayor número de personas en una sociedad, lo que se obtendrá por medio de la punición de las actitudes consideradas nocivas, y que por tanto, comprometen el principio de la utilidad de la ley y la armonía general. La prevención general es el fin principal de las penas, las cuales se justifican por su mayor utilidad derivada de la aptitud para ser instrumentos preventivo-generales a través de la amenaza de un mal y su efectiva ejecución²²³. El útil, en términos penales, refleja la seguridad social. Para Bentham, la naturaleza de los hombres es regida por el placer y por el dolor. La existencia de leyes claras y sencillas, formuladas por el poder legislativo soberano, permiten al ciudadano común calcular si es viable dejar de practicar una conducta prohibida para evitar el dolor y obtener la mayor cantidad posible de placer²²⁴.

²²¹ COSTA, José de Faria, *Ler Beccaria hoje: ensaio introdutório à edição portuguesa de Dos Delitos e das Penas*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998, p. 15.

²²² VIGGIANI BICUDO, Tatiana, ob. cit., p. 77-78.

²²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2005, p. 183.

²²⁴ ABEL SOUTO, Miguel, *Teorías de la pena*, ob. cit., p. 38.

En cuanto a Feuerbach, éste sostiene que el fin de la amenaza de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles ofensores, ante violaciones del Derecho. En la primera mitad del siglo XIX, Feuerbach fue el primero en distinguir más objetivamente, en la perspectiva teórica, la diferencia entre prevención especial y general. El jurista alemán formuló su teoría de la prevención general explicando el proceso de conminación legal de la pena como forma de amenaza, de coacción psicológica para evitar que los ciudadanos delincan. El Estado, para anticiparse al delito, debe acudir al aspecto psicológico intimidatorio de la conminación penal. La pena poseería una finalidad disuasoria o coactiva, que desempeñaría un papel de contramotivo decisorio a favor de la ley²²⁵.

Si en el Antiguo Régimen esperaba conseguir principalmente a través de la ejemplaridad de la ejecución del castigo, Feuerbach, considerado el fundador de la moderna ciencia del Derecho penal alemán, vinculó a la ley la función de intimidación de la pena que ha desarrollado su doctrina de prevención general de la llamada "teoría psicológica de la coacción". Feuerbach concebía al delincuente potencial como alguien que había caído en la tentación y su alma sería un campo de batalla entre los motivos que le empujaban hacia el delito y los que se resistían a ello. Sobre este aspecto opinaba que había que provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de contrariedad que hiciesen preponderar los esfuerzos para impedir la comisión de delitos que, de esta manera, pudiesen ejercer una "coacción psíquica" para abstenerse de la violación de las normas penales²²⁶.

El manual de Feuerbach contiene una explicación detallada de esta concepción, presentando tanto una evaluación racionalista como determinista. Según su teoría, todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en el deseo del hombre de satisfacer el placer de cometer hechos delictivos. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber con toda seguridad que su hecho tendrá como consecuencia un mal inevitable, que será más grande que el desagrado surgido por contener el impulso de cometer delitos. Esta doctrina, al intentar prevenir el delito a través de las normas penales, constituye esencialmente una teoría de la amenaza penal²²⁷. Pero constituye, además, una teoría de la necesaria imposición y ejecución de la pena, ya que de esto depende la eficacia de su amenaza. Si la ley debe intimidar a todos los

²²⁵ ABEL SOUTO, Miguel, *Teorías de la pena*, ob. cit., p. 38.

²²⁶ VIGGIANI BICUDO, Tatiana, ob. cit., p. 82.

²²⁷ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a las penas privativas de libertad*, ob. cit., p. 41.

ciudadanos a cumplir las reglas en sociedad, la ejecución de la pena es el elemento determinante para otorgar eficacia a la ley²²⁸.

2.1.2 PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

Incuestionablemente el efecto general-preventivo más difundido entre los adeptos a las teorías relativistas se realiza mediante la intimidación, pero desde hace tiempo ya no es el único elemento implicado, porque cabe la posibilidad de delimitar otro efecto independiente de la amenaza construido a partir de la manifestación de la reprobación social del hecho prohibido, que lleva al fortalecimiento del orden jurídico. Es lo que para un relevante sector de la doctrina se denomina prevención general integradora o positiva.

La prevención general positiva ha surgido como respuesta a la concepción de la prevención general intimidatoria, aspirando a la afirmación positiva del Derecho penal que registra, por medio de la pena, la conciencia social de la norma²²⁹, confirmando la vigencia del sistema legal²³⁰ y fortaleciendo una actitud de respeto por el Derecho, según afirma ARMIN KAUFMANN²³¹. Lo que se manifiesta es que el Derecho penal y la pena no se limitan a efectuar tareas de elusión y lucha, sino que también desempeñan los oficios de construcción y protección²³².

La prevención general positiva o estabilizadora defiende la aplicación de la pena y también garantiza en su ejecución una reafirmación de la eficiencia del Derecho Penal. La fe en la justicia nace al comprobar que la ley verdaderamente se hace efectiva, creando en el inconsciente colectivo una sensación de seguridad.²³³ El autor brasileño QUEIROZ²³⁴ refuerza esta idea señalando que la función de la prevención general positiva es infundir en la conciencia colectiva la necesidad de respetar valores básicos para la estabilidad del Derecho que llevará a la construcción de una verdadera integración social.

²²⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos*, ob. cit., pp. 89-90.

²²⁹ HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 315.

²³⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., p. 57.

²³¹ KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie (Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik)*, Schwartz, Göttingen, 1954. Existe una traducción castellana a cargo de Enrique Bacigalupo Zapater y Ernesto Garzón Valdés con el título "Teoría de las Normas, Fundamentos de la dogmática penal moderna", Depalma, Buenos Aires, 1977.

²³² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*, ADPCP, 1979, p. 675.

²³³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos*, ob. cit., p. 92.

²³⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza, *Funções do direito penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2001, p.40.

Dentro de la línea de prevención general positiva la sanción legal tendrá como función básica restaurar la confianza de los ciudadanos en las instituciones formales y reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma puede traer a la estabilidad del sistema y la integración social²³⁵. Así, la doctrina de la prevención general positiva no busca intimidar al posible delincuente sino afirmar, por medio de la pena, la vigencia general de la norma. Hay un cambio de perspectiva con relación a la pena que pasa a dirigirse no sólo a los eventuales delincuentes, sino a todos los ciudadanos, ya que tiene como objeto reforzar la credibilidad en el sistema penal y proporcionar una actitud de respeto hacia el Derecho.

Según QUEIROZ²³⁶, para los defensores de la prevención integradora o positiva, la pena no se presta a la prevención negativa de los delitos, apartando a aquellos que ya hayan incurrido en ellos. Su propósito va más allá de ello, infundiendo en la consciencia general la necesidad de respeto a determinados valores, ejercitando la fidelidad al Derecho y promoviendo, en un último análisis, la integración social.

La prevención general integradora o positiva se desarrolla por lo tanto, a través de la educación. En realidad, en la prevención general integradora se pueden distinguir a su vez múltiples fines y efectos interdependientes: el efecto del aprendizaje, motivado por una pedagogía social; el ejercicio de la confianza en la justicia penal que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica de forma eficaz y, finalmente, el efecto de pacificación, que tiene lugar cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de que la sanción aplicada debido a la transgresión de la ley da lugar a la solución del conflicto con el autor del delito. La pena asume, de esta forma, la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y, así, reforzar la seguridad de los ciudadanos en la firmeza y poder del Estado. En la actualidad se suele atribuir a este punto de vista un mayor significado que el mero efecto intimidatorio²³⁷.

El destacado representante de la prevención general positiva, WELZEL²³⁸, afirmaba que la tarea más importante desempeñada por el Derecho penal, junto a los

²³⁵ Según MORILLAS CUEVA, "Lo verdaderamente importante desde dicha perspectiva, en la valoración de un comportamiento delictivo y en la adscripción de la responsabilidad penal a un individuo, no es prioritariamente la producción consciente y voluntaria de un hecho lesivo sobre bienes jurídicos, sino el grado de intolerancia funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento positivo" (MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Derecho penal, parte general*, ob. cit., p. 96).

²³⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza, ob. cit., p. 40.

²³⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos*, ob. cit., p.91.

²³⁸ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 127.

otros instrumentos de control social, estaba contenida en su naturaleza positiva y ético-social. La pena aplicada por la institución estatal formaría el juicio ético-social de los ciudadanos y fortificaría su conciencia de fidelidad jurídica permanente al Derecho.

Sin embargo, las manifestaciones preventivo-generales integradoras han ganado más adeptos sobre todo a partir de la singular contribución de JAKOBS²³⁹ y la difusión de las teorías sistémicas, ya que la recuperación de la confianza ciudadana en la vigencia de las normas, cuestionada por la conducta delictiva, redundaría en beneficio del sistema político-social. En su concepto de prevención general positiva, Jakobs substituye el principio de culpabilidad por el de prevención y ratifica que la pena posee esta función preventiva justamente porque le cabe proteger las condiciones de la interacción social, limitando consecuentemente la tendencia al terror penal de la intimidación²⁴⁰.

Originalmente, Jakobs entiende la prevención general no en sentido intimidatorio sino como ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho, pero el elemento de fidelidad jurídica poco a poco va perfeccionándose y perdiendo protagonismo frente al mantenimiento de la confianza en la corrección de la norma. Acaba por concluir que la pena protege las condiciones de interacción social. Así, Jakobs comparte con Welzel la justificación de la fidelidad colectiva basada en el mantenimiento de las normas, pero, a diferencia de su precursor, no supone que la finalidad principal del Derecho penal sea el intento de proteger determinados bienes jurídicos, sino refrendar la función orientadora de las normas²⁴¹.

Según la perspectiva jakobiana de prevención integradora, la pena no debe destinarse a la colectividad como un "grupo de futuros delincuentes potenciales a los que hay que intimidar", sino a todos los ciudadanos, una vez que nadie puede prescindir de interacciones sociales. Todos los miembros de una sociedad deben saber lo que pueden esperar de las normas jurídicas, reafirmando, de esta manera, la confianza en el Derecho. El castigo del infractor favorece que la colectividad aprenda a rechazar el delito como alternativa de comportamiento. Además, para Jakobs, la pena prepara a los individuos para la aceptación de las consecuencias sobre sus hechos, dado que por medio de ella se experimenta la conexión entre conducta y deber de asumir los costes,

²³⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte general*, ob. cit., p. 20.

²⁴⁰ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., p. 68.

²⁴¹ MIR PUIG, Santiago, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 39, Mes 01, 1986, p. 52.

actuando como factor de cohesión y estabilización del ordenamiento²⁴². Con todo, de acuerdo con esta teoría, los efectos se reconducen, en suma, al ejercicio del reconocimiento de la norma que, mientras se desarrolla con relación a todos, se trata de una prevención general positiva y no sólo intimidatoria.

Sin embargo, según BARATTA²⁴³ la teoría jakobiana presenta una visión incompleta de los efectos reales de la pena, restringiéndose a demostrar apenas sus aspectos positivos. Para este autor, Jakobs prioriza la manifestación del delito y su sanción y desprecia el estudio de las causas del conflicto que ha originado la práctica delictiva²⁴⁴. Otra crítica dirigida a Jakobs se da en el sentido de considerar su propósito de influir en la actitud de los ciudadanos frente al Ordenamiento absolutamente intangible. Para sus detractores, con la pena se deben evitar conductas lesivas al bien común y punir las violaciones perpetradas contra los bienes jurídicos protegidos por el Estado. De acuerdo con MIR PUIG²⁴⁵, Jakobs, en una concepción extremadamente juspositivista, amplía demasiado el ámbito de vigencia del Derecho penal favoreciendo muchas veces situaciones de actuación estatal ilegítimas, construidas a partir de la concreta alarma social originada por la opinión pública.

Entre las doctrinas preventivo-generales positivas cabe señalar también la variante limitadora que se funda en una idea restrictiva de la sanción estatal. Siguiendo el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, esta corriente procura solamente aplacar o limitar las consecuencias excesivas de una justificación de la pena basada únicamente en la prevención general intimidatoria. Así, la pena, sin tratar de ir más allá de lo necesario para la intimidación, no dejaría espacio para la desproporción en la aplicación del castigo al individuo que vulnera las normas indispensables al bien común, exigiendo la imposición de penas que respondan a la conciencia social²⁴⁶.

Como defensores de la prevención general positiva limitadora se destacan HASSEMER²⁴⁷, a cuyo juicio la pena protege "la conciencia social de la norma" y MIR

²⁴² JAKOBS, Gunther., *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 12 y ss.

²⁴³ BARATTA, Alessandro, *Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, traducido por Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huertas, en Cuadernos de Política Criminal, n° 24, 1984, p. 537.

²⁴⁴ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., p.64.

²⁴⁵ MIR PUIG, Santiago, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, ob. cit., p. 55.

²⁴⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos*, ob. cit., p. 120.

²⁴⁷ HASSEMER, Winfried, *Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social*, traducido por María Teresa Castiñeira Palou, en MIR PUIG, Santiago (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Servicio de publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, p. 137.

PUIG²⁴⁸, para el que la prevención debe buscar la "afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales". HASSEMER²⁴⁹, en primer lugar, entiende el Derecho penal como un medio de control social formalizado a través de las normas y, consecuentemente, condicionado por éstas en lo que trata de los límites de la intervención punitiva ante los derechos de los individuos. Para MIR PUIG la concepción limitadora de la prevención general positiva es considerada como "*la mejor opción para un Estado democrático*"²⁵⁰ porque intenta garantizar el derecho de punir del Estado sin que tal legitimación exceda los límites y principios de un Estado social y democrático de Derecho²⁵¹. De este modo, percibe el profesor español que al enaltecer principios como el de la necesaria proporcionalidad entre delito y pena, la teoría limitadora respetaría también la autonomía moral de los ciudadanos, siendo por lo tanto más cuidadosa con la individualidad frente al sistema social que sostiene Jakobs²⁵².

A pesar de que la prevención general positiva es vista de forma general como una evolución en varios aspectos si se la compara con las doctrinas relativas estrictamente intimidatorias, autores como Muñoz Conde razonan que estas teorías se ajustan, en último análisis con las variantes más tardías de las teorías absolutas, que habían intentado hacer prevalecer su juicio de la pena como realización de la Justicia, indicando que con ello se alcanza también, como consecuencia del castigo, el fortalecimiento de una consciencia moral en la sociedad. Para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE²⁵³, "*la prevención general positiva es simplemente una actualización del pensamiento retribucionista que sustituye la exigencia de Justicia por la desnuda exigencia funcionalista derivada del orden social vivido*". No obstante las críticas sufridas son modelos que encuentran cada vez más adeptos en todo el mundo.

2.2. TEORÍAS PREVENTIVO-ESPECIALES

La prevención especial no persigue la intimidación del grupo social ni la retribución del hecho practicado, centrándose sólo en aquel individuo que ya ha

²⁴⁸ MIR PUIG, Santiago, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, ob. cit., p. 57.

²⁴⁹ HASSEMER, Winfried, *Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social*, ob. cit., p.140.

²⁵⁰ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, ob. cit., p. 43.

²⁵¹ ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1995, p. 19.

²⁵² SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., p. 68.

²⁵³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et. tal., Lecciones de Derecho penal*, ob. cit., p. 24

delincuente para hacer que éste no vuelva a transgredir normas jurídico-penales²⁵⁴. Así, la prevención especial actúa directamente sobre el autor del delito, durante la fase de ejecución de la pena. Partiendo de una visión utilitaria de la pena, esta corriente orienta su preocupación hacia el futuro y al contrario que la prevención general, centra sus atenciones no en la colectividad, sino en el individuo que necesita ser disciplinado, lo que de acuerdo con LUZÓN PEÑA²⁵⁵ la convierte en una teoría indispensable, como forma de evitar delitos.

Alrededor de esta idea fueron surgiendo, a finales del siglo XIX y principios del XX, escuelas importantes con respecto al tema. La escuela correccionalista, por ejemplo, nació a finales del siglo XIX en Alemania. Giner de los Ríos y Romero Girón son los responsables de la difusión, principalmente en Europa, de la concepción de que el delincuente, como ser que necesita ayuda, debe ser objeto de un tratamiento corrector individualizado, con un amplio arbitrio judicial y sentencia indeterminada.

Sin embargo, la teoría más significativa sobre la prevención especial fue construida por Franz Von Liszt que ha originado un profundo cambio en la configuración del sistema de sanciones del Derecho penal alemán²⁵⁶, presentando una política jurídica orientada de acuerdo con puntos de vista racionales, que relaciona la idea del Derecho con la idea de fin.²⁵⁷ Para LISZT²⁵⁸ “*la pena correcta, o sea, la pena justa, es la pena necesaria. Justicia en el Derecho Penal es la observancia de la medida de la pena exigida a través de la idea de fin*”. Con esta concepción, Von Liszt atesta la necesidad de sumar esfuerzos para mejorar la ejecución de la pena. Consciente de los peligros de una política criminal basada en criterios puramente preventivos, propone una dogmática penal estrictamente objetiva, con la intención de proporcionar una conexión más eficaz entre la finalidad de la pena y el Estado de Derecho²⁵⁹.

En la modernidad, el avance de la prevención especial se debe especialmente a Binding para quien la seguridad social no se consigue por medio de una coacción abstracta, siendo necesario descubrir las causas del delito y examinar la

²⁵⁴ BITTENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, 2ª ed. rev. atual., Editora Saraiva, São Paulo, 2007, p.81.

²⁵⁵ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Universitas, Madrid, 1996, p. 85.

²⁵⁶ JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas, ob. cit., p.78.

²⁵⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, ob. cit., p. 63.

²⁵⁸ LISZT, Franz Von, *La idea del fin en el Derecho penal*, Programa de la Universidad de Marburgo, 1882, Traducción de Carlos Pérez del Valle, Editorial Comares, Granada, 1995, p. 86.

²⁵⁹ JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas, ob. cit., p.79.

voluntad del delincuente²⁶⁰. Así, hay que justificar la pena de acuerdo con el sujeto que delinquirió. En consecuencia, dentro de la prevención especial se pueden vislumbrar dos tipos o modalidades de actuación²⁶¹: la prevención especial negativa y la prevención especial positiva.

2.2.1 PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA

La prevención especial negativa actúa intimidando individualmente al delincuente y ejerciendo la tarea de mantenerle lejos de la comunidad durante el periodo en que aún sea peligroso socialmente. Por la prevención especial negativa existe una neutralización del agente que cometió una infracción penal por medio de su segregación en la cárcel. La retirada momentánea del criminal de la convivencia social le impide practicar nuevas infracciones penales, al menos en la sociedad de la cual fue apartado²⁶².

Según ABEL SOUTO²⁶³, seguir el argumento de la prevención especial negativa significa, en algunos casos, anular derechos y garantías a las personas, porque en la búsqueda de un tratamiento para la corrección definitiva, la duración de la pena puede ser indefinida. Así, a los delincuentes considerados no resocializables se aplicaría una inoquización permanente, como ocurre en la cadena perpetua o restaría todavía la utilización de la pena de muerte como mecanismo eficaz para la eliminación definitiva de cualquier peligro para la sociedad. Estos métodos, obviamente, están en disonancia con la propuesta de un Estado Democrático de Derecho y hacen resurgir el carácter retributivo de la pena²⁶⁴, lo que lleva a descartar la prevención especial negativa como única opción viable para la realidad actual.

2.2.2 PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA

Por otro lado, la prevención especial positiva tiene como objetivo, una vez impuesta la pena, la recuperación del condenado y la promoción de su retorno a la sociedad. La misión de la pena consistiría únicamente en hacer que el autor medite

²⁶⁰ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., p. 71.

²⁶¹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, ob. cit., p. 64.

²⁶² GRECO, Rogério, *Tratado de Direito Penal*, ob. cit., p. 466.

²⁶³ ABEL SOUTO, Miguel, ob. cit., p. 48.

²⁶⁴ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., p. 74.

sobre el crimen, sopesa sus consecuencias y desista de cometer nuevos delitos. Esta teoría se propone proteger el cuerpo social, pero al mismo tiempo ansía ayudar al autor del delito²⁶⁵. En su conocida obra «*De los delitos y de las penas*», BECCÀRIA ya afirmaba que “*el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido*”²⁶⁶. Así, se cree que la pena no sirve sólo como freno, sino que produce un efecto rehabilitador en el condenado, observando comportamientos socialmente aceptados.

Observada la premisa penalista de que la atención dispensada al recluso durante la ejecución de la pena debe tener una función correctora, cabe analizar debidamente algunos términos frecuentemente utilizados. Parte de la doctrina científica ha criticado el uso de las expresiones reeducación y reinserción social, por considerarlas vagas, ambiguas e indeterminadas. Como alternativa algunos autores han propuesto en sus escritos o ponencias vocablos que juzgan más adecuados para la realidad como la «normalización», «repersonalización», «reintegración social» o «resocialización»²⁶⁷. Con independencia del término preferido por cada orientación doctrinaria, todos ellos, de una u otra forma, coinciden en buscar una vida en libertad sin delincuencia.

La finalidad resocializadora de la pena percibe al condenado no como un ser que debe ser eliminado de la sociedad, sino como alguien que sigue formando parte de la misma, aunque esté sometido a un régimen temporal de privación de libertad²⁶⁸. A partir de la voluntad de superar el viejo Derecho del castigo y de la represión, la idea de la resocialización, conducente al tratamiento del delincuente, ha pasado a constituir la alternativa de futuro al Derecho penal clásico²⁶⁹. Instituciones como la condena condicional, la *probation* y la libertad condicional, esta última objeto de estudio de esta investigación, están inspiradas en esta forma de comprender la función de la pena²⁷⁰.

El sentido de la resocialización sólo puede comprenderse vinculado a otro término, la socialización. El proceso de socialización se produce durante el transcurso de la vida de una persona, siendo el resultado de las experiencias por la cual haya

²⁶⁵ ESTEFAM, André, *Direito Penal, Parte Geral*, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, p. 295.

²⁶⁶ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Trad. Francisco Tomás y Valiente, Editorial Aguilar, Madrid, 1969, p. 111.

²⁶⁷ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *Resocialización y semilibertad, Análisis legal, jurisprudencial y criminológico*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010, p. 07, nota 10.

²⁶⁸ BALAGUER SANTAMARÍA, Javier, *Cárcel y Derechos Humanos*, J. M. Bosch Editor S. A, Barcelona, 1992, p. 101.

²⁶⁹ SANZ MULAS, Nieves, *La pena privativa de libertad y sus alternativas*, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo VI, Derecho Penitenciario, Iustel, Madrid, 2010, p. 17.

²⁷⁰ MIR PUIG, Santiago, *Estado, pena y delito*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2006, p. 67.

pasado, los valores que haya absorbido, los acontecimientos socioculturales de su entorno. Todo eso pasa a integrar la personalidad de este individuo. Este conjunto de elementos moldea la forma de ser, actuar e interpretar la realidad cotidiana, la dimensión de sus fracasos y éxitos, su importancia y límites en la vida de otros seres humanos.

A partir de los preceptos individuales se forman las relaciones profesionales, familiares, afectivas e, inevitablemente, se orientan las actitudes y comportamientos en sociedad. Adaptado al contexto sociocultural en el que vive, en conformidad con las reglas de convivencia establecidas por el grupo al que pertenece, el individuo consolida su identidad. El concepto de resocialización, por su parte, propone la adquisición de otros comportamientos y valores, que sustituirán todos o parte de los antiguos, modificando así, total o parcialmente, la percepción anterior sobre el mundo, las relaciones sociales y las personas.

La palabra reeducación, en su significado literal, consiste en educar nuevamente. Esta expresión parte de la perspectiva de que alguien, que ya fue educado anteriormente, y que, por diversas circunstancias, se ha salido del perfil de comportamiento esperado y viable socialmente, debe pasar de nuevo por el proceso de educación. La reeducación se concibe como el intento, a través del tratamiento, con técnicas establecidas para cada caso particular, de restablecer el estado anterior del sujeto. Sin embargo, esta opinión sobre el tema no es unánime, una vez que algunos autores se cuestionan la generalización de esta visión reeducadora para un amplio colectivo de penados, cuando se sabe que hay diversos grupos de penados que no recibieron siquiera una “primera” educación adecuadamente y que hay otros delincuentes que por el tipo de delito cometido no necesitarían reeducación (delitos de “cuello blanco”, ocasionales, contra la seguridad del tráfico, etc.), o que incluso no quieren ser reeducados, como es el caso de algunos terroristas²⁷¹.

En la práctica penitenciaria se parte de la premisa de que todo sujeto que entra en prisión necesita, de una u otra forma, revisar algún valor o comportamiento desviado por causa de su delito. Así, cuando tiene lugar el ingreso en el centro penitenciario, los órganos encargados de preparar el llamado modelo individualizado de intervención para los preventivos y el programa individualizado de tratamiento para los penados, realizan entrevistas y recogen toda la información posible sobre el individuo,

²⁷¹ BLANCO LOZANO, Carlos y TINOCO PASTRANA, Ángel, *Prisión y Resocialización*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, p. 44-45.

sea con la familia o en los documentos oficiales, observando aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional con el fin de trazar un tratamiento adecuado y la aplicación coherente de medidas de ayuda. A partir de un plan bien desarrollado de reeducación se conseguirá alcanzar más fácilmente la reinserción social.

La reinserción, a su vez, significa volver a insertar, incluir nuevamente al individuo en la sociedad. Sería una segunda oportunidad de socialización proporcionada por el Estado, después de corregir determinados fallos en la formación integral del ciudadano que culminaron en la práctica delictuosa. En verdad, toda rehabilitación penitenciaria precisa priorizar dos tipos de intervención: una dirigida al interior de la propia prisión, que busque una relación pacífica del in con el entorno que le rodea (otros internos, educadores y funcionarios) y otra de carácter externo, que atienda y facilite sus correctos vínculos con el mundo exterior.

Durante el tiempo de permanencia en prisión la Administración Penitenciaria debe organizar una serie de medidas que van a cooperar en la consecución de la reinserción social, entre ellas la manutención de los vínculos afectivos del recluso con su entorno social, potencializando al máximo los contactos con el mundo exterior a través de comunicaciones externas con familiares, permisos de salida por méritos del interno (a ejemplo de las visitas a espacios de conocimiento como museos o universidades), la progresión de régimen, con la posibilidad de semilibertad y, en la última etapa, la libertad condicional.

El principal avance en la propuesta de reencuentro entre recluso y comunidad ha sido la iniciativa de abrir las prisiones a la sociedad. La reinserción social no se conseguirá nunca separando al hombre de la sociedad con muros, zanjas o cercas. Los incentivos a la participación y colaboración de instituciones públicas, entidades privadas y organizaciones no gubernamentales pueden colaborar activamente en las actividades formativas, culturales o religiosas o encaminando a los egresos a cursos, trabajo o procedimientos específicos de rehabilitación. De este modo, se garantizan al condenado los derechos, las oportunidades y los medios de perfeccionamiento de la personalidad ofrecidos a todos los ciudadanos indiscriminadamente. Este desarrollo integrado produce una actitud de respeto del recluso por sí mismo y de responsabilidad individual y social mejorando sus relaciones con su familia, los otros individuos y la sociedad en general.

No importa el punto de partida que se tome en el plan de acción teórico, en la práctica, en la ejecución del tratamiento, el interno va a contar con la aplicación de

actividades reeducativas y, simultáneamente, con medidas destinadas a cumplir una función de reintegración actuando en la disminución de las distancias construidas entre individuo y sociedad.

En la rutina de la ejecución penitenciaria, los Equipos de Observación y Tratamiento, formados en su mayoría por profesionales de las ciencias de la conducta, entienden el sistema de incentivos y refuerzos como primordial en la conquista del objetivo resocializador. La reeducación sería un puente para la reinserción social. En este sentido, frecuentemente la obtención de un beneficio con función resocializadora está condicionada al ejercicio de una actividad reeducadora. En los casos de drogadictos, por ejemplo, la participación en los encuentros terapéuticos y programas de deshabituación, con papel reeducador, puede proporcionar en un futuro próximo, en el tiempo recomendado, la concesión de un permiso ordinario de salida para visitar a sus familiares y/o amigos.

Es verdad que dentro de la concepción de prevención especial positiva existen distintas ideas de lo que es la resocialización, desde las que se han denominado "programas máximos", que buscan intervenir en la personalidad del sujeto y conquistar su adhesión interna a los valores éticos presentados por el Estado, hasta los "programas mínimos" que se limitan a conseguir que el individuo sea apto para respetar externamente las normas jurídicas. Sin embargo, pasado el periodo de mayor influencia del correccionalismo²⁷² y de las tendencias expansivas que pretendían con el tratamiento la reforma moral del delincuente²⁷³, se impone actualmente la negación de cualquier tipo de tratamiento desarrollado contra la voluntad del condenado²⁷⁴. La resocialización sólo puede admitirse si se realiza dentro de estrictos límites de respeto a la autonomía del individuo, sin que suponga un recrudescimiento de su condena o la manipulación de su personalidad y conciencia²⁷⁵.

²⁷² El correccionalismo fue una de las vertientes teóricas que más ha profundizado el estudio sobre la transformación cualitativa del penado a través del cumplimiento de la pena, cuyo objetivo final sería apuntar medios a través de los cuales se lograría modificar la actitud interna, la propia voluntad del criminal, para reincorporarle en la sociedad. En este sentido, la pena tendría la función de tutelar, proteger al delincuente, formando parte de una pedagogía correccional (GABRIEL GUIMARÃES, Carlos Alberto, *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2007, ob. cit., p. 201).

²⁷³ RIVERA BEIRAS, Iñaki. (Coord.), *Cárcel y Derechos Humanos, Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, ob. cit., p. 247.

²⁷⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *La supuesta función resocializadora del Derecho penal*, ob. cit., p. 675.

²⁷⁵ MIR PUIG, Santiago, *Estado, pena y delito*, ob. cit., p. 72.

La rehabilitación del condenado deberá obtenerse a través de la educación, el trabajo y el tratamiento de sus problemas de salud física y mental. Con una formación que proporcione al interno las condiciones apropiadas para vivir sin cometer delitos, las prisiones pueden dejar de ser espacios de exclusión para tornarse lugares donde se aprende a respetar los derechos de los demás.

Así, según GRECO, la prevención especial positiva desempeña mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al pretender un programa de ejecución fundado en el entrenamiento social y en un tratamiento del delincuente, viabiliza reformas productivas, aparte de constituirse como una opción viable ante el principio de retribución²⁷⁶. Correctamente delimitados, los principios de reinserción y reeducación configurarían una posibilidad real de fomento de la participación de todos en la vida social, lo que corresponde al ideal soñado por las democracias contemporáneas.

En el caso brasileño, el Artículo 59 del Código Penal, cuando establece los criterios para la aplicación de la pena, dosifica de acuerdo con la necesidad y la suficiencia la *reprobación y prevención* del crimen. Hay, a la vez, intimidación y fortalecimiento del poder del Estado, a través del Derecho Penal, encarcelamiento del condenado y, en la prisión, el intento de resocialización del individuo²⁷⁷.

El empleo del Art. 59 tiene múltiples actuaciones, en diversos momentos de la individualización de la pena. Las circunstancias judiciales previstas en el citado artículo, es decir, culpabilidad, antecedentes, conducta social, personalidad del agente, motivos, circunstancias, consecuencias del crimen y comportamiento de la víctima son utilizadas por primera vez por el legislador en la cuantificación de la pena privativa de libertad, después en la elección del régimen de cumplimiento y por último en la posibilidad de la sustitución de la pena privativa de libertad por penas restrictivas de derechos o multa y otros beneficios como la definición del régimen de cumplimiento de la pena de reclusión (cerrado, parcialmente abierto o abierto) y el *sursis*, que es la suspensión condicional de la pena, por ejemplo.

España, en el artículo 1º de su Constitución, se constituye como un Estado social y democrático de Derecho ratificando valores importantes como la libertad e igualdad del individuo, que junto con la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y demás derechos (art. 10 de la CE.) componen los pilares básicos del orden político y

²⁷⁶ GRECO, Rogério, ob. cit., p.466.

²⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Sousa, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p. 359.

de la paz social. Así, se presume a los poderes públicos el compromiso de prevenir la comisión de prácticas delictivas incidiendo sobre la generalidad, es decir, según BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE²⁷⁸ se requiere constitucionalmente que la prevención general sea uno de los fines perseguidos por la sanción penal. Para MIR PUIG²⁷⁹, un Derecho Penal democrático ha de prevenir no apenas con el temor a la punición, por medio de la amenaza de condena para los supuestos delincuentes, sino también orientando la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo, que sería la prevención general positiva o integradora.

Sin embargo, la legislación española sigue asentándose también en una teoría unitaria de la pena, una vez que intenta conciliar las demandas de proporcionalidad, en razón de la gravedad de la práctica delictiva, y la medida del injusto culpable, con las exigencias de la prevención general y de la prevención especial²⁸⁰. El código penal utiliza tanto la palabra castigo, como ocurre en el Artículo 15²⁸¹, que quedan claros signos de refuerzo de la prevención general y, principalmente, de la prevención especial, abordando la individualización del tratamiento penitenciario y de las medidas de reinserción del condenado en la sociedad.

BUENO ARÚS²⁸² ratifica esta posición cuando expone que el código mantiene una clasificación compleja de las penas privativas de libertad y que las adecua a los principios de culpabilidad y proporcionalidad (retribución). Por otro lado, el miembro del Consejo del Poder Judicial respalda la orientación preventiva que hay en diversas instituciones como las medidas de seguridad, la libertad condicional, la adecuación de la pena a la personalidad del autor y la condena condicional. También de acuerdo con BUENO ARÚS²⁸³, *“Retribucionismo y prevencionismo, en tensión dialéctica permanente en textos legales, obras doctrinales, discursos y congresos internacionales, buscarán hasta nuestros días una síntesis armónica”*.

²⁷⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pág. 37.

²⁷⁹ MIR PUIG, Santiago, *El Derecho Penal en el estado social y democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 38.

²⁸⁰ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., p. 79.

²⁸¹ Artículo 15.1. Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito. 2. Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio (subrayado del autor).

²⁸² BUENO ARÚS, Francisco, *Historia del Derecho Penitenciario Español, Lecciones de Derecho Penitenciario*, Colección Aula Abierta, Ponencias presentadas a las I Jornadas de Derecho Penitenciario, Alcalá de Henares, Facultad de Derecho - ICE, mayo 1984, p. 23.

²⁸³ BUENO ARÚS, Francisco, *Historia del Derecho Penitenciario Español*, ob. cit., p. 24.

La finalidad primordial que la doctrina y la legislación atribuyen a las penas privativas de libertad es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados, sin olvidar las finalidades de advertencia e intimidación que la prevención general reclama y los principios más básicos que la justicia exhorta²⁸⁴. Sobre las finalidades de ejecución de las penas, el apartado número cuatro de los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos, aprobado en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1990 asevera que:

El personal encargado de las cárceles cumplirá con sus obligaciones en cuanto a la custodia de los reclusos y la protección de la sociedad contra el delito de conformidad con los demás objetivos sociales del Estado y con su responsabilidad fundamental de promover el bienestar y el desarrollo de todos los miembros de la sociedad.

Basada también en un modelo resocializador, la LGP de España enumera las finalidades de las instituciones penitenciarias. Como primer fin de la prisión está la prevención especial, o sea, la reeducación y reinserción de los sentenciados con penas y medidas penales privativas de libertad. Sin embargo, según el Tribunal Constitucional Español, también en este ámbito, hay que observar el papel de la prevención general: dar ejemplo con la sanción y desanimar a la sociedad a caer en conductas que transgredan la norma penal²⁸⁵.

La retención y custodia de detenidos, presos y penados actúa como fin complementario al de la preparación para la libertad²⁸⁶. Recluido en el Centro penitenciario el detenido no puede, por regla, seguir con su carrera criminal y estará disponible para el tratamiento penitenciario, concepto que origina varias controversias que serán oportunamente discutidas en un capítulo posterior. Con respeto a los presos preventivos, éstos quedarán a disposición del Estado hasta que la autoridad judicial competente posibilite su liberación.

La última intención de las instituciones penitenciarias es la asistencia y ayuda a favor de presos liberados. Este servicio es una misión de los Trabajadores Sociales que puede ser determinante para un regreso menos traumático del excarcelado.

²⁸⁴ MINISTERIO DEL INTERIOR, *El régimen penitenciario español*, Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2010, pp. 07.

²⁸⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel, QUINTAMAR DIÉZ, Manuel, *Instituciones de derecho penal, parte general*, CESEJ, Madrid, 2004, p. 62.

²⁸⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *El Derecho Penitenciario, Concepto*, en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Tomo VI, Derecho Penitenciario, Iustel, Madrid, 2010, p. 63.

La asistencia penitenciaria material consiste en proporcionar a los internos alimentación, vestuario, instalaciones higiénicas, cuidados sanitarios, que sean necesarios. De forma paralela el Estado debe también prestar una asistencia moral a los encarcelados incentivándoles a que desarrollen sus talentos, se capaciten, estudien o trabajen en otros oficios reforzando, de este modo, su autoestima.

Para los liberados condicionales o definitivamente liberados es vital que se establezcan puentes con sus familias en su regreso al mundo exterior. Aliados en este lento retorno a casa, los permisos de salida reducen las extrañezas iniciales, disminuyen las tensiones y estigmas, fortalecen los vínculos afectivos, preparando, a través de la relación de confianza-recompensa entre individuo y Estado, la readaptación del liberado.

2.3. LA CRISIS DEL IDEAL RESOCIALIZADOR

El pesimismo y la alarma generalizada que afecta a las sociedades modernas ante la constatación del aumento de hechos delictivos ha reclamado el endurecimiento de las leyes penales e incorpora una carga enorme de venganza e indignación, ignorando los principios constitucionales y la legislación vigente, apartando así de las finalidades de la pena la voluntad de reintegrar el individuo que delinquirió. A pesar de la reconocida consonancia teórica con el modelo de Estado social y democrático, el principio resocializador, a consecuencia sobre todo de la insuficiencia de resultados prácticos en la disminución de la criminalidad, ha sufrido duros y constantes cuestionamientos.

La primera crítica a la meta resocializadora es la posible incompatibilidad entre las ideas de educación y represión. En efecto, resulta paradójico pretender educar para la libertad en una situación de encierro que deshumaniza y estigmatiza al individuo²⁸⁷. El fenómeno de la prisionización, la potencialidad criminalizante de la subcultura carcelaria y la desconexión del sistema penitenciario con el resto de la sociedad inhiben considerablemente las posibilidades de un tratamiento rehabilitador eficaz²⁸⁸.

Es indiscutible que la prisión no es el sitio más apto para reeducar a una persona, y seríamos demasiado utópicos si pensáramos que al condenar alguien a una

²⁸⁷ SANZ MULAS, Nieves, *La pena privativa de libertad y sus alternativas*, ob. cit., p. 17.

²⁸⁸ CERVINI, Raúl, *Os processos de descriminalização*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 46.

pena privativa de libertad no estarían igualmente presentes las finalidades de retribución y la intimidación de la prevención general. Es evidente que cuando un penado tiene que cumplir su condena, el periodo de reclusión en la cárcel generalmente tiene efectos bastante negativos pero, desgraciadamente, está claro que en la actualidad los centros penitenciarios son un mal necesario del cual todavía no podemos prescindir.

Así que, es esencial buscar la paulatina minimización del uso de la pena privativa de libertad para los delitos de menor potencial ofensivo, ampliando significativamente las hipótesis de implementación de penas alternativas. Sin embargo, para los casos de mayor gravedad, en los que el encarcelamiento es una medida inevitable, que el periodo de encierro, a través del tratamiento penitenciario, evite al menos los efectos desocializadores de la prisión²⁸⁹.

El segundo argumento corrientemente utilizado en contra la prevención especial es la alegación de que resocialización y diversidad cultural son cosas inconciliables. La construcción de esta idea parte del presupuesto de que al emplear el tratamiento penitenciario el Estado estaría condicionando al individuo a aceptar un tipo unilateral de normalidad, lo que violaría el derecho humano a ser diferente. Los ataques de parte de la doctrina están fundamentalmente centrados en las formas de ser o de conducirse en la vida en prisión y las consecuencias que podrán tener en la evaluación de la buena conducta un comportamiento no considerado común.

Las críticas, sin embargo, no prosperan. De las leyes orgánicas y normas reglamentares mencionadas hasta aquí se trasluce que con el cumplimiento de la pena de encierro se persiguen fines de prevención especial positiva, esto es, que intentan prevenir el delito actuando de modo positivo sobre el individuo infractor²⁹⁰, postura asumida también por una doctrina penitenciaria que considera que la aludida resocialización del penado se limita a que éste respete la ley penal y se abstenga de cometer delitos en el futuro. Con el tratamiento, lo que se pretende es que el penado no

²⁸⁹ LOIZAGA ARNAIZ, José María, *Dificultades y necesidades de las personas presas para facilitar su salida*, en Servicios Sociales y Cárcel: Alternativas a la actual cultura punitiva, Editora Salhaketa, Vitoria-Gasteiz, 2005, p. 210.

²⁹⁰ Sobre las teorías legitimadoras de la pena, RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria, Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, 2ª ed. actualizada, Vol. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp. 03-50; BOMBINI, Gabriel, *Poder Judicial y cárceles en la Argentina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 101-114; AA. VV., *Manual de Derecho Penitenciario*, coord. Berdugo Gómez de la Torre- Zúñiga Rodríguez, Universidad de Salamanca- Colex, Madrid, 2001, pp. 24-34, entre otros.

vuelva a delinquir y no viole los valores de los demás, aunque no haga suyos esos valores²⁹¹.

Por lo tanto, la resocialización no tiene como misión lograr excelentes internos, sino procurar, en la medida de lo posible, “personas medianamente calificadas para la libertad”²⁹². Por otro lado, es deber de la Administración Pública proporcionar las condiciones necesarias para que el individuo pueda replantearse sus actitudes, percibir otras oportunidades y, principalmente, no salga de la prisión peor que cuando fue encerrado. El éxito de dicho proceso dependerá de una serie de factores humanos y materiales con los que no siempre se cuenta, y por sobre todo, porque se trabaja con el hombre dependiendo mayormente de su disposición individual y coyuntura social para alcanzar el objetivo buscado. No debemos olvidarnos que el tratamiento penitenciario es voluntario y para un mejor pronóstico de superación será relevante la cooperación del individuo, puesto que si hay un mínimo atisbo de coerción, “no podría hablarse de un tratamiento, sino a lo sumo de un adiestramiento”²⁹³.

El Estado no puede imponer un determinado sistema de valores respaldándose en la excusa de resocializar el condenado, ya que de esta forma infringiría el derecho del interno al desarrollo integral de su personalidad. Se trata de un derecho fundamental del delincuente que no puede ser vulnerado, exactamente como ocurre con el derecho a la igualdad, la dignidad y la seguridad jurídica. Dicho de otro modo, la recusa del penado a colaborar con el tratamiento no puede tener como consecuencia sanción disciplinaria alguna, así como su aceptación no deberá ser premiada con otros beneficios que no formen parte del propio proceso terapéutico. Para RENART GARCÍA²⁹⁴ en un Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, la incriminación o restricción de derechos o beneficios sólo debería actuar sobre hechos concretos.

Otro gran problema teórico radica en el hecho de que no toda persona que comete un delito tendría necesariamente que ser resocializada, como por ejemplo, los

²⁹¹ Marino Barbero Santos enseñaba que “socializar no significa otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que pretende repudiar”, citado por FERNANDÉZ GARCÍA, Julio, en AA. VV., *Manual de Derecho Penitenciario*, ob. cit., p.132. En su tiempo, ya se expresaba en ese sentido el Marqués de Beccaria en su clásico *Tratado de los delitos y de las penas* (Trad. Juan A. de las Casas, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 1998, p. 55).

²⁹² HADDAD, Jorge, *Derecho Penitenciario*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 197.

²⁹³ RODRÍGUEZ ALONSO, Antonio, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 3ª ed., Comares, Granada, 2003, p. 131.

²⁹⁴ RENART GARCÍA, Felipe, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico (Adaptada a la L.0.7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas)*, Edisofer S. L., Madrid, 2003, p.111.

delincuentes ocasionales, aquellos que cometen delitos relacionados con vehículos automotores o el caso de criminales de cuello blanco, que en principio, ya estarían completamente integrados a las normas sociales vigentes²⁹⁵.

Para los delincuentes que teóricamente no necesiten resocialización, por el carácter ocasional de su delito o porque ya formen parte de forma integrada del cuerpo social, el cumplimiento de la pena continúa siendo recomendable, una vez que impone al infractor una actitud de sumisión ante las normas y el temor a ser penado en caso de cometer otros crímenes. Aunque la pena simbolice la interiorización por parte del individuo del miedo a una nueva condena, al tener como objetivo solamente alejarlo de las prácticas delictivas, sin buscar que se interioricen valores morales, acaba por conferir a la vertiente resocializadora un grado mayor de legitimación y eficacia de las funciones estatales²⁹⁶.

Obviamente, no existen tratamientos eficaces genéricos para todos los delincuentes, sino que hay que ver qué efectos tiene un determinado tratamiento para un tipo concreto de delincuentes, así como el tipo de control que debe ser ejercido sobre ellos. Según el Programa de Marburgo de Von Liszt la pena justa es la pena necesaria y en consecuencia la forma de tratamiento debe ser individualizada. En el caso del delincuente ocasional, la pena debe plantearse de modo que constituya un recuerdo para el excarcelado digno de hacerlo desistir de otras prácticas criminales en el futuro. En cuanto a los delincuentes no ocasionales, pero corregibles, la pena debe perseguir la corrección y la resocialización. Para los delincuentes habituales incorregibles la función de la pena es la de inocuización, en el sentido de controlarlos para evitar otros delitos²⁹⁷.

La llamada crisis de la resocialización destaca como uno de los puntos más frágiles del ideal reformador la imposibilidad de resocializar a personas que nunca estuvieron incluidas realmente en la sociedad. En este planteamiento se alega que no hay programas adecuados y suficientes para que los anteriormente marginalizados regresen a sus respectivas comunidades con verdaderas oportunidades de crecimiento personal y profesional. El tema planteado por los críticos tiene su razón de ser, una vez que dentro de la estructura de exclusión social que el sistema capitalista impone, la mayoría de las personas que pueblan las prisiones pertenecen a los sectores más perjudicados tanto económico-social como culturalmente.

²⁹⁵ GABRIEL GUIMARÃES, Carlos Alberto, ob. cit., p. 198.

²⁹⁶ GABRIEL GUIMARÃES, Carlos Alberto, ob. cit., p. 200.

²⁹⁷ BLANCO LOZANO, Carlos y TINOCO PASTRANA, Ángel, *Prisión y Resocialización*, ob. cit., p. 44-45.

Es esencialmente relevante observar que como consecuencia de las desigualdades sociales presentes en la mayoría de los países, un gran porcentaje de los delincuentes pertenece a las clases más pobres de la población, constituyendo un grupo ya marginalizado, a quien se negaron las condiciones inherentes a la propia socialización. La masa carcelaria está formada en gran parte por personas carentes de los derechos más básicos como educación, habitación y salud. En resumen, se puede afirmar que en la cárcel se encuentra a gran escala el resultado de los fracasos de la sociedad²⁹⁸.

La vida criminal es consecuencia de un historial de negaciones desde la infancia hasta llegar a la fase adulta. Sin cambios en la base formadora de la ciudadanía, las oportunidades nunca llegarán. Incluso, en los países más desarrollados se ofrecen pocas plazas de trabajo a los internos y no hay cursos de capacitación suficientes para la totalidad de los encarcelados. Pero es importante resaltar que este problema está directamente vinculado a la crisis del Estado de bienestar que ha generado la eliminación de una parte importante de los recursos económicos que habrían ayudado a llevar a cabo una política carcelaria efectivamente resocializadora²⁹⁹.

No se pueden lograr resultados satisfactorios sin una infraestructura adecuada, y este suele ser otro problema asociado a la ineficacia del tratamiento. Los centros penitenciarios deben contar con los recursos y medios suficientes para desempeñar las distintas actividades adecuadas a cada tipo de tratamiento, así como disponer de funcionarios competentes para recibir y orientar a los reclusos en las diversas fases del cumplimiento de la pena como psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales, criminólogos, etc.³⁰⁰ La inversión exagerada en la seguridad “visible”, que permite una estabilización temporal de los niveles de tensión social, ha restringido doblemente los gastos en la formación del individuo. En primer lugar cuando no consigue construir una sociedad sin tantas desigualdades y después ante la falta de programas de rehabilitación que posibiliten al que ya está cumpliendo su sentencia el inicio de una nueva vida digna.

No es justo hablar de fracaso de los métodos resocializadores si, de hecho, nunca fueron implementados con los suficientes recursos económicos, materiales y

²⁹⁸ MIR PUIG, Santiago, *Estado, pena y delito*, ob. cit., p. 72.

²⁹⁹ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., p. 191.

³⁰⁰ RODRIGUÉZ GÓMEZ, Carmen, *El cumplimiento efectivo de las penas y el papel del tratamiento penitenciario*, en DÍAZ SANTOS, María Rosario Diego, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura y FABIAN CAPARRÓS, Eduardo A., *Conflicto Social y Sistema Penal, Diez estudios sobre la actual reforma*, Editorial Colex, Madrid, 1996, pp.70-71.

humanos. En realidad, las políticas públicas aplicadas para combatir el delito no se preocupan por la inclusión de los presos. Se adoptan aquellas medidas más fáciles y populistas para contener la sed de justicia de la población y que implican más castigo y segregación. En consecuencia, se crea un círculo vicioso de cárcel, exclusión y reincidencia que estigmatiza no sólo al detenido, sino a toda su familia y entorno social³⁰¹. Las autoridades competentes deben comprender que no se puede realizar una resocialización dirigida únicamente al delincuente, olvidando a la sociedad donde ha sido concebido y a donde retornará. Por todo eso, se vuelve urgente y vital resocializar a esta sociedad que también tiene, aunque de forma indirecta, su parte de culpa en el fracaso de la reinserción social de los penados.³⁰²

Es forzoso afirmar que el gran problema de las altas tasas de reincidencia y el descrédito de los programas resocializadores reside en la forma en que éstos son ejecutados. Solamente cuando las normas relativas a la ejecución penal tengan una real aplicación en los establecimientos penitenciarios conseguiremos analizar el grado de eficacia de las medidas de reeducación y reinserción. Por ahora, las dificultades estructurales de implementación de cualquier programa serio, por escasez de recursos, falta de políticas públicas adecuadas o simplemente desinterés político por aquellos que ya fueron descartados por la sociedad, principalmente en Brasil³⁰³, inviabilizan una evaluación más próxima de la verdad.

Precisamente, la resocialización consiste en un concepto extremadamente polémico, pero no superado. Los razonamientos expuestos anteriormente merecen atención, pero no para que se abandone el ideal resocializador, sino para aplicarlo de la forma más apropiada. Las cárceles permanecen como un mal necesario y, a pesar de la innegable crisis por la que pasan las penas privativas de libertad, éstas todavía seguirán formando parte del sistema sancionatorio por un largo periodo de tiempo³⁰⁴.

³⁰¹ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política Criminal y Prevención del Delito: El denotado restablecimiento de la pena de prisión en España o la construcción del delincuente/enemigo*, en *Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, Editora Comares, Granada, 2009, p. 187.

³⁰²MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade- seu fundamento e âmbito*, Universidad de Coimbra, Coimbra, 1982, p.151.

³⁰³ En Brasil, se puede responsabilizar casi que totalmente el propio Estado por el fracaso del ideal resocializador. Teóricamente, el sistema de cumplimiento de la pena comprende los siguientes grados: 1) El régimen cerrado, en centros penitenciarios de seguridad máxima o mediana; 2) El régimen semiabierto, en colonias agrícolas o industriales, con menor rigor penitenciario; 3) El régimen abierto, en las casas de albergados y 4) La libertad condicional. Por falta de la construcción de colonias y albergues, muchas veces al cumplir parte de la pena, el condenado salta de un grado a otro, cuando no estaría todavía preparado y, no raras veces, vuelve a delinquir.

³⁰⁴MINISTERIO DEL INTERIOR, *El régimen penitenciario español*, Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2010, pp. 06-07.

Pese las evaluaciones negativas recibidas por algunos sectores sociales y científicos, es cierto que la idea de resocialización ha permitido que instituciones penales y penitenciarias abandonen la retribución pura en beneficio de medios que reducen los efectos desocializadores de la cárcel evitando el renacimiento del paradigma retributivo-intimidatorio. A pesar de todas sus insuficiencias, reivindicar las contribuciones de la idea resocializadora sigue siendo una apuesta viable siempre que, dentro de metas definidas, sean tenidas en cuenta las estructuras sociales y se intervenga en las desigualdades socioeconómicas.

La resocialización es una meta que no se puede dejar de buscar, una vez que representa la única configuración compatible con un Derecho penal mínimo, garantizador de derechos humanos³⁰⁵. La crítica a la ideología de la resocialización no puede hacer retroceder el discurso de los derechos de los reclusos, porque las personas presas continúan a tener necesidades reales y derechos inalienables, independientemente del éxito o del fracaso de la prisión en términos de reducción de reincidencia³⁰⁶. De este modo se hace urgente e imperativo construir nuevos parámetros y metas dentro del propósito resocializador, que sólo justifica la intervención penal como consecución de una actitud de respeto a valores sociales esenciales y a la protección del bien común.

Es inevitable encarar el hecho de que la reclusión nunca constituirá un bien necesario para el delincuente. Con vistas a evitar los efectos que revierten la socialización de la cárcel, la resocialización es la asistencia que el condenado admite voluntariamente para su ulterior reinserción social³⁰⁷. La consideración debida por el hecho de ser persona, cualquiera que sea el delito cometido, debe presidir toda la actuación de la ejecución penal. Si se olvida este hecho, resulta falaz manifestar un esfuerzo serio y responsable de búsqueda de efectiva y normal reincorporación del delincuente, que no ha dejado de pertenecer a la sociedad, aunque, por el crimen, se encuentre limitado en su participación. Simplemente aislando a estas personas no se garantizará el orden social, ya que, un día, gran parte de ellos volverá al seno de su comunidad.

La verdadera reincorporación a la libertad pasa por el perfeccionamiento socio-cultural del condenado, mientras esté en aquella condición. Allí, voluntariamente,

³⁰⁵ PRADO, Luis Regis, *Comentários ao Código Penal: doutrina e jurisprudência selecionada*, 3ª ed. ref. atual. y amp., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 82.

³⁰⁶ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria, Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p.277.

³⁰⁷ MIR PUIG, Santiago, *Estado, pena y delito*, ob. cit., p. 76.

debería recibir orientación para eventuales carencias educacionales, entrenamiento profesional y condicionamientos elementales para la vida en una sociedad abierta. Es necesario comprender que la oportunidad de reinserción del condenado deberá estar decididamente orientada a una preparación, desde su llegada a la penitenciaría. Cuando sea libre, debería tener a su disposición una amplia y eficaz infraestructura para que materialmente se realice todo lo que formalmente le fue transmitido.

3. EL CONFLICTO ENTRE PREVENCIÓN GENERAL Y PREVENCIÓN ESPECIAL

El modelo jurídico-político de un Estado debe reflejar, esencialmente, los valores y las prioridades de la sociedad a la que se destina. Así, el sistema criminal se crea a partir de una opción de política criminal materializada en una estructura punitiva compleja. En un Estado Democrático el Derecho Penal no se reduce a la simple defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delincuentes³⁰⁸. Existe una evidente conexión entre los dos tipos de la teoría relativa. De formas diferentes y complementarias, la prevención general y la prevención especial legitiman conjuntamente la necesidad política del Derecho Penal como tutela de los derechos fundamentales. Para tanto, la lesión o peligro de lesión a un bien fundamental indica el límite mínimo de la pena, y la prevención de penas o violencias arbitrarias, el punto máximo de la intervención estatal.

Así, la pena debe buscar fines exclusivamente preventivos, tanto generales como especiales. La sanción penal debe actuar sobre la colectividad, provocando su conciencia jurídica y mostrándole las consecuencias de la violación de las normas punibles. Sin embargo, la pena debe estar ordenada también con vistas a que el penado no vuelva a delinquir³⁰⁹. De esa manera, interviniendo de forma subsidiaria y equilibrada en sus dos fines, el Derecho penal será capaz de garantizar la paz social sin olvidar la protección de los derechos del delincuente, que al fin y al cabo, forma parte en el cuerpo social³¹⁰.

³⁰⁸ VITAL DE ALMEIDA, Ricardo, *O Júri no Brasil, Aspectos Constitucionais, soberania e democracia social, equívocos propositais e verdades contestáveis*, EDIJUR, São Paulo, 2005, p.98.

³⁰⁹ ROXIN, Claus, *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Octubre de 2012, p. 09 (<http://www.indret.com>).

³¹⁰ MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p.308.

La prevención general positiva y la prevención especial asumen de esta forma, un papel central, a partir del cual deberán ser construidos los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y responsabilidad. En las palabras de ROXIN, “*esta concepción de la pena orientada a la prevención en un doble sentido experimenta una limitación decisiva, dado que, según mi opinión y la absolutamente dominante en Alemania, toda pena encuentra su límite en la culpabilidad del autor*”³¹¹. La culpabilidad configurará, en este ámbito, desde luego, la característica incuestionable de la finalidad preventiva³¹².

Para estas teorías la legitimación de la pena depende del beneficio de un fin relativo, cambiante y circunstancial como es el fin útil de evitar la comisión de delitos. Este fin puede ser perseguido por la pena en cuanto que la misma es apta para cumplir funciones de prevención general y de prevención especial³¹³. Los dos tipos de prevención general son, en el fondo, aspectos correlativos y ordenados de una misma realidad.

En definitiva, la prevención general que intimida a la colectividad a no cometer delitos, también acaba por reforzar la confianza de los ciudadanos en la autoridad del Estado. En este sentido, lo que nunca se puede olvidar es aplicar la proporcionalidad de la respuesta penal de acuerdo con la gravedad del hecho delictivo, sin cometer excesos o dejar que la alarma social convierta a los delincuentes en personas reiteradamente marginadas³¹⁴.

La prevención especial, por otro lado, intenta prevenir los delitos por medio de la actuación sobre la persona del delincuente³¹⁵, desarrollando su labor sobre el autor en tres dimensiones distintas. Para el delincuente considerado irrecuperable, la pena de encierro se destina a volverlo inofensivo y a neutralizar los peligros que éste represente para la comunidad. Para el delincuente ocasional, pero socialmente integrado, la pena supone una advertencia intimidatoria para que no cometa nuevos delitos. Por fin, para aquel individuo con necesidad de corrección, a través de su resocialización durante la

³¹¹ ROXIN, Claus, *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Octubre de 2012, p. 09 (<http://www.indret.com>).

³¹² MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, ob. cit., p.312.

³¹³ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, ob. cit., p. 77.

³¹⁴ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., p.69.

³¹⁵ DÍAZ-SANTOS, María Del Rosario Diego, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Coordinadores), *Conflicto social y Sistema Penal, Diez estudios sobre la actual reforma*, ob. cit., p.62.

ejecución de la pena, el objetivo de la sanción penal es la reinserción del condenado al medio social del que fue temporalmente apartado³¹⁶.

Sobre el tema, DEMETRIO CRESPO³¹⁷ asevera incluso que según parte de la doctrina, las tres funciones preventivo-especiales de la pena deben relacionarse a partir de una construcción jerárquica en el momento de aplicar la sanción penal. Así, el fin de defensa o protección de la sociedad frente al autor sólo se utilizaría como última opción, considerando la existencia de una tendencia natural a maximizar la respuesta punitiva y exceder el límite de la pena, sin la correspondiente adecuación a la culpabilidad del reo. Igualmente, el método resocializador sólo debería ser tomado en consideración cuando la intimidación de la pena no es suficiente para evitar que el autor cometa nuevos delitos. Discrepando de esta postura, el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Castilla-La Mancha entiende que la relación mencionada debería alterarse en el sentido de situar la maximización de la resocialización(o no desocialización) del reo en el primer nivel de análisis.

Dentro de los desafíos enfrentados por el Derecho Penal contemporáneo está la cuestión fundamental de resolver el conflicto existente entre la prevención general y la prevención especial, o dicho de otro modo, el conflicto entre seguridad y libertad, equilibrando las reivindicaciones de la población, los derechos y garantías de los que delinquieron y las influencias socio-culturales que están implicadas en este escenario de prioridades individuales y colectivas manifestado en la presencia del Estado soberano.

Es tarea del Derecho Penal, tanto en el aspecto Dogmático como en lo que se refiere a la Política Criminal, conciliar control y protección de derechos, valores particulares y de bien común, considerar costes y beneficios³¹⁸ en el momento de la intervención estatal en la libertad de los ciudadanos. Como un instrumento de revisión y dirección social, la incidencia del Derecho Penal en la sociedad empieza por determinar qué comportamientos deben ser exigidos o evitados, para terminar con las consecuencias estigmatizadoras de la sanción penal, siendo todo este proceso desarrollado dentro del marco constitucional³¹⁹.

En las últimas décadas se observa en todo el mundo una tendencia retributiva creciente con la consecuente tipificación de diversas conductas y el

³¹⁶ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, ob. cit., p. 64.

³¹⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, ob. cit., p. 64.

³¹⁸ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, *Política Criminal*, ob. cit., p. 59.

³¹⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, ob. cit., p. 52.

recrudescimiento de las penas ya existentes. A pesar del consenso sobre los efectos desocializadores de la prisión y la convicción sobre la profundidad de las marcas de exclusión social dejadas en el condenado y su familia por el periodo de confinamiento, la pena privativa de libertad aplicada como regla vuelve al centro de las discusiones sirviendo de aparente solución para contener la violencia. La confianza en el principio resocializador dentro de los modelos penitenciarios, piedra basal de todas las prácticas en la ejecución penal a lo largo de los siglos XIX y XX, a partir de los años ochenta, de forma general, empezó a entrar en decadencia en diversos países. Las tres últimas décadas desconstruyeron gran parte de los supuestos alcanzados desde la Ilustración.

El incremento de la criminalidad y la escasez de resultados prácticos en la meta de resocialización de los encarcelados crearon en las sociedades una reacción de indignación y descrédito ante los ideales garantistas³²⁰. La sensación de impunidad e de inseguridad ciudadana ha despertado una necesidad social de represión dura, poniendo en crisis al propio Derecho penal y sus principios, fundados en ideales humanitarios, característicos de un Estado Democrático de Derecho.

En su investigación sobre la cultura del control, GARLAND apunta algunos indicadores del cambio de percepciones de la sociedad hacia el crimen y la formación del propósito colectivo de reclamar la sustitución de los métodos preventivos por represión. El primer punto abordado por el autor es precisamente el declive del ideal de la rehabilitación. En verdad se ha producido un debilitamiento de las intervenciones de justicia penal con la reducción de gastos y medidas de tratamiento en la ejecución penitenciaria. Los tratamientos se concentran en los casos de individuos muy peligrosos, a ejemplo de los agresores sexuales, ofensores violentos o drogodependientes. Como en estos casos la función del Estado es punir, incapacitar para futuros delitos y controlar el riesgo, poco a poco la intención de reintegrar es apartada de los objetivos más urgentes de las instituciones penitenciarias. El objetivo inmediato ya no es mejorar al delincuente o desarrollar su capacidad de discernimiento, sino reducir el delito y proteger a la colectividad. Así, el preso considerado común, ordinario, queda olvidado en la cárcel, sin tratamiento, a la espera de que su condena se extinga³²¹. El mundo contemporáneo,

³²⁰ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., p. 167.

³²¹ GARLAND, David, *La cultura del control, Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Traducción de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa Editorial, 2001, p.41-47.

considerado “civilizado”, ha perdido el sentido de comunidad y el autocontrol parece transformarse fácilmente en indiferencia moral³²².

Al mismo tiempo que la pretensión de recuperación del individuo se viene abajo, resurgen las acciones punitivas de “justicia expresiva” como objetivo político generalizado. El discurso de detener la inseguridad ciudadana se hace presente en partidos de derecha e izquierda. La exposición de una legitimidad retributiva, de fácil aceptación pública, con aprobación de leyes draconianas y medidas paliativas de contención de los índices de violencia aumenta la certidumbre popular de que es mejor encarcelar más y comprender menos.

Disimulada en este nuevo modelo de actuación contra el crimen, se encuentra una redefinición de las obligaciones del Estado, reduciendo su papel social y económico para ampliar la intervención penal, debilitando así la antigua concepción de un Estado de bienestar. Se está sustituyendo un modelo basado en garantías mínimas para todos los ciudadanos por un derecho penal maximalista destinado a combatir las consecuencias generadas por el individualismo de la globalización neoliberal y su inevitable crisis. En la medida en que hay menos participación estatal en las cuestiones sociales y económicas, se ofrece una prestación punitiva más dura, lo que con certeza, ayuda a encubrir las responsabilidades políticas y jurídicas que caben al capitalismo.

De acuerdo con MIRANDA RODRIGUES, “*El aumento de la demanda de seguridad relativiza la demanda de la igualdad. (...) La seguridad-estrictamente definida en términos físicos y no en términos de vida (salarial, social, médica, educativa, etc.)- emerge como prioridad de la acción pública*”³²³. Ante este cuadro, la política criminal queda reducida a una mera política de control de riesgos y cualquier invocación de la finalidad resocializadora o de respeto a derechos y libertades fundamentales parece ingenua o superada. Actualmente, los intereses de los delincuentes, cuando se mencionan, son concebidos como algo contrario a los derechos de la comunidad. Si es necesario recortar derechos de los delincuentes y someterlos a

³²² PRATT, John, *Castigo y civilización, Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*, Gedisa, Barcelona, 2006, p. 23.

³²³ MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *Consensualismo y prisión: nuevos desafíos*, en ARROYO ZAPATERO, Luis A. y BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE, Ignacio (Directores), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos (in memoriam)*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha y Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 371.

mayores restricciones para no exponer al público a un mayor riesgo, el sentido común hoy en día recomienda optar por una mayor seguridad³²⁴.

DURKHEIM³²⁵ advierte que detrás de la concepción del castigo como instrumento calculado para el control racional de las conductas desviadas concurren emociones irracionales, irreflexivas, conducidas por un sentimiento de lo sagrado, en este caso, la seguridad de los lugares públicos, y su profanación. De este modo, Durkheim concluye que el alma del *jus puniendi* está compuesta por la pasión y la venganza que será siempre la principal motivación presente en los actos punitivos. Este sentimiento apasionado de venganza que indudablemente pertenece al corazón humano se ve estimulado también por el temor suscitado en la colectividad a que se repita el hecho delictivo sobre ellos mismos y sobre las personas más cercanas³²⁶.

La prisión, antes utilizada como la última alternativa penal, segrega ahora a individuos supuestamente peligrosos para proteger la seguridad pública³²⁷. La idea de neutralización del sujeto peligroso tiende a predominar sobre la idea de culpabilidad por el hecho y al delincuente se le castiga por su personalidad, su perfil o grupo, la población o conjunto a que pertenece³²⁸. En este contexto, el método de prognosis de la peligrosidad ignora el análisis psicológico concreto y ya no es más importante conocer al individuo o saber lo que le llevó a cometer el delito a efectos de una futura corrección. Ya no se cree que los delincuentes puedan ser recuperados por la sociedad ni tampoco hay disposición para desarrollar políticas públicas en este sentido. La solución es apartar a los criminales y aumentar las penas para que éstos se vuelvan inofensivos por la edad, la enfermedad u otro motivo equivalente³²⁹.

Sustituida la culpabilidad por la peligrosidad, al Estado resta la gestión de riesgos de reincidencia que tiene como uno de sus reflejos el aumento de reglas

³²⁴ GARLAND, David, *La cultura del control, Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, ob. cit., p. 294.

³²⁵ DURKHEIM, Emile, *La división del trabajo social*, Editora Colofón, México, 1993, pp. 43-47.

³²⁶ DURKHEIM, Emile, *La división del trabajo social*, ob. cit., p. 48.

³²⁷ Garland afirma que el sistema que se está desarrollando en los Estados Unidos se parece mucho al gulag soviético, con una serie de campos de trabajo y prisiones instaladas por todo el país, manteniendo reclusas a las clases y grupos raciales que se han vuelto política o económicamente problemáticos (GARLAND, David, *La cultura del control, Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, ob. cit p. 291).

³²⁸ ACALE SANCHÉZ, María, *Medición de la Respuesta Punitiva y el Estado de Derecho, Especial Referencia al Tratamiento Penológico del Delincuente Imputable Peligroso*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010, p. 204.

³²⁹ CAMPDERRICH BRAVO, Ramón, *Nota crítica sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal español*, Disponible en la página web: <http://www.suscripcionesmientrastanto.org>. Acceso en 26/01/2013.

preventivas de intimidación para la regulación del espacio público³³⁰. Más recientemente se ha extendido este control a los individuos que presuntamente cometen desórdenes públicos, o sea, que interfieren en la tranquilidad o en la calidad de vida de los residentes más acomodados. Se trata de más un instrumento jurídico más para excluir a aquellos que no son deseados por este Estado individualista que se agiganta ante nuestros ojos. Y es que el arresto por desorden público puede abarcar desde un sin techo que incomode a los vecinos hasta comportamientos, no necesariamente violentos, que se produzcan durante huelgas, manifestaciones políticas u otros actos colectivos que sean interpretados como una amenaza a la paz social o al propio Estado, debilitando en algunos casos el derecho fundamental a la libertad de expresión³³¹.

Simultáneamente, se restringen los supuestos legales de aplicación de ciertas medidas de flexibilización de la pena de prisión, a ejemplo de la libertad condicional, aquí investigada, o se adapta su configuración a un control prolongado del individuo. Los beneficiarios de estas medidas resocializadoras son presentados, muchas veces a través de un discurso oficial nada camuflado, como individuos culpables, peligrosos y que necesitan de vigilancia intensiva para no provocar nuevos daños sociales. La importancia del trabajo social que estas alternativas ofrecen y la oportunidad de reinserción del delincuente son absolutamente minimizadas.

4. LA NUEVA RELACIÓN ENTRE ESTADO Y DELINCUENTE: EL PRESO COMO ENEMIGO

Es importante tener en cuenta que esta política represiva de leyes de Mano Dura se fortaleció, bajo la forma de un pánico general importado de los Estados Unidos, sobre todo después de los atentados de 11 de Septiembre de 2001, justificada como lucha contra el terrorismo. Para MIRANDA RODRIGUES el hecho de que el terrorismo sea una especie de criminalidad que genera daños de inmensas proporciones facilita el discurso del recrudecimiento de las penas, la reducción de garantías en el proceso legal y la reafirmación de la actividad punitiva como algo irreconciliable con

³³⁰ MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *Globalização, Democracia e Crime*, II Congresso de Processo Penal- Memórias, Edições Almedina, Coimbra, 2006, p.37.

³³¹ CAMPDERRICH BRAVO, Ramón, *Nota crítica sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal español*, Disponible en la página web: <http://www.suscripcionesmientrastanto.org>. Acceso en 26/01/2013.

los derechos humanos³³². Sin embargo, con esta concepción también se promueve un falso sentimiento de que la amenaza viene del exterior, del otro, cuando en realidad el terrorista fue fabricado por esta sociedad global de desigualdades socioeconómicas y dominación del más frágil creada e incentivada diariamente por el neoliberalismo.

Las prácticas conocidas como de “Tolerancia Cero” defienden la contención de los niveles de inseguridad ciudadana a través de la intensificación del control policial, no raras veces utilizándose de una severa violencia institucional. Inspirada por la teoría de las ventanas rotas, de origen americana, la idea creciente en este siglo XXI es que los altos índices de criminalidad tienen su causa en la impunidad de las pequeñas faltas (la ruptura de una ventana), lo que serviría de estímulo para cometer grandes delitos³³³. Así, criminalizando estas faltas menores se rompería la cadena de progresión de crímenes. Sobre el mensaje de la tesis de “las ventanas rotas”, la Profesora ZUÑIGA RODRIGUÉZ³³⁴ afirma que:

La tesis de “las ventanas rotas” se ha impuesto: la mejor forma de luchar contra las grandes patologías criminales consiste en perseguir con severidad los pequeños desórdenes cotidianos. Ello permite el abandono del análisis de los factores condicionales, de tipo económico, familiar, social, para poner el acento en el individuo criminal, culpable de no haber cumplido “el sueño americano” de salir de la pobreza. La responsabilidad social se traslada a la responsabilidad individual del autor, propio de sociedades individualistas, insolidarias y donde prevalece el darwinismo social. (...) Debe recordarse que la finalidad resocializadora de la pena se fundamentaba en valores totalmente contrarios: posibilidad de reinserción social porque la criminalidad es una cuestión social (...).

Como reflejo de la discusión acerca de la seguridad pública surge en 1985 el Derecho Penal del Enemigo. La teoría de GUNTER JAKOBS aporta toda la fundamentación necesaria para que políticas como las de Tolerancia Cero se desarrollen aún más y se flexibilicen los términos válidos de la intervención del Derecho Penal en la vida y libertad de las personas³³⁵. Visto como antagónico al Derecho Penal del Ciudadano, el Derecho Penal del Enemigo tiene como finalidad combatir los peligros que amenacen la tranquilidad colectiva. El criminal no es visto como persona, sino como alguien que debe ser eliminado de la convivencia social. La concepción de Jakobs tiene tono de guerra y presupone un constante estado de necesidad o de excepción. Las

³³² MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *Globalização, Democracia e Crime*, ob. cit., p.31.

³³³ BENITO DURÁ, Mauricio, *Sistemas Penitenciarios y Penas Alternativas en Iberoamérica, Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, ob. cit., p.467.

³³⁴ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política Criminal y Prevención del Delito*, ob. cit., pp.179-180.

³³⁵ ESTEFAM, André, *Direito Penal-Parte Geral*, São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 46-47.

amenazas están concentradas en los individuos que reinciden constantemente en la práctica de delitos graves o son terroristas. Como ejemplo de “medidas contra el enemigo” se puede mencionar las prisiones norte-americanas de Guantánamo, en Cuba, y de Abu Ghraib, en Irak, donde se ha practicado, y justificado por las autoridades competentes, la prisión por tiempo indeterminado, además de diversos casos de tortura durante los interrogatorios.

Los postulados del Derecho Penal del Enemigo están basados en la ampliación de la punibilidad por medio de una legislación más combativa y la supresión de garantías propias del proceso penal. En 2004 fue publicado en Alemania el artículo “Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”³³⁶. En el texto el propio JAKOBS asevera que aquel que no respete la ley penal por principio deberá ser tratado como enemigo. Además, afirma que el derecho a la seguridad es legítimo del ciudadano pero no del penado, que será excluido³³⁷.

Las grandes críticas que se hacen al Derecho Penal del Enemigo se refieren a la incertidumbre a la hora de establecer los límites que tendría el Estado para ejercer su *jus puniendi* y el subjetivismo que reside en el concepto de enemigo³³⁸. A pesar de que su principal representante ha profundizado en sus obras en la cuestión de las características y presupuestos de los estados de necesidad y excepción, todavía no contempla claramente el problema de la conciliación de su teoría con principios como el de la presunción de inocencia y la dignidad humana, garantizados en las Constituciones democráticas y en las Convenciones que tratan de derechos humanos. Analizando aspectos de la tortura y los argumentos utilizados para su justificación contra ‘el enemigo’, la Profesora ZUÑIGA RODRIGUÉZ³³⁹ concluye:

³³⁶ JAKOBS, Gunter, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, en: JAKOBS, Gunter, MELIÁ, Manuel Cancio, *Derecho Penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 119-120.

³³⁷ JAKOBS, Gunter, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, ob. cit., pp. 119-120.

³³⁸ En 1943 el destacado penalista y criminólogo Edmund Mezger, colaborador en la redacción de un proyecto de ley sobre el tratamiento de los *Völkfremde* (“extraños a la comunidad”) escribió a propósito de dicho proyecto: “En el futuro habrá dos (o más) ‘Derechos penales’: -un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y -un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión. (...) Una vez que se realice la inclusión, el ‘Derecho especial’ (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas” (CAMPDERRICH BRAVO, Ramón, *Nota crítica sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Código Penal español*, Disponible en la página web: <http://www.suscripcionesmientrastanto.org>. Acceso en 26/01/2013).

³³⁹ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *El tipo penal de la tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional*, ob. cit., p. 81.

El siglo XX y lo que llevamos del XXI nos han dado muestras de que, cada cierto tiempo en algunos países de nuestro propio entorno cultural, se tejen razones para un tratamiento excepcional hacia determinados grupos de personas, fundamentadas en amenazas, peligros, riesgos para nuestra cultura, sociedades o países que pueden ser el caldo de cultivo de una serie de restricciones de derechos en general, y de los malos tratos y las torturas en particular. La vieja doctrina de la seguridad nacional se transmuta constantemente en conceptos como seguridad ciudadana, seguridad de Occidente, seguridad de una determinada etnia, etc. Es frente a esos razonamientos falaces, que finalmente desconocen los derechos de las personas en aras de un supuesto bien común que debemos estar alertas, constantemente despiertos (...).

La actitud maniqueísta de separar a los buenos de los malos se concentra solamente en la represión y termina por eliminar la exigencia de buscar las causas del aumento de la criminalidad, ocultando la percepción exacta de su dimensión y, consecuentemente, dificultando la prevención más adecuada para la mitigación de sus efectos. Falta una visión integral que analice empíricamente las acciones de prevención general y prevención especial, orientadas por la necesidad y eficacia que las medidas podrán tener en el ámbito social.

El primer aspecto para conseguir una estrategia equilibrada de seguridad implica considerar los niveles concretos de violencia y criminalidad de un determinado país. En este punto hay un complicado obstáculo que es la intervención abusiva de los medios de comunicación en asuntos que son estrictamente penales. Muchas veces se torna difícil para la comunidad distinguir la tasa real de criminalidad ante la absurda alarma social provocada por determinadas noticias divulgadas en las emisoras de televisión, radio, periódicos o en Internet, con el pretexto de llevar información al gran público³⁴⁰. Las evidencias acerca de las amenazas que otros plantean tienden a estar basadas en la televisión y en descripciones de la prensa escrita más que en nuestra experiencia personal respecto a ellas³⁴¹. El crimen se ha transformado en un gran espectáculo que alcanza altos índices de audiencia y genera cuantiosos lucros a los empresarios del mundo de la comunicación³⁴².

En este panorama que se vislumbra importan, más que nada, los sentimientos de la víctima y de sus familiares. Las víctimas son involucradas en el proceso judicial actual, desde la denuncia hasta la condena y hay que mantenerlas

³⁴⁰ RODRIGUÉZ GÓMEZ, Carmen, *El cumplimiento efectivo de las penas y el papel del tratamiento penitenciario*, ob. cit., p. 60.

³⁴¹ PRATT, John, ob. cit., p. 24.

³⁴² SANZ MULAS, Nieves, *A Imprensa e o Direito Processual Penal- Juízos Paralelos*, II Congresso de Processo Penal- Memórias, Edições Almedina, Coimbra, 2006, p. 123.

informadas sobre los mínimos pasos dados por el autor del crimen, consultarlas antes de tomar decisiones propias del magistrado³⁴³, son invitadas a manifestar públicamente su ira ante los agresores, están presentes en los pronunciamientos de nuevas leyes o incluso la norma jurídica lleva sus nombres como ocurrió en Brasil con la Ley sobre violencia doméstica³⁴⁴, denominada Ley “*Maria da Penha*” en homenaje a una mujer que sobrevivió a dos intentos homicidas por parte de su esposo. Sin embargo, cuando se presta la más mínima atención a la aplicación de los derechos del delincuente parece una ofensa, una muestra de desprecio por la víctima y el sufrimiento que ha experimentado.

El descrédito en la eficiencia estatal y la presunción difundida del aumento de la criminalidad provocan una reversión del patrón histórico del *Welfare State* que salvaguardaba, entre otras cosas la racionalización de las penas con la observancia de principios como el de humanidad, presunción de inocencia y respeto a los derechos de todos de forma igualitaria. Paulatinamente, la preocupación por el poder arbitrario y la violación de libertades civiles va disminuyendo y garantías como el silencio del acusado, fianza, libertad condicional y la exclusión de la prueba indebida son cuestionadas en nombre de la seguridad. Las políticas públicas pasan a invocar una serie de sentimientos colectivos y, más que prevenir los delitos, se preocupan por controlar los niveles de temor de la población.

La influencia de esta corriente punitivista puede verificarse de forma práctica en el incremento de las tasas de encarcelamiento, acentuación de los casos de concesión prisiones cautelares durante la investigación policial y el proceso criminal, el cumplimiento íntegro de las penas, la concesión más escasa de permisos de salida o de la libertad condicional, prohibiciones de progresión de grado para crímenes de más grave clamor social y, como pasó en España, la extinción del beneficio de redención de la sanción penal por el trabajo. Detrás de estas alteraciones legales late un aliento especial de venganza³⁴⁵ y un cierto anhelo de regreso a los tiempos en los que era

³⁴³ Según Garland, hay incluso algunos estados norteamericanos que permiten a las víctimas hacer recomendaciones al Juez antes que éste dicte la condena y exponer sus puntos de vista ante las juntas de libertad condicional antes de la liberación del delincuente (GARLAND, David, *La cultura del control, Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, ob. cit., p. 295).

³⁴⁴ Ley Orgánica nº. 11340/2006, de 07 de agosto.

³⁴⁵ A juicio de MESSUTI la idea de retribución es inherente a la vida social. Para la autora el concepto de retribución corresponde a la estructura del intercambio, sin el cual la vida en comunidad no existiría. Cada acción da lugar a una reacción proporcional. Socialmente si un comportamiento es calificado como positivo dará lugar a una contraprestación calificada como positiva, al revés si una prestación es negativa tendrá una contraprestación negativa. Así como en la vida social este dar y recibir se suceden armónicamente, en la vida económica y jurídica también lo hacen. El castigo refleja una determinada

posible la imposición de la cadena perpetua y la pena de muerte a los transgresores de la ley penal, prácticas eliminadas hace tiempo de gran parte de las Naciones signatarias de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Los controles formales ejercidos por las agencias de justicia penal estatal parecen rendirse a los controles sociales informales de la sociedad civil. La experiencia del sentido común ha ganado muchas batallas contra el conocimiento y la investigación científica. Sobre esta problemática, GARLAND³⁴⁶ afirma:

Las iniciativas policiales en torno a la preservación de la «calidad de vida» y la «tolerancia cero» parecen revertir la lógica de la aplicación selectiva de la ley o, al menos, definen las prioridades de la actividad policial de una manera radicalmente nueva. Las restricciones impuestas por el gobierno a la disponibilidad de la fianza, el uso repetido de advertencias o la liberación anticipada de los presos, son otras instancias en las que las políticas públicas recientes han revertido la previa inclinación hacia medidas penales de bajo costo y escaso impacto, a menudo en nombre de la seguridad pública o en respuesta a escándalos en los que se achaca a estas medidas la responsabilidad por delitos graves. Estos ejemplos muestran con toda claridad la medida en que el campo está aún marcado por tensiones y contradicciones. La combinación de la reducción del gasto en sectores de la justicia penal que muchos expertos consideran valiosos a largo plazo (programas de rehabilitación para drogodependientes, prevención comunitaria, educación en las prisiones, reubicación habitacional, casas «a mitad de camino», etcétera) y el gasto dispendioso en medidas que son populares entre el público pero cuya efectividad se considera más que dudosa (encarcelamiento masivo, «la guerra contra las drogas», leyes consagrando condenas obligatorias, etcétera) es una fuente continua de tensión entre sectores de la comunidad profesional y las autoridades políticas.

Las consecuencias jurídicas de estos cambios jurídicos y culturales no están tardando en demostrar sus perversas consecuencias. El pavoroso hacinamiento de las prisiones en muchos países sobrepasa todos los límites aceptables que el carácter aflictivo de la pena pueda ofrecer y compromete la concretización de los derechos fundamentales previstos en cualquier Constitución comprometida con la dignidad humana.

Esta exposición del delito y de sus víctimas sólo ha reforzado la formación de una sociedad cada vez más excluyente, etiquetando al criminal y alimentando el discurso del odio, banalizando el uso de la fuerza y de la violación de derechos fundamentales que, de pronto, se muestra absolutamente contraproducente. Investigaciones recientes demuestran que las políticas de “Mano Dura” han generado

simetría de las prestaciones que permite el equilibrio del sistema. Al establecer las normas de comportamiento entre los individuos es necesario respetar esa simetría (MESSUTI, Ana, *El tiempo como pena*, Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 22-23).

³⁴⁶ GARLAND, David, ob. cit., pp.59-60.

más violencia y exclusión sin que se haya conseguido disminuir los números de la criminalidad³⁴⁷.

En Brasil, la aprobación de la Ley Orgánica nº. 8072/1990, del 25 de julio, ha negado durante años la progresión de grados a condenados por crímenes considerados “hediondos”. El Supremo Tribunal Federal, guardián de la Constitución Federal, llamado diversas veces a manifestarse sobre una posible vulneración del derecho a la individualización de la pena (por determinar la Ley el cumplimiento de la condena en régimen integralmente cerrado), negó la existencia de cualquier anormalidad aunque la prisión perpetua esté prohibida y las condenas superen los 100 años de prisión. Sólo en 2007, con una nueva formación de Ministros, el Tribunal consideró la inconstitucionalidad de este punto específico. En España, un primero ejemplo del endurecimiento de la legislación penal como alternativa a la lucha contra el crimen es la Ley Orgánica 7/2003, del 30 de junio, que ha traído medidas de reforma severas para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. En lo que se refiere a los delitos terroristas, sobre todo, cada reforma penal les recorta más derechos a los condenados.

En realidad la “Tolerancia Cero” no es aplicada a todos los tipos de crímenes. Las penas duras se imponen en su gran mayoría a las clases más marginadas de la población, que viven en constante situación de riesgo económico por la falta de educación, habitación, empleo, salud y oportunidades de integración social. El crimen organizado, los jefes del narcotráfico, los dirigentes políticos o los agentes de delitos de “cuello blanco” no han sentido el impacto de esta justicia punitiva, una vez que reciben un tratamiento más blando, con leyes ambiguas que dejan margen a diversas interpretaciones.

Los centros penitenciarios están repletos de agentes de crímenes patrimoniales de pequeño porte o de integrantes de las escalas más bajas del tráfico de

³⁴⁷ En el 4º Anuario del Fórum Brasileño de Seguridad Pública se ha revelado que a pesar de que Brasil ha invertido el doble de lo que estaba previsto anteriormente en seguridad pública, cerca de 42 billones a cada año, los índices de criminalidad han sufrido una discreta disminución. Los índices de homicidios brasileños superan los de países como Irak, Angola y Afganistán (<http://www.exame.abril.com.br>). Lo curioso es que las tasas de encarcelamiento, según el Núcleo de Estudios de la Violencia de la Universidad de São Paulo, en gran parte debido a la entrada en vigor de la Ley de crímenes hediondos, han subido un 112% en la década de 2000-2010 (<http://www.nevusp.org>). La oficina de las Naciones Unidas sobre drogas y crímenes divulgó a finales de 2011 un informe global que ha reunido datos sobre 207 países. El Brasil, por ejemplo, está en tercer lugar en el índice de delitos de homicidios en América Latina con 22,7 asesinatos por grupo de 100.000 habitantes. En Colombia este índice sube a 33,4 y en Venezuela son 49 homicidios por cada 1000.habitantes. Los datos están disponibles en la página web de la Cámara de los Diputados de Brasil (<http://www.camara.leg.br>).

drogas y del crimen organizado³⁴⁸. Una población carcelaria compuesta en su mayoría por jóvenes pobres, desempleados, con baja instrucción, que dependen de los abogados públicos y que en prisión establecerán vínculos personales que acabarán hasta con las más mínimas oportunidades de salir del mundo criminal.

Con tantos procesos y peticiones que juzgar, el Poder Judicial se vuelve lento y tarda en dar las respuestas deseadas por la sociedad y este estado de ineficiencia sólo confirma el sentimiento de falta de fe en la justicia pública. Consecuencia peligrosa de este fracaso en la prestación jurisdiccional es la multiplicación de los cuerpos de seguridad privada y la comercialización del control del delito. Se empieza a permitir una transferencia del *munus estatal* de la seguridad pública a la comunidad. Lo más temible es que el reconocimiento de la seguridad privada como aliada no ha traído consigo una legislación específica y el Estado, que ya no ha cumplido su papel protector, probablemente tampoco ejercerá un control satisfactorio e imprescindible de estas múltiples organizaciones civiles.

Merece la pena registrar las palabras de SANZ MULAS³⁴⁹ cuando afirma que el Derecho penal ha perdido su característica de sistema garante de la libertad del individuo para ser un instrumento de política interior. La Profesora de la Universidad de Salamanca alerta del uso de la ganancia política del legislador en contra del principio de la subsidiariedad. Concluye que este proceso es la consecuencia de la inadecuación estructural de las formas de Estado de Derecho a las funciones del *Welfare State*, aumentada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual, fruto de la crisis del Estado social. En primer lugar una crisis de credibilidad del Derecho estatal y también una crisis de impotencia del Derecho en cuanto a su capacidad de producir reglas armónicas con las nuevas cuestiones generadas por los tiempos en que vivimos.³⁵⁰

El panorama del actual Derecho Penal es nada más que el reflejo de la sociedad que somos. Las manifestaciones de la represión asistemática, alimentada por la venganza son el retrato de la debilidad del Estado de Derecho y los dilemas del propio

³⁴⁸ En Brasil, según el informe del Departamento Penitenciario Nacional – DEPEN, hasta Junio de 2012, el 48% de los presos cumplen pena por algún tipo de crimen contra el patrimonio. Son 256.352 hombres y mujeres encarcelados por sustracción de cosa mueble ajena, con o sin uso de violencia (Disponible en la página web <http://www.portal.mj.gov.br>). En España, hasta Noviembre de 2012, según el Ministerio del Interior, en los delitos practicados de acuerdo con el Código Penal de 1995, 20.788 personas (37%) están condenadas por crimen contra el patrimonio y el orden socioeconómico (<http://www.institucionpenitenciaria.es>).

³⁴⁹ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., p. 168.

³⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Criminalità e globalizzazione*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 10, n.º. 42, Enero-Marzo de 2003, p. 72.

hombre. La sociedad capitalista que genera la delincuencia por medio de la exclusión social, paradójicamente, es la misma que pide castigos más severos.

Para resolver el problema de la criminalidad hay que mantener un equilibrio entre los derechos individuales y los colectivos, entre la prevención general y especial, para que así la intimidación no se sobreponga al principio resocializador y sacrifique derechos humanos. Aunque la pena tenga un poder de amenaza ante los ciudadanos, consideramos que no puede ser un fin autónomo de la sanción penal, es decir, su efecto debe estar en un nivel secundario en relación a la prevención general positiva y de la prevención especial. Hay que asegurar la defensa de la sociedad ante la comisión de delitos violentos, pero se deben igualmente respetar los derechos fundamentales y la dignidad del delincuente intentando ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal. No se puede olvidar que aquellos que cometieron infracciones penales continúan formando parte de la comunidad y no pueden ser simplemente eliminados, aunque sí sometidos a un especial régimen jurídico. Las políticas exclusivamente punitivistas, a pesar de la fuerza adquirida en los últimos tiempos no son la única alternativa.

Es urgente cumplir las legislaciones internas e internacionales que continúan vigentes en los ordenamientos jurídicos y reincorporar al penado a la sociedad sin que eso se entienda como una violación de los derechos de seguridad de la masa social cansada y atemorizada por la violencia. Es ineludible repensar conceptos y buscar los medios legítimos y adecuados de prevenir el crimen sin excluir o violar garantías constitucionales legitimadoras de la democracia. No es cuestión de punir más, sino de punir de forma más productiva para el individuo y la sociedad, porque las políticas de “Tolerancia Cero” no han demostrado su eficacia y son en parte responsables de la superpoblación de las cárceles.

El sistema criminal no puede establecer sus reglas tomando como medida el clamor público o las alianzas políticas. No es posible aprobar normas jurídicas que restrinjan de forma abusiva los derechos humanos y en la fase de ejecución penal volver a preocuparse por la resocialización. Negar garantías internacionales y derechos inherentes al ser humano es otra práctica que no puede servir como justificación para evitar delitos futuros. Alimentar esta concepción de pura retribución presente hoy representa el regreso a un sistema deshumanizado, que desprecia al hombre y su capacidad de transformación. Solamente una construcción establecida sobre bases democráticas y con la prohibición de tratamientos deshumanos a los demandados o condenados puede proporcionar relaciones estables entre Estado y sociedad.

En un Estado Democrático de Derecho, la dignidad de la persona humana debe dirigir toda la construcción del sistema criminal. Dentro de un Estado Constitucional de Derecho, a pesar de que Estado tenga el deber/ poder de aplicar la sanción penal a todo el que incumpla el ordenamiento jurídico-penal y cometa un delito, la pena tiene que respetar los principios limitadores, expresos o no, consagrados en la más importante ley de un país: la Constitución³⁵¹.

La ejecución de la pena privativa de libertad tiene que buscar la reinserción del condenado y para ello el régimen penitenciario utilizará los medios derivados de un tratamiento programado e individualizado. El predominio de los derechos humanos debe estar presente desde la opción del interés jurídico protegido, con la tipificación consiguiente de los comportamientos ilegales, hasta la ejecución de la sanción institucional. La convivencia pacífica entre el concepto de dignidad humana y la fuerza punitiva del Estado solamente será posible dentro de una hermenéutica criminal guiada por ideales humanitarios³⁵².

³⁵¹ GRECO, Rogério, ob. cit., p. 532.

³⁵² GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *Resocialización y Semilibertad*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010, p. 02.

CAPÍTULO III

SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS Y TRATAMIENTO PENITENCIARIO

1. SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Se sabe que las penas, anteriormente, tenían una naturaleza aflictiva, es decir, el cuerpo del delincuente pagaba por el delito que había cometido, a través de las torturas más diversas o hasta con la propia muerte. Durante todo el período de la Edad Media la idea de la pena privativa de la libertad no aparece. La prisión sirvió solamente para la contención y la guardia de los reos preservándoles físicamente hasta el momento en que serían juzgados. Sin embargo, en este tiempo aparecen la prisión del Estado y la prisión eclesiástica. La prisión del Estado se aplicó a los enemigos del rey o de los señores feudales condenados por su oposición política o traición al gobierno. Además de la prisión-custodia existía la prisión temporal o perpetua, que perduraba hasta que el condenado recibía el perdón real³⁵³. La prisión eclesiástica, a su vez, estaba destinada a los clérigos rebeldes y respondía a las ideas de caridad, redención y fraternidad de la iglesia, dando a la internación un sentido de penitencia y de oración. Por vuelta del año 1000 la celda del monasterio de los “clunienses” era como una habitación subterránea, sin puertas ni ventanas, donde se bajaba por escaleras. Tenían que tener luz de modo que los hermanos pecadores pudiesen leer el breviario y los libros sagrados³⁵⁴.

Según informa PIMENTEL³⁵⁵, el esbozo del castigo por confinamiento, que regresa solamente para su modalidad eclesial, tuvo su origen en los monasterios de la Edad Media, como castigo impuesto a los monjes o los clérigos que hubiesen cometido una falta, haciendo que fuesen reclusos en sus celdas para que se dedicasen, en silencio, a la meditación y se arrepintiesen de la falta cometida, proporcionando, así, la reconciliación con Dios.

La prisión canónica era, por tanto, más humana que el régimen secular de muertes y de mutilaciones. El pensamiento cristiano, con algunas diferencias entre el

³⁵³ GARCÍA, Valdés, *Introducción a la penología*, Universidad Compostela, Madrid, 1981, p.72 e ss.

³⁵⁴ BITTENCOURT, César Roberto, *Falência na pena de prisão - causas e alternativas*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p.18.

³⁵⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro, *O crime e a pena na atualidade*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983, p.132.

protestantismo y el catolicismo, ha proporcionado material e ideológicamente los fundamentos para la pena privativa de la libertad. El mal era purificado con la penitencia, de ahí viene el término penitenciaría³⁵⁶. La Iglesia era ya, antes de que fuera aplicada en la sociedad civil, una institución que contenía ciertos puntos que sirvieron para justificar e inspirar la prisión moderna. Innegablemente, el Derecho Canónico, con sus conceptos teológico-morales ha contribuido al surgimiento de la prisión moderna, principalmente con respecto a las ideas sobre la reforma del delincuente.

Durante los siglos XVI y XVII la pobreza se extiende por toda Europa. Contra la multiplicidad de marginales fuera de la sociedad que delinquen para saciar el hambre y la sed, se probaron todo tipo de reacciones criminales pero nada consiguió disminuir la criminalidad. La crisis de las formas feudales de vida y de la economía agrícola ocasionó más desigualdades, más miseria, más crímenes. La pena de muerte ya no era adecuada cuando había que aplicarla a tanta gente. Entonces, se inició un movimiento de construcción de casas organizadas para la corrección.

En Inglaterra, a petición del clero, el Rey autorizó, entre 1550 y 1552, el uso del castillo de Bridwell, en Londres, para recoger a los mendigos, ladrones, ociosos y autores de pequeños delitos, lo que se tomó como ejemplo en toda Europa. Esta idea inspiró la construcción de las primeras detenciones inglesas destinadas a recoger criminales, las *Casas de corrección o bridwells*. La reforma de los delincuentes se daría a través del trabajo y de la fuerte disciplina y buscaba, con la prevención general, desalentar a futuros ciudadanos a vivir en la vagancia. Después de bridwells, en la misma línea de promoción humana por el trabajo, aparecieron a partir de 1697 las primeras *workhouses* como consecuencia de la organización de algunas parroquias de *Bristol*.

Intentando inhibir a la delincuencia de menor potencial dañino, a ejemplo de las casas inglesas, surgieron en Ámsterdam, en el año 1596, las casas de la corrección, que contaban con un programa de reforma para los hombres (*Rasphuis*), en el año de 1597 para las mujeres (*Spinhis*) y en 1600 un establecimiento apropiado para los jóvenes. Para el caso de delitos más serios seguían siendo usadas penas como el exilio, los azotes, la mutilación e incluso la pena de muerte.

A mediados del siglo XVII surge en Europa una obra importante en el campo penitenciario, que traería ideas positivistas, aunque de forma elemental. Se trata

³⁵⁶ BITTENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal*, ob. cit., p.545.

del famoso “Hospicio de San Felipe Neri”, fundado en Florencia, en 1667, por el sacerdote Filippo Franci, que puso en práctica una idea de Hipólito Francine. La institución estaba destinada a la reforma de niños sin hogar. Sin embargo recibió más adelante jóvenes considerados perdidos y difíciles. Con un régimen restringido, basado en la purificación religiosa, la identidad de los internos se mantenía anónima gracias a una capucha que utilizaban en actos colectivos. Las ideas de Filippo Franci ejercieron una gran influencia en el régimen celular adoptado en los siglos siguientes, inspirando también el libro titulado “Reflexiones sobre las detenciones monásticas”, del monje benedictino francés Jean Mabillon, en el cual ya se incluyen los principios y los conceptos que anticipan las ideas de los iluministas en materia criminal como la proporcionalidad de las penas en lo referente a los delitos practicados, acentuando la necesidad de la devolución del individuo a la sociedad³⁵⁷. También es importante resaltar la contribución de Clemente XI (1649-1721) en el proyecto rehabilitador de la “Casa de San Miguel” en Roma, establecida el 14 de noviembre de 1703, ya a comienzos del siglo XVIII. Teniendo como columnas de la institución la educación religiosa y la disciplina, los internos trabajaban juntos durante el día y quedaban aislados por la noche, guardando silencio.

Con el iluminismo y la gran repercusión de las ideas reformadoras de John Howard, de Beccaria y de Bentham, la crisis de los castigos corporales, que no intimidaban ni corregían a nadie, ganó contornos más fuertes. Molesto con las deficiencias presentadas por las detenciones de largo tiempo, John Howard, *sheriff* del condado de Belfast, defendió y tomó la iniciativa de reformar los establecimientos de cumplimiento de la pena privativa de libertad, propagando sus ideales en el libro “El estado de la prisión en Inglaterra y Walles” (1776). Ya en 1764, Beccaria presentaría su obra “De los delitos y de las penas”, con una nueva filosofía criminal. Beccaria propone la consideración de los factores sociales, culturales e institucionales en la prevención del delito y apoya la necesidad de la limitación de poder del Estado principalmente en cuanto al poder punitivo, con leyes simples y claras, que puedan ser accesibles a todos los ciudadanos, de uso rápido y seguro, en los límites dados por el legislador³⁵⁸. Consolidando las ideas de Beccaria, Jeremy Bentham publicó el libro “Teoría de las penas y de las recompensas”. Estas tres obras citadas han tenido influencia decisiva en la revolución del tratamiento criminal en las detenciones, buscando una justicia criminal

³⁵⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, 1958, p.305.

³⁵⁸ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política Criminal*, ob. cit., p.76/77.

transparente, con procesos justos y rápidos, en contraposición al anterior sistema inquisitivo, sin derecho a contradicciones y marcado por las penas crueles perpetradas en la obscuridad de las mazmorras del viejo régimen.

Podemos decir que el castigo por confinamiento, es decir, la privación de la libertad como pena principal, entendida como una necesidad para la convivencia entre los individuos de una sociedad³⁵⁹, fue un avance en la historia triste de las penas.

Los sistemas penitenciarios, en consecuencia, encuentran sus orígenes en el siglo XVIII y, como afirma BITTENCOURT:

Además de los antecedentes inspirados en conceptos más o menos religiosos, un importantísimo antecedente en los establecimientos en Ámsterdam, en los ingleses de Bridwells, y en otras experiencias anteriores importantes de los primeros sistemas penitenciarios, como también señalan el surgimiento de la pena privativa de la libertad, superando el uso de la prisión como simple medio de custodia³⁶⁰.

En la ejecución de las penas privativas de la libertad podemos separar la evolución de tres sistemas penitenciarios: el sistema pensilvánico, el alburniano y el progresivo.

En el sistema pensilvánico o de Philadelphia, también denominado celular o belga, el encarcelado era confinado en su celda, permitiéndosele el ejercicio en un patio circular, totalmente aislado de los demás, (*solitary confinement*) no pudiendo trabajar o recibir visitas, siendo estimulado a arrepentirse a través de la lectura de la Biblia. El proyecto arquitectónico celular servía perfectamente al principio de aislamiento. El contacto con otros encarcelados y el mundo exterior estaba prohibido por todos los medios. La vida en silencio absoluto se resumía en proceder a las prácticas penitenciarias de alimentarse, trabajar y fortificarse a través de la oración. La disciplina institucional se transformaba en una disciplina del autocontrol del cuerpo en busca de la pureza moral. PIMENTEL afirma que:

Este régimen fue iniciado en 1790, en la Walnut Street Jail, una vieja cárcel situada en la calle Walnut, donde reinaba hasta entonces una inmensa aglomeración de criminales. Posteriormente, ese escenario fue transferido a la Eastern Penitenciaría, construida por el famoso arquitecto Edward

³⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 33.

³⁶⁰ BITTENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal (...)*, ob. cit., p.91. [Traducción de la autora]: “Além dos antecedentes inspirados em concepções mais ou menos religiosas, um antecedente importantíssimo nos estabelecimentos de Amsterdã, nos Bridwells ingleses, e em outras experiências antecedentes importantes dos primeiros sistemas penitenciários, como também marcam o nascimento da pena privativa de liberdade, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia”.

Haviland y que significó un progreso notable por su arquitectura y por la manera en que fue ejecutado el sistema penitenciario en su interior.³⁶¹

Este sistema recibió arremetidas críticas, porque más allá de su rigidez distinguida, inhabilitaba la socialización y, por tanto, la reinserción social del condenado, debido a su aislamiento absoluto. Según GRECO³⁶², las críticas al sistema pensilvánico o de Philadelphia hicieron que naciese otro modelo, que fue denominado sistema alburniano, dado que la primera prisión modelo fue construida, en el año 1918, en la ciudad de Alburn, en el Estado de Nueva York, donde se aplicó por primera vez el sistema, bajo dirección de Elam Lynds. Se mantenía el aislamiento nocturno, sin embargo de manera diferente al sistema anterior, es decir, permitiendo el trabajo de los presos, inicialmente, dentro de sus propias celdas y, más adelante, en grupos. Exigía la obediencia del preso. Una de las características principales del sistema alburniano era el silencio absoluto que se imponía a los presos, por separado o en los grupos, razón por la que también ese sistema era conocido como *silent system*.

PIMENTEL señala las imperfecciones del sistema alburniano, alegando lo siguiente:

El punto vulnerable de este sistema era la regla deshumana del silencio. Tenía origen en esa regla la costumbre de los presos de comunicarse con las manos, formando una especie de alfabeto, práctica que hasta hoy se observa en las detenciones de seguridad máxima, donde la disciplina es más rigurosa. Utilizaban, como hasta hoy utilizan, el proceso de hacer señales con golpes en las paredes o en las tuberías de agua o, más actualmente, vaciando los depósitos sanitarios para mantener una comunicación auditiva lo que llaman “boca del buey”. El sistema también fallaba en la prohibición de visitas, incluso de los familiares, en la abolición del ocio y de los ejercicios físicos, así como en la notoria indiferencia respecto a la instrucción y aprendizaje dado a los presos³⁶³.

³⁶¹ PIMENTEL, Manoel Pedro, ob. cit., p.137. “Este regime iniciou-se em 1790, na Walnut Street Jail, uma velha prisão situada na Rua Walnut, na qual reinava até então a mais completa aglomeração de criminosos. Posteriormente, esse regime passou para a Eastern Penitentiary, construída pelo renomado arquiteto Edward Haviland e que significou um notável progresso pela sua arquitetura e pela maneira como foi executado o regime penitenciário em seu interior” [Traducción de la autora].

³⁶² GRECO, Rogério, ob. cit., p. 543.

³⁶³ PIMENTEL, Manoel Pedro, ob. cit., p.138. [Traducido por la autora] “O ponto vulnerável desse sistema era a regra desumana do silêncio. Teria origem nessa regra o costume dos presos se comunicarem com as mãos, formando uma espécie de alfabeto, prática que até hoje se observa nas prisões de segurança máxima, onde a disciplina é mais rígida. Usavam, como até hoje usam, o processo de fazer sinais com batidas nas paredes ou nos canos de água ou, ainda, modernamente, esvaziando a bacia dos sanitários e falando no que chamam “boca do boi”. Falhava também o sistema pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, com abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como uma notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos”.

Para la mayoría de la doctrina el sistema progresivo empezó en Inglaterra, siendo después adoptado en Irlanda. Tomando como base el sistema progresivo inglés, que apareció a principios del siglo XIX, Alexander Maconochie, en esa época capitán de la marina de guerra real, indignado por las condiciones a que fueron sometidos los presos desterrados a la isla de Norfolk, en Australia, utilizó su posición de director para modificar el sistema penitenciario de larga duración, creando un nuevo sistema de cumplimiento de la pena, en el que se pasaba de un régimen más riguroso a uno más flexible, conforme el recluso hubiese cumplido parte de su pena y demostrado cambios significativos de comportamiento, así como buen desempeño en el trabajo, haciéndole merecedor de ciertas ventajas. El sistema debía ser llevado a cabo a través de tres etapas de ejecución de la pena. En la primera etapa, llamada periodo de prueba, el encarcelado era mantenido completamente aislado, de la misma manera que ocurrió ya en el sistema pensilvánico. La segunda etapa permitía el trabajo común, en silencio absoluto, de acuerdo con el ordenado por el sistema alburniano, con el respectivo aislamiento nocturno, “pasando después de un cierto tiempo a las llamadas *casas del trabajo público*, con mayores ventajas”³⁶⁴. El tercer paso consistía en la posibilidad de libertad condicional.

El sistema progresivo irlandés aportó una etapa más a las otras tres mencionadas anteriormente, mejorando el sistema progresivo. Serían cuatro períodos y no tres. El primer paso a cumplir incluía el aislamiento continuo; el segundo exigía el aislamiento nocturno, con trabajo y educación durante el día; el tercer paso sería la semilibertad, cuando se permitiría al condenado trabajar fuera de la penitenciaría, en los establecimientos especiales, regresando por la noche; el último paso del entrenamiento sería la libertad condicional. LYRA afirma que:

El sistema irlandés de Walter Crofton (1857) concilia los anteriores, basándose en la segregación absoluta en el primer período, y la emancipación gradual, según los resultados de la enmienda. En esta conformidad, se suceden los demás períodos- el segundo, con la segregación celular nocturna y vida en común durante el día, pero con la obligación de mantener el silencio; el tercero, el de prisión intermedia (penitenciaria industrial o agrícola), por la noche y durante el día en vida común para demostrar prácticamente los resultados de las medidas anteriores, es decir, la esperada regeneración y para la libertad; y finalmente, el período de libertad con aptitud condicional³⁶⁵.

³⁶⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro, ob. cit., p.140.

³⁶⁵ LYRA, Roberto, *Comentários ao Código Penal*, V. II, Forense, Rio de Janeiro, 1942, p.91. “O sistema irlandês de Walter Crofton (1857) concilia os anteriores, baseando-se no rigor da segregação absoluta no primeiro período, e progressiva emancipação, segundo os resultados da emenda. Nessa conformidade,

En Brasil, la reforma del Código Penal de 1984, conducida por el extraordinario Ministro Francisco de Assis Toledo, tal como ocurrió con el Código Penal de 1940, no adoptó el sistema progresivo inglés, sino un sistema progresivo adaptado, teniendo como objetivo la resocialización del criminal. Así, el Art. 33, § 2º del Código penal brasileño afirma que: “*Las penas privativas de libertad serán ejecutadas de forma progresiva, de acuerdo con el mérito del condenado*”³⁶⁶.

En el caso de iniciar el cumplimiento de la pena en régimen cerrado, en establecimiento penitenciario de seguridad máxima o media, hay cuatro etapas a cumplir. La primera fase es la de trabajo común en la cárcel durante el día y aislamiento nocturno³⁶⁷. Cumplidos los requisitos legales, el interno será transferido a los regímenes semiabierto y abierto, sucesivamente³⁶⁸. El régimen semiabierto es cumplido en colonias agrícolas, industriales o establecimientos similares de menor rigor penitenciario. En el régimen abierto la pena tendrá lugar en prisiones-albergue, caracterizándose por la autodisciplina del condenado que trabajará o estudiará durante el día y quedará recluso por las noches y fines de semana. Por esta regla de progresión la Ley de Ejecución Criminal también adoptó el sistema de reducción de parte de la pena a través del trabajo, disminuyéndose un día de la pena total por cada tres días de trabajo. Pasada la fase del régimen abierto, el último grado es la libertad condicional donde el condenado, por medio de ciertas condiciones, cumple lo que queda de la pena en libertad.

En España, el Código penal de 1944 se refería al sistema progresivo en su art. 84, desarrollado en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 que lo dividía en régimen cerrado, régimen ordinario, régimen abierto y libertad condicional³⁶⁹. Sin embargo, la LOGP de 1979 adoptó el sistema de individualización científica que, por basarse en criterios científicos, ha posibilitado una mayor flexibilidad en la clasificación penitenciaria de los internos³⁷⁰. El Código penal de 1995 suprimió la

galgam-se os demais períodos- o segundo, com segregação celular noturna e vida em comum durante o dia, porém com a obrigação do silêncio; o terceiro, o de prisão intermédia (penitenciária industrial ou agrícola), de noite e de dia em vida comum para demonstrar praticamente os resultados das provações anteriores, isto é, a esperada regeneração e a para a liberdade; por fim, chega-se ao período do livramento aptidão condicional” (Traducido por la autora).

³⁶⁶ Ver también el art. 112 de la Ley de Ejecución Penal, con redacción modificada por la Ley 10792/2003.

³⁶⁷ Art. 34, § 1º a 3º del Código Penal brasileño

³⁶⁸ Arts. 33, § 2º y art. 40 do CP.

³⁶⁹ CERVELLO DONDERIS, Vicenta, *Derecho Penitenciario*, 2ª ed., ob. cit. p. 72.

³⁷⁰ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política Criminal*, ob. cit., p.228.

referencia al sistema progresivo determinando en su art. 36 que las penas privativas de libertad fueran ejecutadas de acuerdo con lo dispuesto en las leyes, lo que presumía no tener que cambiar la legislación específica.

Ocurre que con la aprobación de la Ley 7/2003, se añadió al art. 36 del Código penal un segundo párrafo que exige de los condenados a penas de más de 05 años haber cumplido al menos la mitad de su condena para acceder al tercer grado, lo que vuelve inviable el sistema de individualización científica³⁷¹ y nos lleva a clasificar el sistema de cumplimiento de penas español como mixto³⁷².

De todas formas, la libertad condicional, último grado de ejecución de la pena privativa de libertad tanto en Brasil como en España, representa indudablemente uno de los más importantes instrumentos para el proceso de reinserción del delincuente, al establecer, tal vez el puente más decisivo entre el individuo y la comunidad después de una conducta delictiva.

2. CONCEPTO DE TRATAMIENTO

La sanción penal de privación de libertad está dirigida, entre otros fines, a preparar el regreso del condenado a la sociedad. Para ello, se deberán utilizar los métodos científicos adecuados para ayudar al individuo a progresar. Así, resulta imposible investigar la libertad condicional, con todas sus particularidades, sin hacer algunas consideraciones precisas sobre el tratamiento penitenciario, porque la libertad condicional al final, forma parte del propio tratamiento. Hay en la doctrina una fuerte tendencia a abordar el concepto de tratamiento incluso a través de una perspectiva humanizadora, que busca prevenir o minimizar los efectos desocializadores de la cárcel para que, terminada la pena, sea menos traumático el regreso del individuo a la sociedad.

Según el concepto establecido por la legislación española, expresado en el Artículo 59 de la LOGP, “*El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados*”. Aunque no consista en un derecho fundamental del recluso, la

³⁷¹ En verdad, se puede decir que las reformas penales implementadas sobre todo en 2003 y 2010 han supuesto un retroceso en la dirección marcada por el legislador de 1995, como discutiremos más adelante.

³⁷² RENART GARCÍA, Felipe, *La Libertad Condicional: Nuevo Régimen Jurídico, (Adaptada a la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas)*, ob. cit., pp. 89-90.

reeducación y la reinserción son una prioridad elegida por el legislador español para orientar la política penal y penitenciaria.

En Brasil, a pesar de que la Ley de Ejecución Penal no instituye una definición formal de lo que entiende por tratamiento penitenciario, incorpora en su Artículo primero la intención de proporcionar condiciones para la armónica integración social del condenado y del interno preventivo. Además, la Ley ha construido sus reglas desde preceptos reeducadores, respetando las exigencias internacionales coherentes con la consolidación del Estado de Derecho.

En la reeducación se cumplirían los objetivos formativos y psicosociales, es decir, todos los procedimientos referentes a la provisión de carencias materiales o emocionales que puedan llevar a la práctica de delitos. A partir de esta perspectiva, cabe al Estado la responsabilidad legal de prestar ayuda y asistencia a los internos de diversas maneras. La asistencia material consiste en disponer gratuitamente la alimentación, vestuario e instalaciones higiénicas para los internos. La asistencia a la salud incluye los cuidados preventivos y curativos de orden médico, odontológico y farmacéutico. La asistencia religiosa no es obligatoria, pero no se podrá prohibir si no supone peligro para la seguridad de los establecimientos y no es impuesta por otro interno o un grupo de determinado credo. La asistencia jurídica debe ser accesible para los presos que no posean los recursos financieros suficientes para contratar a un abogado. La asistencia social, propiamente dicha, tiene concretamente la función de atender a las cuestiones y peticiones formuladas por los internos y sus respectivas familias, incluso a las relativas a los egresos, liberados condicionales o de forma definitiva.

Como columna de esta renovación humanitaria están dos puntos muy importantes de acción: el incentivo a la instrucción y al trabajo. La asistencia educacional y formativa debe estar fundada en las categorías de conocimiento escolar y formación profesional, a nivel de iniciación o perfeccionamiento, equipando al Centro Penitenciario con bibliotecas con libros didácticos, instructivos y recreativos. La enseñanza básica, es decir, de primer grado es obligatoria para todos los ciudadanos, ya que se conoce el fuerte vínculo existente entre la ignorancia y el delito. Facilitar el acceso a la cultura, puede ejercer una influencia positiva sobre los internos dándoles nuevos horizontes ante los hechos de su vida, mejorando su autoestima y sus condiciones de competir en el mercado de trabajo cuando salgan de la prisión. Los internos de las clases más pobres pueden agregar al estudio la oportunidad de practicar

una actividad profesional en la prisión, lo que generará beneficios para su familia y servirá para convencerlo de su capacidad y utilidad para la sociedad.

De forma articulada, los objetivos de la reinserción paulatina del recluso en la comunidad se concretarían por medio de las comunicaciones, visitas y permisos de salida. Una prueba de la adopción de este argumento es que en la Exposición de Motivos del Proyecto de la Ley General Penitenciaria de 1979 ya existía el propósito de mantener, en el tratamiento, el respeto a principios referentes a la dignidad de la persona humana:

El penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continua formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad.

Según CERVELLÓ DONDERIS³⁷³ la concepción excesivamente clínica que prevé la cura patológica del delincuente, ya criticada cuando fueron discutidos los pronósticos periciales, ha experimentado avances y camina hacia una concepción más social, dirigida a la promoción de las interrelaciones sociales del interno a través de actividades ocupacionales y la mejora de la propia institución en relación a sus medios materiales y humanos. En la concretización de este apoyo al penado se pueden utilizar los métodos médico-biológicos o psiquiátricos, los conocimientos psicológicos, pedagógicos, laborales y sociales, para trabajar la personalidad del interno, siempre que respeten todos los demás derechos constitucionales no afectados por la condena.

Además de los métodos formativos y psicosociales, ya ampliamente conocidos, hay que subrayar las salidas programadas, los grupos de comunidad terapéutica y los programas de actuación especializada, a ejemplo del trabajo desarrollado con drogodependientes, suicidas, delincuentes sexuales y culpables de violencia doméstica, donde se detectan las situaciones de riesgo que han conducido al delito para facilitar el aprendizaje del interno en el control de sus propios impulsos y límites. Están obviamente prohibidos métodos contra la dignidad humana como la castración química o las intervenciones hormonales y los experimentos médicos invasivos que no tengan respaldo científico suficiente para garantizar la mejora de la salud de los internos enfermos.

³⁷³ DONDERIS, Vicenta Cervelló, *Derecho Penitenciario*, 2ª edición, ob. cit., p.198.

Las Reglas Mínimas para Tratamiento de los Reclusos, aprobadas en 1955, por las Naciones Unidas, confirman esta línea de pensamiento en los Artículos siguientes:

65. El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad.

66. 1) Para lograr este fin, se deberá recurrir, en particular, a la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible, a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso. Se deberá tener en cuenta su pasado social y criminal, su capacidad y aptitudes físicas y mentales, sus disposiciones personales, la duración de su condena y las perspectivas después de su liberación. 2) Respecto de cada recluso condenado a una pena o medida de cierta duración que ingrese en el establecimiento, se remitirá al director cuanto antes un informe completo relativo a los aspectos mencionados en el párrafo anterior. Acompañará a este informe el de un médico, a ser posible especializado en psiquiatría, sobre el estado físico y mental del recluso. 3) Los informes y demás documentos pertinentes formarán un expediente individual. Estos expedientes se tendrán al día y se clasificarán de manera que el responsable pueda consultarlos siempre que sea necesario.

Las Reglas Mínimas pueden ser agrupadas en tres grandes bloques: la administración general de los centros penitenciarios, los límites del régimen penitenciario y las normas aplicables a los diferentes tipos de reclusos. La aprobación de este modelo de procedimiento en la cárcel ha representado indudablemente un paso sustancial en la evolución de los sistemas de cumplimiento de penas privativas de libertad y en el tratamiento del delincuente.

3. PRINCIPIOS DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

La reeducación y la reinserción del sujeto, sintetizadas en el tratamiento penitenciario sólo pueden tener resultados viables si son realizadas según un sistema amoldado e inspirado en una serie de principios orientadores de la actividad estatal. La utilización de los principios debe guiar los dos momentos básicos en los que se efectúa las actividades de tratamiento: el estudio previo de la personalidad del sujeto y la realización del tratamiento.

3.1 OBJETIVIDAD CIENTÍFICA

La observación o estudio científico de la personalidad forma parte de la primera etapa de todo tratamiento. El concepto de personalidad trata de la totalidad del ser humano, sus manifestaciones externas y el perfil psíquico individual y social. A fin de delinear una evaluación global, el equipo de tratamiento observará en el análisis del individuo su constitución, temperamento, carácter, las aptitudes y las actividades del sujeto, su sistema dinámico-motivacional y el aspecto evolutivo de su personalidad, así como las propias circunstancias del delito, su condena y tiempo de reclusión. Existe la posibilidad de utilizar todo tipo de técnicas: la entrevista, el auto-informe, los cuestionarios, los informes de otros profesionales y de familiares, documentación institucional, etc.

GARCÍA VALDÉS³⁷⁴ en el estudio del derecho comparado ha mencionado la existencia de referencias a este principio en las Reglas 66.2.3 de las Naciones Unidas y 67.2.3 del Consejo de Europa. También de forma semejante se expresa el Artículo 62 de la LOGP española y las legislaciones penitenciarias italiana (Artículo 13 de la ley penitenciaria y Artículos 27 y 28 de su Reglamento Penitenciario) y alemana (Artículo 6.2 de la ley penitenciaria).

3.2 DIAGNÓSTICO DE PERSONALIDAD Y JUICIO PRONÓSTICO

Para la emisión de los informes psicosociales iniciales de clasificación del interno se tendrá en consideración una multitud de factores como la vinculación con el exterior, cuestiones económicas, características de personalidad, componentes agresivos, incidencia de trastornos, relaciones interpersonales y también la historia escolar, relación con las drogas, actitudes y motivaciones de la actividad delictiva y todos los datos individuales, sociales y familiares a él relacionados.

Los pronósticos finales tienen como objeto evaluar el resultado del tratamiento y el grado de probabilidad de que el recluso vuelva a delinquir en el futuro. Se intenta así valorar la capacidad criminal del individuo examinando sus niveles de inadaptabilidad social, labilidad y agresividad. No obstante, los profesionales de la Junta de Tratamiento responsables de la obtención de las informaciones deben proteger

³⁷⁴ GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2ª ed., Editora Civitas, Madrid, 1982, p.198.

la intimidad del sujeto investigando sólo lo que consideren estrictamente necesario. Este oficio debe estar siempre pautado dentro de los límites éticos de confidencialidad, teniendo el sujeto valorado, incluso, el derecho de saber la finalidad de la valoración o intervención del informe psicológico.

3.3 PRINCIPIO DE INDIVIDUALIZACIÓN

El objetivo de la individualización penal es alcanzar una efectiva reeducación del condenado. El apartado «c» del Artículo 62 de la LOGP orienta que el tratamiento será individualizado, contando en su estructuración con la posibilidad de utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, pedagógicos y sociales, para la mejor comprensión de la personalidad del interno. Obviamente los métodos de tratamiento y los medios que se manejan tendrán que respetar los derechos constitucionales no afectados por la condena.

También en la legislación brasileña, la Ley que trata de la ejecución penal ordena, en sus Artículos 5 y 6, que los condenados sean clasificados según sus antecedentes y personalidad, para orientar la individualización de la ejecución penal. La Comisión Técnica de Evaluación deberá elaborar un programa individualizador de la pena privativa de libertad adecuada al condenado o al preso provisional.

En el mismo sentido podemos recordar la Regla 66 de Estrasburgo del año 87, que confirma la exigencia de individualización del tratamiento con sus matices objetivos y subjetivos. Merece la pena mencionar aún el Artículo 6 de las Normas Mínimas mexicanas y los Artículos 1 y 13 de la Ley penitenciaria italiana y el 29 de su Reglamento.

Dentro de la población penitenciaria encontramos conviviendo juntos internos de diferentes culturas, ideologías políticas y religiones. La reacción de estos internos tan diversos ante un mismo tipo de pena se verá intrínsecamente influida por las particularidades psicológicas, sociales y morales de cada uno. Esas diferencias sustanciales de las personas precisan ser consideradas a la hora de preparar los programas de resocialización específicos y, por lo tanto, más adecuados a cada contexto humano.

3.4 PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN

La obligatoriedad de un equipo técnico multiprofesional trae a la función resocializadora de la pena una perspectiva pluridisciplinar, conduciendo a la aplicación de las formas del tratamiento de modo integrado, con una visión de conjunto. La adhesión reciente de esa perspectiva más amplia por parte de las modernas legislaciones penal y penitenciaria ha llevado al desarrollo de la idea de educación social basada en grupos de trabajo y en la combinación de diversos instrumentos terapéuticos con la actuación coordinada de psicólogos, educadores y trabajadores sociales.

Se pueden enumerar algunos métodos que satisfacen las expectativas actuales de un conocimiento completo, sin tantas secciones científicas y que vislumbre la posibilidad real de composición y formación del hombre. Entre las posibilidades cuidadosamente pensadas de integración del interno en un grupo está la iniciativa de crear comisiones de representación de los internos, comités encargados de la promoción de actividades socioculturales, deportivas y cursos de formación profesional.

El ejercicio de este principio ha impulsado igualmente el funcionamiento de los núcleos de comunidades terapéuticas, diferenciándose los grupos de acuerdo con la homogeneidad de la condición de los enfermos para que así se puedan discutir problemas semejantes y potencializar la autoestima de estas personas a través de su colaboración en la organización de actividades realizadas en beneficio de todos.

Otras técnicas como círculos de discusión, de entrenamiento en habilidades sociales, actuaciones de teatro y música procedentes del exterior, mezcladas con el asesoramiento psicopedagógico y la psicoterapia grupal o incluso la terapia de comportamiento consiguen espacios capaces de hacer que el interno se replantee su sistema de actitudes además de proporcionar un perfeccionamiento profesional dentro del programa de tratamiento.

La incorporación del principio de integración a los sistemas penitenciarios ha generado la oportunidad de desarrollar actividades complementarias como por ejemplo, el estudio y el trabajo que proporcionan la obtención de medios económicos que reparen, con relación a la responsabilidad civil, los daños materiales causados a las víctimas y ayuden en la vuelta del preso a su casa.

3.5 PRINCIPIO DE PROGRAMACIÓN

El Artículo 62 de la LOGP española dispone en su apartado «e» que el tratamiento deberá ser programado, contando con el plan general para el curso de la ejecución penal. En esta sistematización es imperativo que conste la graduación de la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de actividades y funciones entre los diversos especialistas y educadores que componen el Equipo Técnico comprometido con el tratamiento. La intervención para preventivos y programa individualizado de tratamiento para penados tendrán en cuenta las peculiaridades personales de cada interno y el tiempo aproximado de duración de su condena.

Estos programas individualizados cumplirán un calendario detallado de actividades previamente aprobadas por las Juntas de Tratamiento, del mismo modo que la organización de orden global será planificada por los Centros Directivos por medio de circulares e instrucciones que generalicen el acceso a las fechas y condiciones de cada procedimiento extraordinario en los diversos establecimientos penitenciarios. Los internos deben tener conocimiento de todo, siendo las comunicaciones institucionales facilitadas mediante su exposición permanentemente y en lugar visible, con el fin de mostrar las actuaciones y objetivos estatales en la resocialización del condenado.

La proyección del tratamiento se muestra relevante también en la legislación internacional a ejemplo de las Reglas 69 de las Naciones Unidas, las normas 67.4 y 70 del Consejo de Europa de 1973, la regla 68 del Consejo de Europa de 1987, en el Artículo 7 de la Ley Penitenciaria alemana, así como en los Artículos 6 y 7 de la Recomendación Rec. (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas.

3.6 PRINCIPIO DE DINAMICIDAD

Aunque las tareas interdisciplinarias sean distribuidas y planeadas anteriormente con base en la personalidad del interno, el Equipo Técnico tiene por obligación estar atento a los cambios producidos en el tratamiento programado. Un programa rehabilitador necesita, invariablemente, una evaluación continuada y dinámica. Ésta debe evolucionar y adaptarse a los diversos factores y acontecimientos experimentados por el recluso que puedan influir en su comportamiento o modificar sus expectativas en relación al encarcelamiento, como la muerte de un ser querido, el

divorcio o separación, enfermedades crónicas, o incluso el cambio de sus creencias religiosas.

Verificadas las transformaciones, urge que el Equipo de Tratamiento reoriente el programa individual del interno, sustituyendo los métodos previstos por otros más adecuados al caso concreto. Debe reconsiderar la clasificación anterior y reajustar el enfoque de las acciones para el tiempo de cumplimiento de pena que aún reste.

3.7 PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD

De acuerdo con este principio, el interno tiene la posibilidad de aceptar o rechazar libremente cualquier técnica de estudio o método de tratamiento mientras se encuentra bajo tutela estatal. Se debe respetar, ante todo, la voluntad del recluso y, en caso de negativa a la ayuda o reeducación propuesta, éste no podrá ser sancionado o sufrir consecuencias disciplinarias. Tampoco se podrá, por este motivo, aplicar la regresión del grado penitenciario anteriormente obtenido. Sin la colaboración voluntaria del interno, la elección de tratamiento será formulada por el Equipo Técnico mediante la observación directa del comportamiento individual y la utilización de los datos documentales obtenidos durante el proceso criminal.

En el empeño de hacer respetar el derecho humano a no recibir tratamiento contra la propia voluntad, el Conjunto de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los detenidos aprobado en 1955 por Naciones Unidas (Regla 65) y el adoptado en 1973 por el Consejo de Europa (Regla 66) integran la finalidad de fomentar en los reclusos el respeto por sí mismos y el desarrollo del sentido de la responsabilidad. La Recomendación del Consejo de Europa en 1987 alude a “vivir en la legalidad y subvenir a sus propias necesidades” (Regla 3), y la Recomendación del Comité de Ministros adoptada en fecha 11-1-06, a “llevar una vida responsable y exenta del delito”. Las expresiones utilizadas en el Artículo 61 de la LOGP española confirman la tendencia internacional cuando hacen referencia al fomento y al estímulo de la participación del interno “en su propio tratamiento”.

El principio de resocialización identificado en todos los sistemas penales modernos se vislumbra como manifestación del principio de dignidad humana y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, descartando como inadmisibles la posibilidad de un tratamiento impuesto, despersonalizante y, evidentemente, arbitrario.

Por otra parte, es extremadamente cuestionable la eficacia reeducativa de procedimientos coactivos; no se puede garantizar la reinserción social del penado una vez fuera, o que reincida en la vida criminal. La respuesta del penado no dependería, en ese caso, de sus reales progresos, como pretende la ley, sino de una simulación externa y conveniente, que no contribuiría a la rehabilitación para la vida en sociedad. Por el contrario, estas actitudes orientadas únicamente a cumplir las metas institucionales agravan en el penado el problema de la aceptación de la autoridad, ya instalado desde la práctica delictiva. Asimismo, alimentan la violencia y los sentimientos de incompreensión, desprecio y odio hacia la sociedad extramuros. Aunque exista una desvinculación entre el programa seleccionado y el tratamiento, ningún interno puede ser forzado a aceptar los valores sociales dominantes y el tratamiento propuesto por el Estado.

No obstante, si el interno decide no acatar o respetar el programa propuesto, puede resultar, indirectamente, perjudicado, e incluso llegar a suponer la imposición de diversos tipos de sanciones por la comisión que juzga la existencia y gravedad de las faltas disciplinarias en los centros penitenciarios. Con relación a esta contradicción entre el mantenimiento del orden carcelario y un principio de tratamiento ampliamente reconocido en las legislaciones internas e internacionales, FERNÁNDEZ GARCÍA³⁷⁵ alerta:

[...] se ha dicho con anterioridad que las actividades de tratamiento o actividades de reeducación y reinserción social, son, en definitiva, actividades voluntarias para el interno y, por consiguiente, puede rechazarlas. Ante esta situación, si un interno, voluntariamente, en virtud de su inviolable derecho a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a ser diferente y por tanto, derecho a no ser tratado, no se puede acreditar, en este caso, que el interno haya participado en esas actividades, y si esto es así, no se le podrán conceder beneficios penitenciarios porque no cumplen con alguno de los requisitos. En estos casos, al interno no se reducirá el tiempo efectivo de internamiento, o lo que es lo mismo, cumplirá más tiempo de condena que el interno que sí haya decidido participar en actividades de tratamiento. De esta forma, se puede afirmar que, de ser así, el tratamiento aparecería para el interno como algo impuesto que tiene que admitir si quiere salir antes en libertad [...].

Como este autor, otros estudiosos del tema se han pronunciado contra el tratamiento obligatorio, como por ejemplo MAPELLI CAFFARENA³⁷⁶, para quien es siempre necesario que el recluso consienta y colabore en su propio tratamiento.

³⁷⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *Los beneficios penitenciarios*, en *Manual de Derecho Penitenciario*, ob. cit., p.379.

³⁷⁶ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 37.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN³⁷⁷ reafirman el repudio a cualquier práctica impuesta para la resocialización del recluso, afirmando que si el tratamiento se realiza de manera coactiva se confundirá la pena con la medida de seguridad. Ahora bien, la contradicción es evidente cuando la medida de seguridad se emplea en aquellos individuos que han perdido total o parcialmente su capacidad de discernimiento y, de este modo, no pueden responsabilizarse racionalmente por sus hechos pasados, o incluso por los futuros.

3.8 PRINCIPIO DE JUDICIALIDAD

El principio de la protección judicial figura entre las principales garantías presentes dentro de un auténtico Estado Democrático de Derecho. Su fundamentación está en el principio de la separación de poderes y en el contrato social firmado libremente por los ciudadanos de una sociedad, teniendo como objetivo la seguridad de sus diversas relaciones y el bien común. La inevitabilidad del control judicial confiere a todos los individuos el derecho a recibir la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda presentarse desamparo legal.

La intervención judicial en el ámbito penitenciario consiste en defender de forma imparcial los intereses y derechos de los internos y anular las posibles violaciones de los derechos de éstos por la Administración estatal. Todo tratamiento debe asumir paradigmas razonables y el respeto a los derechos inviolables e inherentes a toda persona humana como tal. A pesar del hecho de haber delinquido, los reclusos continúan conservando en primer lugar, la condición de personas, y por supuesto, es lógico concluir que se deben preservar todos los derechos fundamentales que no hayan sido limitados por las disposiciones que consten en la sentencia criminal. De esta manera, cabe a un órgano ajeno e independiente garantizar el ejercicio de la legalidad en la ejecución de la pena, así como los correspondientes métodos de tratamiento utilizados para la resocialización de los reclusos.

Por Ley, los penados pueden reclamar ante un organismo judicial autónomo sobre el tratamiento carcelario que reciben o la ausencia de algún servicio esencial. De

³⁷⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed. rev. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p .57

ese modo, el Juez de Vigilancia Penitenciaria representa una figura imprescindible en la ejecución regular del programa de tratamiento. En este sentido, la intervención del magistrado se dará, además de sus otras atribuciones, a través de la resolución al respecto de los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, de la toma de decisiones sobre recursos referentes a clasificación inicial, progresiones y regresiones de grado, así como de las peticiones o reclamaciones que sean formuladas por los internos en lo que se refiere al régimen y el tratamiento penitenciario, siempre que las medidas administrativas perjudiquen prerrogativas o beneficios penitenciarios adquiridos por el recluso.

Una vez que hayan sido agotados los recursos judiciales a nivel nacional, aún es posible acudir a las instancias internacionales para la protección de determinados derechos consagrados como humanos y reconocidos por diversos Estados por medio de la firma de tratados y convenciones. A pesar de no ser una reglamentación jurídicamente vinculante, ha contribuido de forma poderosa a la adecuación paulatina de los principios acordados en las asambleas de las respectivas legislaciones internas de los países.

Estas nuevas corrientes de política criminal sobre la ejecución de las penas han recibido su mayor apoyo en el ámbito internacional a través de la elaboración por parte de la ONU y del Consejo de Europa de una serie de reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Se puede señalar como ejemplo de efectividad de estas reuniones la posibilidad de utilizar el recurso individual ante los órganos supraestatales para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁷⁸, la Comisión Europea de los Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

³⁷⁸ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dirigido severas críticas a Brasil por las muertes producidas en la rebelión de 2002 de la Casa de Detención José Mario Alves, más conocida como "Urso Branco" (oso blanco), en la ciudad de Porto Vello, Rondônia. En nota del día 21 de abril de 2004 (nota n° 13/04), la Comisión Interamericana presentó sus observaciones a las autoridades brasileñas expresando su profunda preocupación por los datos divulgados sobre la tragedia que contabilizó nueve homicidios, incluso con la exhibición de los cuerpos descuartizados en los medios de comunicación, y más de 160 personas tomadas como rehenes. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a petición de la Comisión Interamericana, estableció el 18 de junio de este mismo año algunas medidas provisionales y solicitó al Estado brasileño, entre otras medidas, que adoptase todos los medios necesarios para proteger la vida y la integridad personal de todos los reclusos, incluso la aprehensión de las armas que se encontraban en poder de los propios internos.

4. FATORES DE DESOCIALIZACIÓN DEL INDIVIDUO EN TRATAMIENTO

Para la doctrina mayoritaria, como se ha mencionado previamente, los conceptos de reeducación y reinserción social están vinculados al fin resocializador de la pena. Por otra parte, autores más desilusionados con el rumbo de las cuestiones penitenciarias actuales defienden como fin efectivo e inmediato evitar los efectos inherentes a toda pena privativa de libertad.

Respecto a la discordancia entre aquellos autores que sostienen que el encarcelamiento genera irreparables consecuencias y aquellos que minimizan los efectos dañinos de la prisión, es posible discutir algunos aspectos pertinentes. Ponderando las dificultades de conciliar tratamiento y resocialización, la Profesora ZÚÑIGA RODRÍGUEZ³⁷⁹ apunta que:

En primer lugar, debe señalarse que es precisamente en el ámbito del tratamiento penitenciario que se encuentran todas las limitaciones y contradicciones de un ideal resocializador con una realidad cerrada, disciplinaria como es la cárcel. Aunque no se puede renunciar a la utopía de la resocialización, porque esta ha coadyuvado una mayor humanización de las prisiones y porque el tiempo de la prisión debe llenarse con actividades útiles, sí hay que reconocer que la cárcel y resocialización son instituciones contradictorias entre sí.

Sosteniendo la causa de la resocialización en el tratamiento penitenciario, BUENO ARÚS³⁸⁰ rechaza algunos argumentos críticos contra el sistema progresivo en lo referente a su legitimidad. El Profesor de Derecho Penal niega que el tratamiento represente una anulación de la personalidad del penado o de su derecho a ser diferente. Afirma que ser diferente no significa ser antagónico y aún menos trae consigo el derecho de volverse agresivo. En cuanto a la postura que considera imposible resocializar personas para su puesta en libertad en prisión, el autor explica que la sociedad siempre ha educado a sus ciudadanos para libertad privándolos total o parcialmente de la misma. Añade que la pena privativa de libertad admite varios grados, desde el más severo, y lógicamente menos pedagógico, al régimen de prisión abierta, considerablemente más laxo.

³⁷⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *El Tratamiento Penitenciario (II)*, en Manual de Derecho Penitenciario, Colex, Madrid, 2001, p. 348.

³⁸⁰ BUENO ARÚS, Francisco, *¿Tratamiento?*, Revista Eguzkilore, Número extraordinario 2, Octubre de 1989, p. 90.

A pesar de su defensa de la legitimidad jurídico-social del tratamiento penitenciario, BUENO ARÚS³⁸¹ reconoce los obstáculos originados por los medios materiales y humanos para alcanzar la eficacia práctica de los fines de reeducación y reinserción social en los moldes existentes actualmente. Lo mismo sucede con la aceptación masiva de la rehabilitación proveniente de la pena privativa de libertad. De este modo, el tema de los efectos negativos del encarcelamiento permanece vivo y pulsante.

Uno de los planteamientos que ha tenido más respaldo entre los interesados por el tema fue el análisis de CLEMMER³⁸² sobre el proceso de internamiento en la cárcel y la subcultura que genera, a la que denominó prisionización. En segundo lugar, para Clemmer la incorporación de la subcultura carcelaria es identificada, ya en el inicio de la condena, por el fenómeno de la aceptación del rol de preso, con la consecuente pérdida de su valor social.

Como consecuencia de vivir en una institución cerrada, lo común es la imposición de ciertos cambios en la vida cotidiana, marcada por una contundente limitación de la libertad de acción, acompañada por la regulación externa de todos los pasos. Poco a poco, aquel ambiente atemorizador pasa involuntariamente a pertenecer al mundo del interno y las informaciones sobre el funcionamiento del presidio acaban por formar parte de sus preocupaciones directas y rutinarias. En este proceso denominado prisionización, la etapa anterior es seguida por la adecuación experimentada diariamente en los modos de comer, vestir, hablar y en el desarrollo del deseo inmediato de conseguir un buen trabajo en el establecimiento penitenciario.

También la medida del tiempo sufre alteraciones en la percepción del condenado. La temporalidad se convierte en un punto de orientación para la vivencia cotidiana. Con la rigidez propia de la estructura de las instituciones penitenciarias, la organización de los horarios de cada día, se regula estrictamente la actividad del preso, lo que muchas veces contrasta con los horarios habituales de su anterior vida en libertad. Estas medidas, favorecen la maléfica influencia del ocio ya que, los internos no tienen nada que hacer gran parte del tiempo. La estancia en la celda, el patio o en la

³⁸¹ BUENO ARÚS, Francisco, *¿Tratamiento?*, ob. cit., p. 91.

³⁸² CLEMMER, P. D. *The Prison Community*, Rinehart & Winston, New York, 1958, p.38.

galería consiste en la actividad diaria principal para muchos de ellos. Sobre estas circunstancias, y la sensación experimentada en prisión, VALVERDE³⁸³ denuncia:

En estas condiciones, pasear o estar sentado son las únicas alternativas. Uno de los aspectos que más me ha llamado siempre la atención es el paseo penitenciario. No se trata de un andar despacio, relajado y charlando con un amigo, sino de andar deprisa, sólo o acompañado, pero a gran velocidad, dando siempre los mismos pasos, siempre en la misma dirección, y dando la vuelta siempre en el mismo sitio.

Con todo, la mayor transformación observada es en relación a la personalidad del individuo que sentirá, según Clemmer, dificultades serias para ser insertado nuevamente en una comunidad libre, para la cual ya ha perdido importantes referentes culturales. A pesar de que la propia cultura de los internos ejerce proyecciones diferentes sobre la historia de cada recluso, en general los resultados personales de este periodo son opuestos a la intención estatal. Un contexto carcelario que se aleja radicalmente de las condiciones de vida en libertad, progresivamente provoca una lógica desadaptación a esas condiciones.

En contraste con los trabajos de Clemmer, GOFFMAN³⁸⁴ profundizó en los estudios sobre el confinamiento carcelario, añadiendo a la prisionización del interno, la mirada sobre el comportamiento estatal frente a todos esos fenómenos. En sus escritos revela los obstáculos de la interacción social del preso con el exterior provocados por la estructura construida por el Estado con sus características totales. La descripción elaborada por Goffman apunta a determinadas conductas absorbentes, propias de la dominación del individuo encarcelado por parte del Estado a través de la institucionalización. Ésta se encuentra representada en hechos tales como desarrollar todas las actividades en los centros penitenciarios de forma conjunta, siempre en el mismo lugar y bajo la misma autoridad que determina las mínimas acciones de los reclusos. El resultado es una vida completamente acotada por el planeamiento artificial y la pérdida del contacto con el exterior donde hasta la satisfacción de las necesidades sociales y materiales pasa a ser minimizada.

Según GOFFMAN³⁸⁵, las consecuencias dañinas de estos procedimientos pueden variar en cada individuo, pero guardan algunos aspectos comunes en cuanto al impacto carcelario en sus vidas. Entre ellas se puede destacar la creación de un estado de

³⁸³ VALVERDE, Jesús, *La cárcel y sus consecuencias, La intervención sobre la conducta desadaptada*, Ed. Popular, Madrid, 1991, p. 86.

³⁸⁴ GOFFMAN, E, Estigma, *La identidad deteriorada*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970, p. 19.

³⁸⁵ GOFFMAN, E, Estigma, *La identidad deteriorada*, ob. cit., p.20.

dependencia exagerado, casi infantil, para decidir autónomamente cosas ordinarias del día a día, tales como a qué hora ducharse o qué debe hacer. Esto se produce por la intensa programación que invade la rutina del condenado generando una alta tensión psíquica, un sentimiento de tiempo robado, una pérdida de la autoestima provocada después de las muchas indignidades físicas y psicológicas sufridas en la intimidad. No obstante, tal vez la consecuencia más contradictoria con la reinserción buscada por el Estado sea la desconstrucción cultural que incapacita el individuo para la adecuación posterior a una sociedad libre de ataduras y cargada de estigmas y prejuicios. El marcado como ex-recluso acaba por cultivar una personalidad egoísta, inspirada en su propia existencia. Sobre el proceso de desconstrucción cultural, BARATTA³⁸⁶ asevera que:

Ante todo, el de la desconstrucción cultural, esto es, la desadaptación a las condiciones que son necesarias para la vida en libertad (disminución de la fuerza volitiva, pérdida del sentido de autorresponsabilidad desde el punto de vista económico y social), la incapacidad para aprehender la realidad del mundo externo y la formación de una imagen ilusoria de él, el alejamiento progresivo de los valores y modelos de comportamiento propios de la sociedad exterior. El otro punto de vista, opuesto pero complementario, es el de la culturización o prisionización. En este caso se asumen las actitudes, los modelos de comportamiento y valores característicos de la subcultura carcelaria.

Al respecto de las lecciones de GOFFMAN³⁸⁷, aún resta mencionar su clasificación de las formas de coexistencia con las condiciones inseparables a la estancia carcelaria. El interno puede mostrar una *regresión situacional*, huyendo psicológicamente como un mecanismo de defensa ante la situación que le oprime. Otra forma de comportamiento dentro de la prisión es el enfrentamiento al sistema penal, desafiando a los agentes o guardianes, negándose a colaborar, con una actitud de *intransigencia*. La tercera forma de adaptación posible sería la *colonización* o integración total en el mundo de la prisión, donde el recluso prefiere no salir de la cárcel, muchas veces por miedo a los desafíos exteriores de un ambiente que ahora es absolutamente desconocido para él. Finalmente, el cuarto modo de asumir la realidad de la reclusión sería en forma de *conversión*, cuando el penado comprende el funcionamiento de la institución, sus propósitos, transformándose en un interno que ayuda en las tareas necesarias para el mantenimiento de las instalaciones y en el control

³⁸⁶ BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica e crítica del Derecho Penal, Introducción a la sociología jurídico-penal*, Siglo XXI, México, 1986, pp.194- 195.

³⁸⁷ GOFFMAN, E, Estigma, *La identidad deteriorada*, ob. cit., p.23.

de sus compañeros. Obviamente estas posturas no se presentan siempre en su modo puro, existiendo para cada hombre o mujer una combinación determinada, adecuada a sus necesidades.

En este universo de mortificación y privilegios, resta al interno, básicamente, escoger entre dos alternativas posibles. La primera de ellas consiste en someterse al régimen de cumplimiento de su sentencia, persiguiendo la integración con los otros presos y funcionarios, así como respetando la disciplina penitenciaria del grado a que pertenezca. Esta postura conduce a la obtención de premios, recompensas o beneficios y, consecuentemente, a una pena efectivamente más corta. Las relaciones de cordialidad con la institución aseguran el mantenimiento de los ya insuficientes puestos de trabajo u otras actividades interesantes para el recluso que dependan de la “buena conducta”. El acceso a oportunidades pasa necesariamente por la sumisión al más fuerte.

La segunda opción de estrategia, menos recomendable, es la *eliminación*, o sea, la negación de la disciplina, divergiendo del comportamiento esperado por la institución total. La inadaptación al orden es contestada directamente con la fuerza estatal a través de castigos, mayor control y la privación de los posibles beneficios. Aquí se vislumbra claramente la división un tanto dualista de las actuaciones del Estado y su penado. Está el que manda, utilizando implacablemente los medios de coerción a su disposición, y el que tiene por obligación siempre obedecer, callar. En este juego afloran determinados comportamientos en torno a las manifestaciones de poder que contrarían la teoría del criminal nato, porque son circunstanciales y observados en cualquier ser humano que se enfrente a idéntico cuadro de hechos.

Desde esta perspectiva cabe señalar un experimento científico realizado en 1975 por ZIMBARDO y otros³⁸⁸ con estudiantes avezados y de razonable equilibrio emocional que, voluntariamente, aceptaron tomar parte en una simulación de la vida en prisión, asumiendo las representaciones de condenados y guardianes. La experiencia fue convertida en algo tan real y desestabilizador para los integrantes del grupo, que temiendo por la salud psicológica de los mismos, el trabajo se suspendió en el sexto día

³⁸⁸ ZIMBARDO, P.J., HANEY, C., BANKS, W.C. Y JAFEE, D., *La psicología del encarcelamiento: privación poder y patología*, Revista de Psicología Social, nº1, 1986, pp. 229-230.

de exposición a los efectos carcelarios. Sobre la novedosa experiencia MUNNÉ³⁸⁹ relata:

A partir de las condiciones experimentales, en los sujetos presos surgió «un sentimiento de destino común y de desindividuación o anonimato. Y el tener que pedir permiso para llevar a cabo actividades cotidianas tales como ir al servicio, fumar o escribir una carta les creó una dependencia casi infantil. En cuanto a los guardianes, también quedaron en el anonimato gracias a que todos vistieron un uniforme igual, tenían un idéntico tratamiento y emplearon porras, silbato, esposas y llaves de la prisión como símbolos de poder. A pesar de ser todos los sujetos personas estables emocionalmente, (...) se desarrolló una contagiosa patología emocional, que provocó rápida y fácilmente un comportamiento sádico entre ellos. Aparecieron alteraciones tiempo-espaciales. Los presos estaban preocupados de una manera obsesiva por la supervivencia inmediata. Esto alteró su valoración del tiempo-espacio. Constantemente se referían a temas relativos al presente vivido y a sucesos del interior del recinto carcelario. También los guardianes se mostraban preocupados, con obsesión, por el presente. Los guardianes sintieron además una necesidad progresiva de controlar a los presos, lo que provocó una escalada de poder el cual era ejercido cada vez de un modo más arbitrario. Paralelamente, emergió una dinámica particular entre el grupo de guardianes y el de los presos. Aquéllos cada vez se mostraban más agresivos y caían en un visible auto-engrandecimiento y éstos eran más pasivos y se auto humillaban. Los primeros aumentaban su dominio y control mientras que los segundos se sumergían más en un estado depresivo con pérdida incluso de la esperanza.

Del análisis de estas teorías y consideraciones, en la forma de desocialización o prisionización, se deduce que el impacto carcelario es inevitable. Así; una buena parte de la doctrina moderna intenta orientar sus esfuerzos en el sentido de obtener fines más modestos como el de atenuar los efectos de la cárcel para el condenado. Apuntan como alternativas viables la imposición de sanciones distintas a la privación de libertad en sentido estricto, siempre que no existan razones de carácter preventivo general y especial que justifiquen el encarcelamiento del individuo. Para este sector doctrinario la ampliación de modalidades de sustitución de la prisión por otras que afecten bienes jurídicos menos básicos como la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad permitiría alcanzar en la medida de lo posible, los objetivos de resocialización elegidos por las Constituciones modernas como ha ocurrido con España y Brasil.

³⁸⁹ MUNNÉ, F., *Una comunidad abierta a la prisión: dialéctica de una relación patológica*, En Generalitat de Catalunya, Presó i Comunitat (p. 231-249), Departament de Justícia, Centre d'Estudis i Formació, Barcelona, 1988, p. 236- 237.

CAPÍTULO IV

LIBERTAD CONDICIONAL EN ESPAÑA

1. CONSIDERACIONES INICIALES

Comprobada la teoría de que un encarcelamiento sin posibilidades de retorno del condenado a la sociedad es absolutamente infecundo, la salida anticipada de los reclusos es vista en los modernos sistemas penitenciarios como un paso a más en el desarrollo del sistema progresivo de cumplimiento de penas privativas de libertad. Al convertirse la corrección en la finalidad más importante de la práctica penitenciaria española, fue imprescindible evitar el cumplimiento integral de las penas impuestas y previstas en la ley como medida de humanización de los presidios e incentivo a la reinserción social. Los estímulos gratificantes sirven para facilitar la adhesión al programa individualizado de reeducación valorando los progresos en el comportamiento, trabajo o actividades de integración. Si el interno no tuviese esperanza de volver a ser libre no tendría ganas de mejorar o producir nada. Su actitud frente al tratamiento penitenciario no sería razonada y la cuestión de la obediencia a las reglas disciplinarias en los centros penitenciarios resultaría bastante complicada.

Sobre el origen específico del beneficio, no hay registros en cantidad y crédito suficientes para tener una certeza absoluta sobre la utilización más pretérita de la libertad condicional. Algunos defienden la existencia de información sobre una institución en el Derecho Eclesiástico, que guardaría semejanza con la libertad condicional hoy conocida. De acuerdo con lo que argumenta DE CÓRDOVA³⁹⁰ hay indicios de que el Derecho Canónico ya esbozaba algunas formas primitivas de Derecho Penitenciario. Según BITTENCOURT³⁹¹, esta alegación no puede ser tomada en serio. En su tesis de doctorado dedica un capítulo completo a probar que la prisión utilizada como pena no fue conocida en el Derecho Antiguo, tampoco en la Edad Media, donde la celda era un sitio destinado a la custodia temporal de los delincuentes hasta que recibiesen su castigo, como la pena de muerte o los diversos tipos de mutilaciones. Entre tanto, como ya fue mencionado en momento anterior, en los orígenes históricos de

³⁹⁰ DE CÓRDOVA, Federico, *La libertad condicional*, citado por Samuel Daien, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1947, p. 40.

³⁹¹ BITTENCOURT, César Roberto, *Falência da pena de prisão...* ob. cit., p. 11 e ss.

la libertad condicional BITTENCOURT³⁹² hace hincapié en la implantación, hecha por el Papa Clemente XI en Roma, del Hospicio de San Miguel, una institución religiosa mezcla de casa de caridad, que cuidaba de huérfanos y ancianos, y casa de corrección, dirigida a delincuentes juveniles, que eran sometidos a un tratamiento propiamente penitenciario en la búsqueda de la salvación de su alma a través de la rectitud moral.

Los Estados Unidos reivindican para sí el inicio de esta institución y lo comparan con el *parol system*, inserido en su ordenamiento en el año de 1876. Cuello Calón aclara la cuestión, cuando demuestra que aparece en los Estados Unidos una forma de libertad condicional en 1825, en la Casa de Refugio de Nueva York, e inicia su funcionamiento a través de la ley que crea el Reformatorio de Elmira en 1869. Fue ahí, donde se desarrolló de modo amplio y recibió el nombre de *parol system*.

Para otra parte de los juristas, los verdaderos orígenes de la libertad condicional radican en Francia en la obra de Bonneville de Marsangy, *Institutions complémentaires du regime pénitenciaire*. La fecha de aparición es incierta. CUELLO CALÓN, aunque no está de acuerdo con el origen francés de esta institución, afirma que Bonneville la habría propuesto en 1847 y que fue adoptada como ley en 1850³⁹³. En la visión de DAIEN³⁹⁴: “Francia estableció la institución en 1832 para los menores de edad recogidos en la prisión de Roquette (París), con el título de *Liberation Provisoire pour les jeunes détenus*, y después la tornó extensiva a todos los jóvenes y adultos de buen comportamiento a través de las leyes de 1850 y 1855”. En un primer momento la institución fue vista como una recompensa para los adolescentes que se portaban bien y mostraban signos de que estaban saliendo de un cuadro preocupante de delincuencia.

La teoría mayoritaria, sin embargo, acuerda que la libertad condicional tuvo su origen en las colonias inglesas de Australia, siendo popularizada con el nombre de *ticket of leave system*. Para esta corriente la libertad condicional fue concretada en 1840 por Macconochie, con la entrada del sistema progresivo de cumplimiento de penas, con el fin de promover a través de la liberación anticipada, bajo vigilancia, la interacción social y rescate del ser humano, aunque, con respecto a la fecha de surgimiento de la institución, algunos autores como Aníbal Bruno y Daien, citando Mittermayer, declaran que la libertad condicional fue establecida por primera vez en el año de 1791, con el

³⁹² BITTENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal...*, ob. cit. p.794.

³⁹³ CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología*, ob. cit., p. 535.

³⁹⁴ DAIEN, Samuel, *Régimen jurídico y social de la libertad condicional*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1947, p. 45. La traducción fue hecha por la autora de este trabajo de investigación.

nombre de perdón judicial para los condenados deportados a Australia por Inglaterra³⁹⁵. Según ellos, solamente después del fracaso de la deportación, el sistema iniciado en la isla de Norfolk fue adoptado por los ingleses, seguidos de los irlandeses. En esta explicación se fundamenta, por regla general, el origen de la libertad condicional, nacida como complemento de una legislación correctora, propagándose por toda Europa, especialmente por Alemania y Suiza. La difusión de la institución en el continente europeo se debe al arduo trabajo de autores como Bonneville y Mittermayer.

Según GARCÍA VALDÉS³⁹⁶ el cumplimiento de las penas privativas de libertad tuvo en España, desde registros antiguos de su legislación, la reducción del tiempo de condena en los presidios. Lo lógico sería conferir la reducción del periodo de encarcelamiento atendiendo al propio comportamiento del recluso, buscando así hacer de la estancia en la cárcel una experiencia más alentadora. De acuerdo con CUELLO CALÓN³⁹⁷, el beneficio español sería una recompensa vinculada a la buena conducta del condenado.

Los precedentes más remotos de la libertad condicional se remontan al año 1835, cuando el Coronel Manuel Montesinos y Molina, estando al frente del Presidio de San Agustín de Valencia, implantó un sistema que permitía la liberación del recluso que, habiendo cumplido parte de la condena, demostrase una evolución en su conducta social, obtenida por medio del trabajo. La iniciativa fue consecuencia de la interpretación de los preceptos determinados en la Ordenanza de 1834, que ampliaron considerablemente el margen de actuación de los comandantes de instituciones penitenciarias en España.

Buscando siempre el trato digno e igualitario de los reclusos como instrumento de legitimación del Estado ante los condenados, el sistema de libertad condicional consistía en superar tres etapas. La primera etapa se caracterizaba por el uso inicial de grilletes, con peso proporcional a la gravedad del delito practicado por el interno. El ejercicio de la actividad laboral reducía paulatinamente la cantidad de peso a cargar. En la segunda fase el recluso iba a un taller escogido de acuerdo con sus habilidades e intereses para aprender un oficio. Finalmente, por demostrar avances en la

³⁹⁵ DAIEN, Samuel, *Régimen social y jurídico de la libertad condicional*, ob. cit., p. 14.

³⁹⁶ GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Estar mejor e salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LIV, MMI, 2003, p.31.

³⁹⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal, Tomo I, Volumen II*, 18ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p.33.

resocialización, pasaba a la llamada fase de libertad intermedia en la que los presos trabajaban fuera de los centros penitenciarios.

Estas medidas demostraron una efectiva reducción de los números de reincidencia criminal³⁹⁸ e hicieron de España el primer país de Europa a ensayar la libertad condicional. A pesar de estos datos esperanzadores, la tradición retribucionista vigente en la época de Montesinos hizo de esta experiencia un fenómeno rechazado, no permitiendo que sus reglas se aplicaran al resto de los presidios del país. Sin embargo, las ideas de Montesinos ganaron espacio en el panorama internacional, siendo utilizadas inclusive por CROFTON³⁹⁹, en la elaboración del sistema progresivo irlandés que años más tarde sería utilizado como modelo por la legislación española.

La noción de la finalidad de reintegración de la pena sólo se consolida en la era de los correccionalistas. RODER⁴⁰⁰ clasificó la libertad anticipada como un grado intermedio entre la prisión y la vuelta reglada del condenado a la sociedad, donde se certifica o no su transformación de comportamiento. La perspectiva de Roder pasa a ser masivamente divulgada en España en el último tercio del siglo XIX, a través de juristas como Francisco Giner de los Ríos y Romero Girón. A partir de este momento se inició un proceso de transición del concepto de sanción con fines absolutamente retribucionistas hacia la comprensión de la necesidad de incorporar finalidades preventivo-especiales en la aplicación de la pena, centradas en la reforma del condenado. Evidentemente, también se añadirían a las causas de estos cambios doctrinarios, aunque no expresamente revelados, motivos no tan idealistas como el mantenimiento del orden en los presidios y el desahogo de la excesiva población carcelaria.

El Real Decreto de 03 de junio de 1901 concretizó la reforma penitenciaria en España, orientando todo el sistema en los parámetros de progreso del condenado. El Decreto de 1901 divide la ejecución penal en cuatro periodos: el aislamiento celular; el periodo industrial y educativo, con actividades diurnas de orden laboral, educativo y

³⁹⁸ Sobre la cuestión de la reincidencia, Montesinos escribe en 1846 “Al treinta y cinco por ciento se hallaba la computación estadística de los reincidentes en la generalidad de nuestros presidios, cuando me atreví a organizar la administración de este ramo, y años hace que en el de Valencia son tan pocos, que dudo que pueda fijarse un número proporcional en más de uno por cada cien”, en TÉBAR VILCHES, Beatriz, *El modelo de libertad condicional español*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 47.

³⁹⁹ Crofton atribuye a Montesinos la creación del sistema progresivo en el Congreso Internacional Penitenciario de Londres, en el año de 1872, en TÉBAR VILCHES, Beatriz, ob. cit., p. 48.

⁴⁰⁰ GINER DE LOS RÍOS ha traducido en 1870 “Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones”, la principal obra de Roder. Romero Girón ha traducido varios trabajos de Roder en un único libro editado en 1875 como “Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios” en TÉBAR VILCHES, Beatriz, ob. cit., p. 62-63.

religioso con recogimiento nocturno; el periodo intermedio, compuesto de trabajos más leves y aislamiento nocturno y el periodo de gracias y recompensas en el que había trabajos mejor remunerados o externos.

Formalmente, la institución de la libertad condicional sólo se estableció por primera vez en el año siguiente al Real Decreto de 1913. Fue denominada desde entonces, como el cuarto período de cumplimiento progresivo de las penas privativas de libertad. La Exposición de motivos de la ley reguladora ya acentuaba el carácter reformador del tratamiento en prisión, preparando al recluso para mantenerse en libertad a través de su trabajo y de la actuación de diferentes organismos de asistencia social.

La Ley de 23 de julio de 1914 definía libertad condicional en su Artículo 5º como un medio de prueba para averiguar si el liberado se estaba corrigiendo. El código legal afectaba a todos los penados con más de un año de prisión, que hubiesen cumplido las tres cuartas partes de la condena, encontrándose así, en el último periodo de la ejecución penal. También los presos deberían cumplir los requisitos individuales de buena conducta y garantía de mantener una vida honrada atestados por los informes expedidos en los centros penitenciarios. En este sentido, el Artículo 2º de la mencionada ley creó para cada provincia una Comisión de libertad condicional con poderes de vigilar los establecimientos y la forma en la que eran tratados los internos. El abordaje presentado en 1914 representó un avance en la cuestión penitenciaria, los requisitos fueron mantenidos, en su parte substantiva, en los códigos penales de 1932, 1944 y 1973.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 se verificaron cambios significativos en las normas substantivas y procedimentales de la institución. Siguiendo los mismos principios del texto constitucional, con hincapié en el contenido del primer inciso del Artículo 25.2, la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 (LOGP) y el Reglamento Penitenciario de 1981 (RP/ 1981) desarrollaron las reglas referentes a estructura penitenciaria. El antiguo sistema progresivo que determinaba el paso de un grado a otro solamente considerando el transcurso del tiempo y el buen comportamiento carcelario fue sustituido por el sistema de individualización científica, que tiene los grados de clasificación como parámetros para el tratamiento, según la mejor tarea resocializadora. En otros términos, es la evolución del recluso, eliminando o disminuyendo los rasgos de personalidad relacionados con la criminalidad, la que proporcionará una nueva clasificación al interno. El Artículo 72.1 de la aún vigente Ley General Penitenciaria (LGP) ratifica lo expuesto cuando afirma que: "*Las penas*

privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será la libertad condicional, conforme determina el Código Penal". Se introdujo en esta época la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria (Art. 76, LOGP) con la función de decidir todos los conflictos propios de la ejecución penal, inclusive conceder y revocar la libertad condicional. Antes de la promulgación del Código Penal de 1995, el Supremo Tribunal Constitucional⁴⁰¹ ya decidía de tal forma sobre la función de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria:

(...) son los que han de velar "por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados, en los términos previstos en los Artículos 25.2, 24 y 9.3 CE, al constituir un medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" (STC 73/1983, FJ 3) Se trata, pues, de un control que se lleva a cabo por "órganos judiciales especializados" y que constituye "una pieza clave del sistema penitenciario para garantizar el respeto de los derechos de los internos" (STC 2/1987, FJ 5º).

También se realizaron grandes modificaciones a partir de 1995. Uno de los aspectos a subrayar es la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria imponga reglas de conducta al excarcelado durante su periodo de prueba. Otra gran innovación se refiere a la limitación temporal de la concesión de la institución que en este Código fue definitivamente suprimida. La libertad condicional pasó a ser aplicable a todas las penas privativas de libertad, sin restricciones en cuanto a su duración.

Respecto al comportamiento exigido a los condenados, aunque los códigos hayan tenido a lo largo de los años semejantes expresiones y composición en lo que se refiere a la institución estudiada, el Código Penal de 1995 sustituyó determinadas expresiones del viejo código como "intachable conducta" por apenas buena conducta u "ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad" por la exigencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Por representar criterios moralistas y superados resultaban incoherentes con el nuevo orden constitucional democrático que se implantaba.

Por lo tanto, sólo se han producido importantes reformulaciones en términos de libertad condicional años después, en 2003. El primero de los puntos vitales trata de la creación de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (JVP), a través de la LO

⁴⁰¹ STC 129/1995.

05/2003, de veintisiete de mayo, con el propósito de unificar los criterios de control de las penas resultantes de delitos de competencia de la Audiencia Nacional.

Otro marco en la historia de la libertad condicional española fue la LO 07/2003, de 30 de junio, que incorporó las medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Se instituyó una nueva modalidad de libertad condicional anticipada para los que participan de forma positiva en programas de reparación a las víctimas, de tratamiento o de desintoxicación. Fueron igualmente añadidos nuevos requisitos para la concesión de la libertad condicional como la satisfacción de responsabilidad civil por el daño causado y presupuestos de especial rigidez para los casos de delincuencia terrorista y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales que serán tratados posteriormente de forma más minuciosa. Sin embargo, se abolieron en 1995 los límites de concesión de la libertad anticipada para las penas de corta duración y, a partir de la LO 7/2003, se restringió el progreso hacia la libertad condicional para las penas de larga duración. El acceso al tercer grado se ha vuelto más riguroso. De este modo, el Art. 36.2 del Código Penal crea el llamado tiempo de seguridad: *“Cuando la 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”*. Es necesario puntuar que estos últimos temas y sus consecuencias se deben, principalmente, a la tendencia internacional actual de endurecimiento del Estado punitivo como medio de controlar el aumento de la criminalidad.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, completa las modificaciones alterando inclusive el Código Penal de 1995, en cuanto a la indicación de procedimientos específicos para la concesión de libertad anticipada por razones humanitarias.

En mayo del 2010 el Congreso de los Diputados aprobó una nueva reforma en el Código Penal y entre otros temas el legislador alteró la redacción del artículo 36.2, volviendo obligatorio el cumplimiento de la mitad de la pena sólo en casos de delitos que además de la pena superior a los cinco años sean considerados más graves, como los referentes a organizaciones y grupos terroristas, delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales, delitos del artículo 183 y delitos sexuales cuando la víctima sea menor de trece años. De acuerdo con la

Exposición de Motivos del Proyecto 121/000052⁴⁰², se elimina el automatismo hasta ahora vigente, permitiendo a los jueces adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente.

1.1 NATURALEZA JURÍDICA EN EL RÉGIMEN LEGAL VIGENTE

De acuerdo con el Código penal español vigente, la libertad condicional está regulada en los Artículos 90 a 93 y forma parte de las penas privativas de libertad. Está localizada en el Título III, denominado “De las penas”, Capítulo III “De las formas sustitutivas de la ejecución de la pena privativa de libertad y de la libertad condicional”, dentro de la sección 3ª, titulada “De la libertad condicional”.

La primera controversia que surgió fue sobre la localización de la libertad condicional en el Código y el cuestionamiento del sistema utilizado por el legislador para clasificar la institución en estudio. Para parte de la doctrina científica, a pesar de estar ubicada en el mismo capítulo que la suspensión condicional de la pena y la sustitución de la pena de prisión por privativas de otros derechos o multas, la libertad condicional no guarda semejanzas con estas figuras penales. El liberado condicional, incluso siendo libre para ir y venir, continua cumpliendo su condena, bajo condiciones determinadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Para VEGA ALOCÉN⁴⁰³, la relación de sujeción que une al excarcelado y a la Administración Penitenciaria permanece intacta. No hay sustitución o suspensión de la pena, pero sí hay una ejecución penal en moldes diversos del anterior por haber completado el liberado los requisitos del último grado en la progresión de la pena privativa de libertad atendiendo a los preceptos de la individualización científica acogida por la legislación penal y penitenciaria⁴⁰⁴. El periodo de duración de la libertad

⁴⁰² Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (121/000052).

⁴⁰³ VEGA ALOCÉN, Manuel, *La libertad condicional en el Derecho español*, Civitas Ediciones, Madrid, 2001, p.20.

⁴⁰⁴ En este sentido están los autores RACIONERO CARMONA, Francisco, *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad, Una perspectiva judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p.255; SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, *Comentarios ao CP de 1995*, Vol. I (arts. 1 a 233), coordinador: Tomás S. Vives Antón, Editora Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p.511; ASECIO CANTISÁN, Heriberto, *Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional*, Revista Jurídica La Ley, Tomo I, Madrid, 1989, p.997. En contrario, alejando de la libertad el 4º grado tenemos LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho Penal Español. Parte General*, 7ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p.156.

condicional será equivalente al resto de pena que el excarcelado aún tenga que cumplir (Art. 192 RP/1996).

La incoherencia sistemática apuntada por la mayoría de los estudiosos en materia penal parece haber sido aceptada por el legislador en la LO 15/2003, de 25 de noviembre. Al cambiar la rúbrica del Capítulo III, Título III del CP, demuestra que concibe ahora la libertad condicional como algo distinto a las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad que titulaban el Capítulo III. A esto se añade la expresión “y de la libertad condicional”.

Un segundo aspecto a ser analizado es la consideración, o no, de la libertad como beneficio penitenciario. Dentro de una perspectiva constitucional de reinserción social, BUENO ARÚS⁴⁰⁵ conceptúa los beneficios penitenciarios como aquellos dispositivos jurídicos que admiten la reducción de condena o al menos disminuyen el tiempo de efectiva reclusión.

El concepto legal de beneficio penitenciario se encuentra en el Artículo 202 de la RP de 1996:

Art. 202. Concepto y clases - 1. A los efectos de este Reglamento, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento.
2. Constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular.

El párrafo primero del Artículo 202 define las principales características de los beneficios penitenciarios. A continuación, el párrafo 2º del Artículo anteriormente mencionado al enumerar los beneficios sólo considera el indulto particular y el adelantamiento de la libertad condicional. Reforzando la línea que no considera la libertad condicional como beneficio penitenciario alega parte de la doctrina que el Título VIII del RP/1996 se denomina “De la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios”⁴⁰⁶ presentando, aparentemente, la idea de que serían elementos diferenciados. En compensación el Artículo 194 del mismo reglamento hace referencia a la libertad como beneficio.

Sin embargo, la libertad condicional encaja completamente en la segunda parte de la caracterización de beneficio del Art. 202, es decir, en la reducción material del tiempo efectivo de internamiento. Además, si el adelantamiento de la libertad

⁴⁰⁵ BUENO ARÚS, Francisco, *Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra I, 1989, p. 239.

⁴⁰⁶ TÉBAR VILCHES, Beatriz, ob. cit., p.121.

condicional es expresamente considerado como beneficio penitenciario, mucho más lo será el género de donde este último procede que es la libertad condicional. Por eso, a pesar de la libertad condicional no figurar explícitamente en el Artículo 202, por definición, puede ser considerada como beneficio penitenciario, aunque la palabra “beneficio” no sea, a nuestro juicio, el término más adecuado para esta institución⁴⁰⁷.

Mientras tanto, el gran interrogante que plantea la naturaleza jurídica de la libertad condicional es saber si se trata de una recompensa o un derecho subjetivo del condenado. Según FERNÁNDEZ GARCÍA⁴⁰⁸, el debate sobre la naturaleza de la institución pasa antes de todo por la existencia de dos tradiciones, la europea, que entiende la libertad condicional como expresión del derecho de gracia, y la visión angloamericana, que considera la concesión del beneficio como un instrumento más en la reforma del interno. Aún de acuerdo con el Profesor de la Universidad de Salamanca, la regulación española ha absorbido ambas influencias. Otra explicación dada para las divergencias en lo que respecta a la naturaleza legal de la institución discutida viene, en palabras de TÉBAR VILCHES⁴⁰⁹, de la reglamentación fragmentada que la libertad condicional posee. Los requisitos están presentes en el Código Penal, pero las reglas para los procedimientos de concesión, informes y seguimiento del liberado pertenecen al contenido de la legislación penitenciaria, sobre todo la LOGP y el RP, que regulan el último grado de la ejecución penal, lo que sólo confirma su carácter mixto penal-penitenciario.

El Art. 46 de la LPG y el Art. 263 de la RP/96 atribuyen recompensas a los internos que participan positivamente en actividades asociativas o de característica semejante. También en los Artículos 205 a 206 del RP constan como una de las condiciones para recibir los beneficios de indulto particular y adelantamiento de la libertad condicional la participación continuada en actividades laborales, culturales u ocupacionales. Este es el principal argumento usado por algunos autores para calificar los beneficios como facultades con carácter de recompensa. Según ellos, la concesión del beneficio se derivaría de la voluntad del juez.

⁴⁰⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *Los beneficios penitenciarios*, en FERNÁNDEZ GARCÍA, J.; PEREZ CEPEDA, A.; SANZ MULAS, N.; ZUÑIGA RODRIGUÉZ, L., (BERGUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ZUÑIGA RODRIGUÉZ, L. ;(Coords), *Manual de Derecho Penitenciario*, Universidad de Salamanca, Colex, Madrid, 2001, p.379.

⁴⁰⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *Manual de Derecho Penitenciario*, CISE, DL, Salamanca, 2006, p. 343.

⁴⁰⁹ TÉBAR VILCHES, Beatriz, ob. cit., p.118.

Por otro lado, de modo general, la doctrina científica comprende los beneficios penitenciarios como un derecho subjetivo del interno. Una vez que los requisitos objetivos y subjetivos indicados por el Código Penal y, de forma complementaria, por la legislación penitenciaria, se cumplan, el magistrado tiene la obligación legal de concederla. A nuestro juicio, se trata de un poder-deber del juez, condicionado a la satisfacción de los presupuestos establecidos por la Ley. Como no hay un rol cerrado de derechos subjetivos de los internos se puede considerar la libertad condicional un derecho penitenciario, siempre que se observen las disposiciones legales. El principio resocializador, que rige las instituciones penitenciarias modernas, lleva a comprender la libertad condicional como un medio para la reeducación, no debiendo ser reducida a mero premio por buena conducta del condenado. El Reglamento Penitenciario de 1996, en su Art. 203, completa disponiendo que:

Los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad.

Para reforzar esta idea, en septiembre de 1993, en la VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria fue aprobada la siguiente orientación:

La libertad condicional es una forma específica de cumplimiento de la condena de privación de la libertad, que se configura como un derecho del interno, condicionado a que concurran los requisitos establecidos por la Ley, de manera que, cuando aquél los reúna, la Junta de Régimen y Administración del establecimiento deberá elevar al Juez de Vigilancia el expediente correspondiente.

Esta propuesta de que trata el texto citado, realizada por la Junta Penitenciaria, debe hacerse con la antelación suficiente para que no haya retraso en la concesión de un derecho fundamental de tal magnitud como es la libertad de movimiento, aunque existan algunas restricciones que deben ser respetadas (194 RP). La recomendación de la Dirección de Instituciones Penitenciarias es que el expediente de la libertad condicional se dirija al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sin retrasos, antes incluso de que el tiempo necesario de la condena se haya cumplido completamente, con el fin de evitar dilaciones en la tramitación del proceso, fruto de la burocracia estatal, que perjudiquen el disfrute de los derechos subjetivos del encarcelado. Por desgracia, en la práctica, es muy habitual que se conceda la libertad

condicional mucho tiempo después de la fecha del cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena.

La positivación del Artículo 90 del CP utiliza la locución verbal “se establece” que no deja alternativa al juez, una vez verificadas las circunstancias legales en favor del penado. Así mismo, el Reglamento Penitenciario de 1996, en su Artículo 192, acentúa de forma imperativa la obligación de que el magistrado conceda la libertad solicitada por la Junta de Tratamiento o por el condenado, en cuanto se concreticen los presupuestos del CP:

Los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en el Código Penal *cumplirán* el resto de su condena en situación de libertad condicional conforme a lo dispuesto en dicho Código (cursiva añadida).

En este sentido RODRÍGUEZ ALONSO⁴¹⁰ afirma que “*El interno con relación con los beneficios penitenciarios se encuentra en una situación de espera, ‘expectativa de derechos’, hasta cuando se den o produzcan las circunstancias legales para su adquisición*”. Interpretando la cita de arriba, se observa que tratándose de auténticos derechos subjetivos del interno, éste podrá renunciar a ellos o recurrir a través de una reclamación o por medio de un recurso ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria en caso de sentirse perjudicado.

Por lo tanto, al conceder la libertad condicional a un reo no se le otorga un premio, sino que se reconoce un derecho, pues como ya establecía la exposición del RD del 8 de febrero de 1915, “la libertad condicional es un acto de justicia”. Por eso, las palabras merecedor y premiado no pueden ser consideradas sinónimas, una vez que sólo se pueden exigir derechos, pero no concesiones y privilegios.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

La libertad condicional en España conserva desde su origen el mismo ámbito de aplicación subjetivo y objetivo. Así, el Artículo 90.1 de CP dispone que se establecerá la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias de que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario; que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la

⁴¹⁰ RODRÍGUEZ ALONSO, Antonio, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 3ª ed., Comares, Granada, 2003, p.341.

condena impuesta y que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el Artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El ámbito subjetivo se centra en los presos sentenciados definitivamente, reclusos en un establecimiento penitenciario, que cumplan los requisitos legales. No hay duda que para los encarcelados preventivos no existe la posibilidad de libertad condicional. Siendo una institución destinada a los sentenciados que están en el 3º grado, se trata de personas que ya fueron clasificadas y evaluadas en su progresión penitenciaria, de acuerdo con el Art. 192 del RP de 1996. Por todo eso, están en la fase final de la ejecución. No sería razonable utilizar el mismo procedimiento y prerrogativas para los individuos que ni siquiera fueron juzgados definitivamente.

Con relación al ámbito objetivo la regla repetida desde 1914 es que la libertad condicional se limita a los sentenciados con penas privativas de libertad, es decir, personas que cumplen la condena en reclusión, sea en presidios, cárceles o prisiones. Por exclusión, la libertad condicional no es aplicable a las penas de destierro, confinamiento, extrañamiento, caución, inhabilitación, penas suspensivas de cargos, profesiones u oficios, o aún penas restrictivas de otros derechos que no sean el de locomoción.

Con el vigente Código Penal se ha suprimido la limitación temporal anterior que sólo permitía gozar del beneficio a aquellos condenados en decisión judicial a penas superiores a 01 año. A partir del cambio de 1995 la libertad condicional se aplica a todas las penas privativas de libertad, cualquiera que sea su duración. Mientras tanto, SERRANO BUTRAGUERO⁴¹¹ defendió que, en virtud del Art. 71.2 del CP de 1995, en verdad, sólo las penas superiores a tres meses podrían ser objeto de libertad condicional. Las penas de prisión inferiores a tres meses deben ser sustituidas por penas de arresto de fin de semana, cuando sea posible, o multa, o incluso proceder a la suspensión de la pena, si es el caso.

El Artículo 35 del Código Penal del 1995 fija que son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. En cuanto al concepto de penas privativas de libertad a efectos de libertad condicional, en su sentido material, permanece la controversia en la doctrina jurídica moderna en lo que respecta a tres penas en concreto: la responsabilidad

⁴¹¹ SERRANO BUTRAGUENO, Ignacio, *Código Penal de 1995, Comentarios y jurisprudencia*, Editorial Comares, Granada, 1998, nota 9, pp. 759-760.

personal subsidiaria por impago de multa, la localización permanente y el arresto de fin de semana, este último retirado del Código Penal con la Ley Orgánica 15/2003 por su falta de aplicación en la práctica.

Para parte de estos autores, una simple interpretación teleológica demuestra que sólo tiene sentido conceder la libertad anticipadamente a quien se encuentre completamente privado de libertad. La Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal es igualmente categórica sobre el tema cuando expone que: *“La libertad condicional se prevé para las penas de prisión sin posibilidad de suspensión de las demás penas temporales”*

No obstante, diversos autores se han pronunciado a favor de la extensión de la libertad condicional a las otras penas temporales. Conociendo la inclusión del Art. 35 de esta modalidad entre las penas privativas de libertad, caben algunas matizaciones. Para SOLAS DUEÑAS⁴¹² sería impropio no hacer extensivo este beneficio a las penas de arresto de fin de semana, localización permanente y multa temporal. Teorías contrarias y favorables a las tres instituciones serán analizadas a continuación.

2.1 ARRESTO DE FIN DE SEMANA

A pesar de ya no figurar como pena privativa de libertad en el Código Penal reformado en 2003, los comentarios aquí presentes acerca del arresto de fin de semana se deben al hecho de que los delitos cometidos hasta 01 de octubre de 2004 aún tendrán el arresto de fin de semana como opción viable de ejecución penal.

En el arresto de fin de semana, el condenado vive normalmente en sociedad durante la semana. La reclusión se limita a los fines de semana en la prisión, de modo que la ejecución de este tipo de pena no perjudique las obligaciones laborales, instructivas o familiares del condenado (Art. 13.4 del Real Decreto 690/96, de 26 de abril) buscando, según el Art. 17 del mismo decreto, evitar su estigmatización.

Con relación a este punto, los autores que están en contra alegan en primer lugar que teniendo solamente una finalidad retributiva, el arresto de fin de semana no incorporaría la perspectiva resocializadora recomendada por las normas constitucionales y penales. No estando preso, no podrá recibir ningún tratamiento penitenciario o clasificación de grado, esta última imprescindible para el permiso de la libertad

⁴¹² SOLA DUEÑAS, Ángel, y otros, *Alternativas a la prisión*, Editora P.P.U, Barcelona, 1986, p.227.

anticipada. También apunta parte de la doctrina la invalidación de un posible pronóstico favorable de reinserción social. El condenado no puede ser reintegrado porque ya vive efectivamente en sociedad. De acuerdo con RACIONERO CARMONA⁴¹³, no hay razón para someter a prueba a quién está toda la semana en libertad.

En favor de la aplicación de los beneficios penitenciarios, además de la confirmación de que el arresto de fin de semana estaba contemplado anteriormente como pena privativa de libertad, los defensores de la libertad condicional en estos casos acentúan los problemas de jerarquía normativa causada por el Decreto 690/1996 que, en su Artículo 71 prohíbe la clasificación de este tipo de penas en grados y añade que el arresto no está sujeto al sistema de individualización científica, contrastando frontalmente con la Constitución española y el propio Código Penal. Al mismo tiempo, alegan que la no concesión de la libertad condicional puede dar lugar a serios riesgos de desocialización del individuo que pasaría poco tiempo en prisión y, además, el agravamiento de la severidad de esta institución para los destinatarios del arresto de fin de semana sin una justificación plausible.

Para conciliar estas posturas discrepantes, ha surgido una teoría conciliatoria a través de la Instrucción 19/1996 de la DGIP y de la IX Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Según esta postura ecléctica, se admite la aplicación de la libertad condicional a penas de arresto de fin de semana siempre que éstas se cumplan de forma ininterrumpida⁴¹⁴, es decir, cuando la pena de arresto se desarrolle, a la vez, con otras penas de prisión. Para eso, el condenado deberá requerir al Tribunal sentenciador que convierta el arresto en días de cumplimiento continuo.

Sobre la forma del cómputo en casos de arresto, la novena Reunión de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria ya orientaba de la siguiente manera:

El cómputo de los arrestos de fin de semana, cuando se cumplan juntamente con otras penas privativas de libertad, a efectos de la determinación de las tres cuartas partes o de las dos terceras partes para la libertad condicional, deberá hacerse convirtiendo los arrestos en tiempo ininterrumpido de cumplimiento, a razón de dos días de prisión por cada fin de semana.

⁴¹³ RACIONERO CARMONA, Francisco, *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad*, Una perspectiva Judicial, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 132-133.

⁴¹⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Conclusiones de la IX Reunión de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 1996, p. 03.

2.2 LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE

La localización permanente obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia condenatoria o posteriormente en auto motivado. Conforme recomienden las circunstancias, el Código Penal preceptúa que el juez concluirá si la condena se cumple de forma continuada o durante los fines de semana, de manera que la pena no perjudique la situación familiar y laboral del condenado. Según la reciente modificación introducida por el Proyecto de Ley Orgánica aprobado por el pleno en mayo de 2010⁴¹⁵, en los casos en que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reincidencia en la comisión de infracciones y siempre que la ley penal expresamente lo ordene, el juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado (Art. 37.1). El apartado 4 del mismo artículo permite que para el control y seguimiento de la decisión judicial pueda ser dispuesto el uso de medios telemáticos.

Para TÉBAR VILCHES⁴¹⁶, la institución de la localización permanente mezcla características del antiguo arresto domiciliario con los nuevos elementos y tecnologías del mundo moderno. No está incluido en el perfil requerido por la libertad condicional por no necesitar la presencia prolongada del condenado en los centros penitenciarios, además de no tener una duración superior a los seis meses, lo que hace inviable cualquier tratamiento resocializador, de acuerdo con lo que exige el Art. 25.2 de la CE.

Ya que es prácticamente unánime que la localización permanente de forma aislada no satisface los requisitos para la libertad condicional, resta la discusión sobre la posibilidad de concesión en caso de concurrencia de la localización permanente con otras penas privativas de libertad, aplicándose la suma de condenas.

En el caso de que el interno tenga varias condenas de penas privativas de libertad pendientes, el Art. 193.2 del RP de 9 de febrero de 1996 instruye que, para efectos de libertad condicional, se sumen los correspondientes periodos como si fuesen una sola pena de duración más larga.

⁴¹⁵ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (121/000052).

⁴¹⁶ TÉBAR VILCHES, Beatriz, ob. cit., p. 124.

Si el lugar de cumplimiento natural de la pena es el domicilio del condenado, no parece aceptable. Pero, si la ejecución de la pena se desarrolla en un centro penitenciario es perfectamente aplicable, respetando, incluso, la perspectiva reintegrativa tan perseguida por la Constitución española.

2.3 LA RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA POR IMPAGO DE MULTA

De acuerdo con el Artículo 52 del Código Penal, la multa se establecerá dentro de los límites fijados para cada delito, en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo. La cuantía será fijada conforme las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho y, principalmente, observando la situación económica del culpable.

El Artículo 53 completa el razonamiento legal cuando prevé que en casos de no satisfacción voluntaria de la multa impuesta por el condenado, y siendo la pena privativa de libertad no superior a cinco años, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente. Excepcionalmente, el juez o tribunal podrá acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. Así, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.

Resta resaltar que el cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del condenado. Como en los casos anteriores aquí discutidos hay autores a favor y en contra de la aplicación de libertad condicional para este tipo de pena.

Empezando por las críticas a su aplicación, la primera de ellas tiene en cuenta que originándose la pena en la multa, no es propiamente una pena privativa de libertad. Además, no incidiría sobre el individuo el tratamiento resocializador. Otro punto en contra trata de la oportunidad de extinción de la pena en cualquier momento, ya que con el pago del débito se extingue la punición.

Por otro lado, VEGA ALOCÉN⁴¹⁷ sostiene que la aplicación de la libertad condicional en estos casos es posible porque además de estar reconocida expresamente

⁴¹⁷ VEGA ALOCÉN, Manuel, *La libertad condicional en el Derecho español*, ob. cit., pp.39-40.

por el Art. 35 del Código Penal de 1995, el Artículo 90 del mismo código penal menciona de forma generalista las penas privativas de libertad cuando, de desearlo, podría haber establecido restricciones. Para él, con el impago de la pena pecuniaria hay una transformación inmediata de la multa en prisión, y, por lo tanto, la susceptibilidad de aplicación de la libertad condicional.

Por principio, en materia penal, las penas más graves deben ser cumplidas antes que las condenas más leves, lo que conduce a que las penas de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa deban aplicarse en último lugar. Siguiendo este razonamiento, las personas que cumplan dos o más penas privativas de libertad a la vez, después de concluir el periodo de libertad condicional de las penas más rigurosas, paradójicamente, estarían obligadas a volver al presidio para finalizar su pena subsidiaria por impago de multa.

Vale subrayar la posición de SÁNCHEZ YLLERA⁴¹⁸ que considera desocializador privar de beneficios penitenciarios a aquellos que por razones de insolvencia no pueden realizar el pago de las multas debidas. En este caso, una posible solución para el impago de multa tal vez sea su sustitución por un trabajo en beneficio de la comunidad, instrumento que podría evitar los efectos más perversos del encarcelamiento.

Otra hipótesis de solución concreta sería adoptar jurídicamente la forma en la que legislación brasileña trata el tema de la ejecución de las penas de multa. Según el Artículo 51 del Código Penal brasileño la pena de multa no puede convertirse en prisión. Tramitada en el juzgado la sentencia condenatoria, la multa debe ser pagada en diez días. A requerimiento del condenado, y conforme sean las circunstancias del caso y, principalmente, la capacidad económica del reo, el juez puede determinar que el pago de la multa se haga en cuotas mensuales, incluso descontándolo del salario del condenado. Una vez que el condenado no realice el pago de la multa, el débito será transformado en deuda de valor del Estado, siendo regulado de acuerdo con las normas relativas a la Hacienda Pública, sus plazos, procedimientos e incluso sus causas de suspensión e interrupción de prescripción, evitando así, la ida de un sujeto de baja peligrosidad al sistema carcelario.

⁴¹⁸ SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, *La libertad condicional, Cuestiones prácticas de su aplicación*, V Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p.143.

3. REQUISITOS O PRESUPUESTOS NECESARIOS

La libertad condicional encuentra sus requisitos básicos en el Art. 90 del Código Penal español. Para que la concesión del beneficio pueda contemplarse, el condenado a la pena privativa de libertad tendrá que cumplir de forma simultánea con todos los criterios objetivos y subjetivos exigidos por el legislador.

3.1 REQUISITOS O PRESUPUESTOS OBJETIVOS

3.1.1 ESTAR EL PENADO CLASIFICADO EN EL TERCER GRADO PENITENCIARIO

La clasificación de los internos en grados proporciona los parámetros jurídicos de actuación de la Administración penitenciaria durante el cumplimiento de la condena, ponderando la adecuación de regímenes y modalidades de acciones de tratamiento. Las propuestas de clasificación son formuladas por las Juntas de Tratamiento de los respectivos Centros Penitenciarios. Para clasificar inicialmente al penado se tomarán en consideración elementos como su personalidad, su perfil individual, familiar, social y delictivo, la duración de la pena privativa de libertad y las posibles dificultades económicas y circunstanciales en su regreso a la libertad (Art. 63, LOGP).

En términos de libertad condicional el Código Penal de 1995 trató de corregir un error formal que figuraba en el Artículo 98 del ya extinto código criminal. El antiguo código exigía que el penado estuviese en el último periodo de la condena, que correspondía a la propia libertad condicional, para recibir el beneficio. La exposición de los diversos grados penitenciarios y su correspondencia pertinente con los regímenes de cumplimientos de las penas están presentes en el Artículo 101 del RP de 1996.

El primer grado posee un nivel de medidas de control más rígidas, con la aplicación de las reglas pertenecientes al régimen cerrado. Por la gravedad de los crímenes cometidos y la reciente llegada al sistema penitenciario, se necesita más tiempo para la adaptación y, consecuentemente, vigilancia reforzada. La clasificación en el segundo grado comporta la aplicación de las reglas relacionadas con el régimen ordinario. En esta etapa, aunque el individuo se encuentre en el presidio, hay una cierta flexibilidad en lo que se refiere a la posibilidad de movimiento, incluso con permisos de

salida al exterior, y oportunidades más variadas de actividades laborales, de educación, instrucción o religiosas. El tercer grado estipula la aplicación del régimen abierto, en cualquiera de sus modalidades. Esta fase tiene como característica la abolición de la vigilancia rígida y está basada en la confianza y autodisciplina de los penados. De acuerdo con el Reglamento Penitenciario, excepcionalmente, la Junta de Tratamiento puede proponer un régimen en que se combinen aspectos específicos de cada uno de los referidos grados como forma de individualizar las medidas de tratamiento, siempre que sean razonables y aprobadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Para la concesión de la libertad condicional, el primer requisito objetivo requiere que el penado se encuentre en el tercer grado. El régimen abierto sólo puede ser aplicado a los internos que demuestren capacidad para vivir adecuadamente en un sistema de semilibertad. Sin embargo, es indiferente sobre qué modalidad de régimen abierto se aplica la liberación anticipada del candidato.

Al analizar más de cerca la fase de tercer grado penitenciario, se pone en evidencia el intento legal de facultar a los penados para el regreso a casa. Con este fin, la Junta de Tratamiento podrá disponer de normas propias de estructuración y vigilancia del régimen abierto, siempre que sean aprobadas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (DGIP). El Artículo 84 del RP de 1996 confirma esta postura cuando dispone que:

Art. 84. Modalidades de vida en régimen abierto - 1. Las normas de organización y funcionamiento de los Establecimientos de régimen abierto serán elaboradas por la Junta de Tratamiento y aprobadas por el Centro Directivo.

2. En los Establecimientos de régimen abierto se podrán establecer, a propuesta de la Junta de Tratamiento, distintas modalidades en el sistema de vida de los internos, según las características de éstos, de su evolución personal, de los grados de control a mantener durante su salidas al exterior y de las medidas de ayuda que necesiten para atender a sus carencias.

3. Se establecerán modalidades de vida específicas para atender y ayudar a aquellos internos que en el momento de acceder al tercer grado no dispongan de recursos suficientes para desarrollar una actividad estable en el exterior o tengan carencias importantes en el apoyo familiar o social que dificulten su integración.

Sin embargo, en casos de penados que tengan una trayectoria delictiva diferente o una conducta personal anómala o aún motivos que justifiquen la imposibilidad de trabajar fuera del Centro Penitenciario, el Artículo 82 del RP autoriza la restricción de salidas al exterior y demás formas de control y medios de tutela recomendados por la Junta de Tratamiento, para orientar al interno en la búsqueda de

una actividad de subsistencia y ayudarlo a encontrar, cuando se haga necesario, asociaciones o instituciones, públicas o privadas, que amparen al liberado en el proceso y dificultades manifestadas con la excarcelación.

Otro imperativo básico para la clasificación en grados es el hecho de que el recluso ya tenga una sentencia firme contra él, sin derecho a más recursos. Esto porque sólo los penados pueden ser clasificados y a los presos preventivos, sin excepciones, no cabe libertad condicional. Esta deducción viene de lo previsto en los párrafos 1 y 2 del Art. 104 del RP de 1996:

104. Casos especiales - 1. Cuando un penado tuviese además pendiente una o varias causas en situación de preventivo, no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal.

2. Si un penado estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta al Centro Directivo (...).

Sobre la progresión del condenado al tercer grado resta aún mencionar importantes puntos implantados por la Ley Orgánica nº. 7 de 2003. El primer aspecto trata de la necesidad de satisfacción de la responsabilidad civil, derivada del delito, para acceder a la tercera etapa de la ejecución penal. La reparación civil originada en la conducta criminal sólo tendrá lugar cuando el interno haya sido condenado por la comisión de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico por haber actuado con notoria gravedad y perjudicado a un gran número de personas; delitos contra los derechos de los trabajadores, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social y contra la Administración Pública con participación de autoridades, funcionarios públicos o personas que ejerzan funciones de orden público, comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal (cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función).

La compensación civil de que trata el Artículo 90 del Código Penal y además el Artículo 72.5 de la LOGP, puede satisfacerse a través de la restitución de la cosa sustraída o de la reparación del daño con indemnizaciones de orden material y/o moral. Para evaluar el *quantum* a ser recibido por la víctima del delito debe ser considerada la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y la condición de cada uno de ellos.

Igualmente, es papel del magistrado ponderar la capacidad real del culpable de cumplir con su obligación legal, observando sus condiciones personales y patrimoniales, a fin de no privarlo a él, ni a su familia, de los medios esenciales para la subsistencia. También se valorarán, cuando resulte conveniente, posibles garantías que permitan asegurar la satisfacción futura del daño a la víctima. En la Audiencia Provincial de Madrid, se puede citar el Auto de 27 de abril de 2004 que dispone lo siguiente sobre la previsión de ulterior reparación:

La libertad es la única forma de conseguir trabajo y con ello de, eventualmente, satisfacer lo debido en concepto de responsabilidad civil, y lo que no puede hacer la ley es exigir lo imposible, y menos aún incurrir en un círculo vicioso, en el que la posibilidad de pago pase por la libertad (o la semilibertad) y esta no sea alcanzable por imposibilidad de pago.

El segundo aspecto importante tratado por la LO 7/ 2003, de 15 de junio, y modificado en la reforma publicada en 6 de mayo de 2010, es la institución del requisito temporal para llegar al tercer grado, ya mencionado cuando fueron apuntadas las recientes modificaciones legislativas de la institución aquí analizada: el llamado periodo de seguridad. Por ese supuesto, en las condenas superiores a los cinco años, en aquellos crímenes enumerados por el Art. 36.2 del Código Penal, el paso al régimen abierto sólo será permitido después de completada al menos la mitad de la pena privativa de libertad en los niveles anteriores.

Entre las reglas generales sobre la separación en grados, está previsto en el Artículo 72.3 de la LOGP que el penado se sitúe inicialmente en un grado superior, sin tener que pasar necesariamente por los grados que le preceden, siempre que la observación y clasificación correspondiente de un interno indique que este posee plenas condiciones para tal. Lo que pasa es que estas normas no se aplican a la libertad condicional, como el propio Artículo subrayado trata de explicitar.

El requisito temporal de seguridad, ajustado según las disposiciones del cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, ha promovido en la práctica que la clasificación inicial en tercer grado sea limitada y minoritaria, porque el legislador pretende conceder la libertad condicional solamente cuando el penado haya pasado un tiempo de adaptación en semilibertad, en el tercer grado, que es el paso previo para la libertad condicional, conforme ya advertía el Artículo 104.3 del Reglamento Penitenciario:

Para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el Artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado

Las críticas doctrinarias a la regla implantada inicialmente en 2003 atacan tanto aspectos sistemáticos como la teleología de la Ley, o la falta de ella, en su caso. Juristas como GARCÍA ALBERO⁴¹⁹ afirman que la exigencia de cumplimiento de al menos la mitad de la pena desfigura el sistema de individualización científica, diferenciado del sistema progresivo exactamente por la libertad de elección de grado en el momento de la clasificación inicial. Para el autor, la disposición de acceso al tercer grado postulado por el parlamentario va en contra del principio de la individualización de las penas, que de acuerdo con el Art. 25.2 de la Constitución española, se orienta a los fines de reeducación y reinserción social.

En lo que respecta a la cuestión formal, la transcripción del Art. 36.2 del CP ha creado problemas interpretativos, debido a la duda por parte de los aplicadores y estudiosos de la Ley sobre qué pena superior a los cinco años debe tenerse en cuenta para aplicar el periodo de seguridad: la pena impuesta en la sentencia por un determinado delito, la pena que ha sido acumulada (Art. 76 CP) o la pena resultante de la suma penitenciaria de todas las condenas concurrentes, en la fase de ejecución penal, presente en el Art. 193 RP.

Después de varias discusiones y respuestas encontradas sobre la cuestión arriba expuesta, la Administración penitenciaria estatal, en principio, interpretó que el periodo de seguridad era aplicable a las penas superiores a 5 años, independientemente de su origen (I-9/2003). A nuestro juicio, acertadamente, la DGIP ha optado, mediante la Instrucción 2/2003, por la orientación que considera aplicable el periodo de seguridad exclusivamente a las penas que, consideradas individualmente, superen los 5 años, dado que el precepto expresamente alude al cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, no al cumplimiento de la mitad de la condena, o de la totalidad de las penas impuestas. Así, en respeto a las garantías constitucionales y a los principios penales de legalidad y

⁴¹⁹ GARCÍA ALBERO, Ramón y TAMARIT SUMALLA, José. M^a, *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 34.

anterioridad, hay que interpretar restrictivamente los recortes en la libertad de cualquier individuo⁴²⁰.

A pesar de que algunos autores no encontraron problemas de orden formal para conceder el tercer grado y la libertad condicional al mismo tiempo, por la absoluta inexistencia de prohibición legal, este procedimiento forma parte de las excepciones. La estructuración en etapas pensada por el legislador busca el proceso continuo de evolución del penado, sin saltos precipitados, excepto cuando sea realmente recomendable para el tratamiento. En la práctica, la reducción de los plazos de tiempo o adelanto de grados se produce en los supuestos extraordinarios de la libertad condicional por enfermedad muy grave e incurable, siempre respaldados por los informes médicos necesarios y concluyentes, que serán tratados en un apartado específico más adelante.

3.1.2 QUE SE HAYAN EXTINGUIDO LAS TRES CUARTAS PARTES DE LA CONDENA IMPUESTA.

La imposición legal de que el penado haya cumplido una cantidad mínima de tiempo de condena antes de que pueda recurrir a la libertad condicional sirve inicialmente para fomentar dentro de la sociedad la sensación de estabilidad provocada por la eficacia de las normas jurídicas y, consecuentemente, formar una consciencia de responsabilidad en lo que respecta a los bienes jurídicos elegidos como fundamentales por el Estado. Al lado de la prevención general, el límite de tres cuartas partes determinado por el Código Penal, intenta garantizar la prevención de la criminalidad, ayudando a la corrección del interno, a través del tratamiento penitenciario, basado en la apreciación constante y continuada de su comportamiento y evolución.

Este criterio consiste en el simple empleo de las reglas de aritmética incidiendo sobre todas las penas privativas de libertad e independientemente de cuál sea la duración o la gravedad de la sanción penal aplicada. La condena puede ser única o la consecuencia de la suma de las diversas sentencias que estén cumpliendo los penados y que, por una maniobra legal, están conectadas o refundidas y debidamente aprobadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

⁴²⁰ También esta orientación fue adoptada en el punto 47 de las conclusiones de Jueces de Vigilancia Penitenciaria (Tol 1366585) en FERRER GUTIÉRREZ, Antonio, *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario, Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 320.

En la sección destinada a las reglas especiales de aplicación de las penas, el Código Penal aclara muchas de las cuestiones referentes al cálculo para efectos del cómputo exigido para la libertad condicional. Cuando el sujeto comete dos o más delitos, idénticos o no, se aplican las penas privativas de libertad de forma acumulativa. En caso de imposibilidad de la ejecución simultánea de las diversas penas, el condenado extinguirá primero la más grave de ellas y después, sucesivamente, las de menor repercusión criminal, siempre que el tiempo de cumplimiento de las penas no supere los límites establecidos por Ley o el triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido. Esta limitación legal se observará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo (Art. 76, CP).

Por el contrario, si la condena a cumplir, como consecuencia de la limitación del Artículo 76, del CP - de 20, 25, 30 o 40 años o el triple de la máxima- fuese inferior a la mitad de la suma total de las condenas impuestas, con relación a los beneficios penitenciarios y a la libertad condicional se computarán teniendo en cuenta la totalidad de las penas impuestas. El Juez de Vigilancia penitenciaria puede aplicar entonces, el régimen general, valorando para eso las circunstancias personales, evolución en el tratamiento y pronóstico de reinserción social del liberado.

Para el cálculo de las tres cuartas partes de la condena es importante considerar como posibilidad real la concurrencia de indultos. Siendo el indulto una de las causas de extinción de la pena, parte de la pena indultada deberá añadirse al tiempo efectivamente cumplido, de tal manera que la suma llegue a constituir las tres cuartas partes de la pena originalmente impuesta. Es importante subrayar que la ley penal menciona haber extinguido y no cumplido los tres cuartos de la condena y esta diferencia conceptual no es nada insignificante. Reforzando la normativa a ese respecto se puede mencionar el RP de 1996, que declara:

Art. 193. Cómputo del tiempo cumplido - Para el cómputo de las tres cuartas partes o en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas:

1ª. El tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, a los efectos de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratase de una nueva pena de duración inferior.

2ª. Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.

Ningún autor moderno discute la legitimidad del cómputo del indulto para extinguir las tres cuartas partes de la condena. Las críticas, a nuestro juicio pertinentes, están concentradas en el hecho de que la libertad condicional estimula la buena conducta y, el indulto, por otro lado, es un regalo concedido con absoluta libertad por el soberano, sin que sea necesario ningún motivo ni mérito por parte del condenado. Para CASTEJÓN⁴²¹ es injusto que el indulto rebaje las tres cuartas partes de la pena, no por buen comportamiento del reo, sino por la voluntad Real.

En virtud de la existencia del conflicto intertemporal ocasionado por la existencia de penados con penas privativas de libertad a cumplir según el antiguo Código Penal de 1973 es importante plantear el problema de adecuación de esos casos prácticos al Código de 1995, sobre todo en lo que respecta al extinto beneficio de la redención de la pena por el trabajo.

En el CP pasado, al trabajador recluso se le condonaba un día de cumplimiento de la pena impuesta por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se tenía en cuenta para el cálculo de extinción de las tres cuartas partes de la condena, o sea, para la concesión de la libertad condicional. Según JUANATEY DORADO, pasados los años y dadas las dificultades de ofrecer un trabajo a cada penado en las Instituciones Penitenciarias, el beneficio pasó a ser aplicado prácticamente de manera automática a todos los internos que realizaran como mínimo las tareas obligatorias de limpieza e higiene en los centros penitenciarios⁴²².

Con la entrada en vigor del Código actual se suprimió definitivamente la institución de la redención de penas por el trabajo, que ya no tendrá ninguna influencia para el cálculo de las tres cuartas partes de la condena. Sin embargo, a pesar de haber sido derogada, la redención es todavía hoy aplicable a un considerable número de internos que han cometido sus delitos en fecha anterior a la entrada en vigor del Código Penal de 1995⁴²³.

Para resolver los casos concretos que restan del antiguo código, hay que utilizar las reglas presentes en las disposiciones transitorias. La 1ª de ellas, en su apartado cuarto, del RP 1996, regula que el cumplimiento se inicie por las penas que deban regirse conforme al CP de 1973, y una vez terminadas todas ellas, a continuación

⁴²¹ CASTEJÓN, Federico, *Libertad Condicional*, Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1915, nota 7, p. XL.

⁴²² JUANATEY DORADO, Carmen, *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011, p. 156.

⁴²³ SSTS 557/1996, de 18 de julio, FJ 4; 887/1996, de 13 de noviembre, F3; y 22 de noviembre de 1996, FJ2.

se ejecutarán las penas del CP de 1995. Sobre el tema, merece la pena exponer la interpretación de la regla hecha por el ilustre SÁNCHEZ YLLERA⁴²⁴:

(...) cumplidas las tres cuartas partes de la primera condena se pasa a cumplir las tres cuartas partes siguientes, dejando para la extinción al final del cómputo el cumplimiento de la cuarta parte restante de cada condena[...], de forma que (...) si el interno progresa a tercer grado se le podrá proponer la libertad condicional por todas ellas.

La disposición transitoria 2ª establece que las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo se aplicarán a los condenados conforme el Código derogado, de acuerdo con el principio de aplicación de la ley penal más favorable. Consecuentemente, observando la máxima "*tempus regit actum*", no podrán gozar de ellas los condenados a quién se les aplique las disposiciones del nuevo Código.

Sobre la redención de penas por el trabajo, cabe mencionar finalmente que, a nuestro juicio, su derogación fue un error. Creemos que para conseguir un régimen penitenciario propicio a la finalidad resocializadora, la potenciación de actividad laboral es determinante. Por ser común tanto al ambiente carcelario como al mundo exterior, el trabajo representa un importante elemento en el proceso de reinserción del recluso en la sociedad.

El acceso al mercado laboral y a un trabajo digno es primordial porque permite pensar en proyectos presentes y futuros. El trabajo permite a los penados conocimientos, nuevas relaciones y la posibilidad de formar parte de la "normalidad", además de proporcionar una cierta independencia financiera, capacidad de consumo y mejora de la autoestima a estas personas⁴²⁵.

Aunque en el adelantamiento de la libertad condicional se tenga en cuenta la participación del interno en actividades laborales, la anticipación de la libertad sólo podrá ser concedida cuando el individuo ya esté en tercer grado, con las dos terceras partes de pena cumplidas y presente un pronóstico de reinserción favorable. Por ser más amplio, el beneficio de la redención de penas por el trabajo ya estimulaba al individuo desde mucho antes, en el inicio del cumplimiento de la pena, a trabajar y pagar su condena de una forma más productiva para él mismo y para el Estado.

⁴²⁴ SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, *La libertad condicional*, ob. cit., p. 513, nota 21.

⁴²⁵ OLEAGA, Begoña y BALLESTEROS, César, *Dificultades de las personas presas fuera de prisión*, en *Servicios Sociales y Cárcel: Alternativas a la actual cultura punitiva*, Editora Salhaketa, Vitoria-Gasteiz, 2005, p. 238.

El hecho de no haber trabajo suficiente para todos, al menos no en el momento de la derogación de la institución, fue simplemente el resultado de opciones políticas no comprometidas con la reintegración del individuo y la disminución de las desigualdades sociales. Además, no se puede olvidar que también ha influido en la extinción de la redención la alarma causada por el conocimiento público de que personas responsables de actos terroristas, condenadas a largas penas de prisión podrían beneficiarse por esta institución y ver disminuidos sus años en la cárcel⁴²⁶.

3.2 REQUISITOS O PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

3.2.1 BUENA CONDUCTA

El análisis de los elementos de comportamiento del condenado para la concesión de la libertad condicional está presente en la legislación penal-penitenciaria de España desde la Ley de 1914 y permanece hasta hoy como punto crucial en la decisión del Juez de Vigilancia. La antigua expresión “conducta intachable” ha sido siempre criticada por ser un concepto jurídico vago y muy riguroso para el medio penitenciario. En la visión de CASTEJÓN⁴²⁷, las pruebas de la conducta intachable exigida para el beneficio estaban representadas por tres factores de corrección: la religión, la instrucción y el trabajo. Las prácticas de culto, el progreso en la escuela y los talleres, eran traducidos en notas favorables y premios por la excelente conducta moral que el condenado presentase.

La antigua fórmula excluía la posibilidad del beneficio para los reclusos que tuviesen cualquier nota negativa en el expediente o recibiesen una sola sanción por falta disciplinaria, haciendo la concesión de la libertad condicional una institución casi inalcanzable, lo que contraría el principio rector de la reinserción social. No se debe exigir del condenado una conducta superior a la del ciudadano medio, que por regla, nos es irreprochable. BUENO ARÚS⁴²⁸ ironiza el extinto requisito de la intachable conducta

⁴²⁶ JUANATEY DORADO, Carmen, *Manual de Derecho Penitenciario*, ob. cit., p. 159. La autora recuerda el caso de la controvertida decisión del Tribunal Supremo al recurso de Henri Parot Navarro, miembro de la organización terrorista ETA - la “Doctrina Parot”- , que supuso una interpretación restrictiva, aplicando la redención de penas por el trabajo a respecto de cada condena individualmente y no sobre el máximo legal permitido de permanencia en prisión, que según el Código de 1973 era de 30 años (STS 197/2006, de 28 de febrero, FJ 4).

⁴²⁷ CASTEJÓN, Federico, ob. cit., nota 7, pp. XLIV-XLV.

⁴²⁸ BUENO ARÚS, Francisco, *Una nota sobre la libertad condicional*, Boletín informativo del Ministerio de Justicia, nº. 1109(5 de octubre de 1977), Madrid, 1977, p.157.

al decir que el legislador fue utópico al esperar que estando el condenado inmerso un largo periodo en el mundo dañino de la cárcel tuviese una conducta irreprochable, cuando la resistencia a la influencia criminal de este ambiente ya supone una victoria.

GOFFMAN⁴²⁹, que trata ampliamente sobre el fenómeno de la formación cultural de los condenados en instituciones cerradas, resalta la dificultad de adaptación que sufre cualquier recién llegado al sistema carcelario. La supervivencia en un ambiente hostil, marcado por normas no oficiales impuestas por los compañeros más fuertes o más antiguos, obliga al recluso muchas veces a violar sus valores construidos en libertad, realizar actos ilícitos o inmorales o simplemente guardar silencio y simular buen carácter. Por otra parte, la sumisión total a las reglas de los presidios puede representar la falsedad de los internos que prefieren en aquel momento no contrariar las normas estatales para salir antes de la prisión. Por supuesto, no hay garantías suficientes para probar la regeneración del liberado. En este aspecto, el imperativo legal más pertinente para fines de libertad condicional parece ser apenas la exigencia de la buena conducta, caracterizada por la ausencia de anotaciones por faltas disciplinarias graves o muy graves en el expediente del penado.

No obstante, aunque la sustitución por la expresión “buena conducta” sea más realista y haya sido bien aceptada por los juristas, se mantiene una cierta indeterminación sobre el concepto del presupuesto. Esta idea es reforzada por la posición de TAMARIT SUMALLA⁴³⁰ que atribuye parte de la significativa inseguridad jurídica que percibe en el requisito de buena conducta a la construcción de un concepto cargado de contenidos morales, presentes en los diversos componentes de la Administración Penitenciaria, cuando lo que debería tenerse en cuenta, de forma objetiva, ya consta en el expediente del condenado.

De alguna forma, la expresión buena conducta persiste vinculada al régimen disciplinario penitenciario, apartándose de la meta resocializadora perseguida por el Estado. Es innegable que la amenaza de perder oportunidades de mejora en el ambiente penitenciario, o incluso en el cumplimiento de la sentencia penal fuera de la prisión por un comportamiento no favorable, genera, indirectamente, orden y disciplina, pero eso no puede pasar a ser el único propósito estatal. Para mantener el orden ya existen las

⁴²⁹ GOFFMAN, E, *Estigma, La identidad deteriorada*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970, p.37.

⁴³⁰ TAMARIT SUMALLA, José M^a, *Curso de Derecho Penitenciario*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1996, p.262.

sanciones disciplinarias en los reglamentos, previamente expresas respetando el principio de legalidad.

MANZANARES SAMANIEGO⁴³¹, siguiendo una línea semejante observa que la exigencia de la buena conducta, al demostrar excesiva preocupación con el buen comportamiento carcelario, más que con la finalidad resocializadora del tratamiento penitenciario y sus informes, deja claro los resquicios del viejo sistema progresivo en detrimento del actual sistema de individualización científica. A su juicio, un penado puede estar listo para ser reintegrado socialmente y, en cambio, no soportar bien la vida carcelaria, lo que ocasionaría, posiblemente, complicaciones con la disciplina y la consecuente aplicación de las sanciones reglamentarias adecuadas y previstas por la Ley.

Para ASECIO CANTISÁN⁴³², lo que algunos llaman de ausencia de buena conducta podría ser definido como una actuación no ajustada a la vida en la prisión, debido a una incapacidad involuntaria para vivir encarcelado, pero no necesariamente excluiría la aptitud para vivir en libertad y concluye que bastaría que el penado se hubiese comportado con un límite mínimo de corrección durante su permanencia en el centro penitenciario.

VEGA ALOCÉN⁴³³ no comparte esta idea, ya que considera que el penado bueno se adapta sin ninguna dificultad al régimen penitenciario y, además, una característica común a todos ellos es su excelente comportamiento y su nula conflictividad, aprovechando el tiempo para trabajar o estudiar, ya que el fin del régimen penitenciario es lograr una convivencia ordenada dentro de los establecimientos penitenciarios.

MAPPELLI CAFFARENA Y TERRADILLOS BASOCO⁴³⁴ se mostraron partidarios a negar el beneficio solamente cuando se constata que el penado muestra un estado de inadaptación permanente, con personalidad conflictiva hasta el punto de no recomendarse, dentro de una perspectiva penitenciaria resocializadora, la liberación del individuo.

⁴³¹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Individualización científica y libertad condicional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 1295, nota 10.

⁴³² ASECIO CANTISÁN, Heriberto, *Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional*, ob. cit., pp. 997-1007.

⁴³³ VEGA ALOCÉN, Manuel, *La libertad condicional en el Derecho español*, ob. cit., p.62.

⁴³⁴ MAPPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p.147.

De las impresiones expuestas se puede concluir que la teoría mayoritaria comprende, por lo tanto, que la buena conducta debe restringirse a la ausencia de mala conducta, con la demostración de la intención del condenado de vivir en libertad respetando la ley penal, aunque haya faltas disciplinarias leves. Una investigación más dilatada y sistemática de la vida del penado puede autorizar la concesión de la excarcelación. Este criterio ya es admitido desde 1989 por el cuerpo de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, que manifestaron en Sevilla, el día 17 de Febrero, la siguiente postura: *“incluso ante la comisión de determinadas faltas disciplinarias un estudio individualizado del interno puede aconsejar la concesión de la libertad condicional”*.

Algunos autores propugnan la supresión del requisito de buena conducta por entender que éste resulta superfluo, ya que estas evaluaciones están incluidas en los informes de pronóstico de reinserción hechos por la Junta de Tratamiento. Pero, en realidad, los dos requisitos se complementan. Mientras la evaluación de la buena conducta observa las actitudes pasadas y presentes del condenado, el pronóstico de reintegración centra sus atenciones en las perspectivas de futuro, en diversas áreas necesarias para la convivencia social del excarcelado. La buena conducta, de esa forma, cuenta como un importante indicador de comportamiento, añadido a otros como la actividad laboral, la aceptación de la familia y el fin de los vínculos con el mundo criminal.

3.2.2 PRONÓSTICO FAVORABLE E INDIVIDUALIZADO DE REINSERCIÓN SOCIAL

Este requisito ha sustituido el anterior de “garantía de hacer vida honrada en libertad” y representa uno de los elementos más significativos introducido por la reforma de 1995. El cambio de presupuesto tuvo, entre otras finalidades, la de eliminar los términos puramente morales y, por lo tanto, generadores de estigmas del pasado que, con eso, traen nuevos desafíos para los aplicadores del ordenamiento jurídico español.

La opción de exigir para la concesión del beneficio un pronóstico favorable sobre las posibilidades de reinserción en la sociedad intenta tornar objetivo el requisito y resguardar la seguridad colectiva, construyendo un análisis más sólido y continuado de los progresos obtenidos con el tratamiento. Esta adaptación legal al modelo de individualización científica actúa como punto fundamental para la concretización de la nueva política penitenciaria regulada de acuerdo con los derechos fundamentales de un

Estado de Derecho, democrático e igualitario. Desde esta perspectiva se evitan informes arbitrarios y concesiones inadecuadas que representen costes excesivos para el poder público y debiliten su relación de confianza con los ciudadanos. También con un examen más detallado y directo de la Junta de Tratamiento se reducen las simulaciones características de algunos penados involucrados en la cultura carcelaria para obtener la libertad condicional de forma precoz.

En realidad, la garantía que se puede esperar de los reos que satisfacen los demás requisitos objetivos y subjetivos es un juicio sobre la capacidad de respetar la ley penal y no reincidir en delitos, sin aportar connotaciones axiológicas. Para obtener conclusiones a ese respecto sólo se pueden consultar los datos que constan en el expediente de cada uno de los condenados, con impresiones del cuerpo técnico de las prisiones, deducidos de su vida, de las circunstancias y causas de su delito, sus antecedentes individuales, el esfuerzo del interno por cambiar sus vicios o debilidades y las costumbres sociales que haya absorbido a lo largo de los años. El Artículo 65.2 de la LOGP confirma esto cuando dispone:

La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

En este contexto no se puede dejar de ponderar las diferencias presentes naturalmente entre aquellos penados que están clasificados en tercer grado desde algún tiempo antes de llegar al cumplimiento del tiempo mínimo de pena en prisión y los que lograron la progresión de forma simultánea a las tres cuartas partes de la condena. Para los primeros, diariamente observados, y sin presentar problemas en la convivencia cerrada, la relación tercer grado/libertad condicional debería producirse de forma automática. En realidad, si un penado ha pasado por todas las etapas de adaptación, silencio, trabajo, salidas temporales a la calle, no hay signos de revuelta o huidas, ya está demostrando su capacidad para volver de forma más efectiva a la libertad.

Según determina el Artículo 195 del RP de 1996, el informe pronóstico final de integración social, emitido por la Junta de Tratamiento debe, obligatoriamente, formar parte del expediente de libertad condicional, de acuerdo con lo ordenado en la Ley Orgánica Penitenciaria de 1979. El Artículo 67 de la LOGP regula el contenido del

informe multiprofesional que mencionará dos elementos básicos, es decir, los resultados del tratamiento y una previsión sobre el comportamiento futuro del acusado cuando esté en libertad:

Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional.

Entre el conjunto de modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 07/2003 ya señaladas en este trabajo, está la imposibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuda a expertos ajenos a las Administraciones penitenciarias locales. No se ha producido una reducción de los poderes decisorios del juez, como se pensó inicialmente. La jurisdicción para decidir sobre los problemas o reclamaciones en el ámbito de la ejecución penal continua en las manos del magistrado, y entre esas tramitaciones está la concesión de la libertad condicional, que evalúa el pronóstico de reinserción social, pero ya no indica los integrantes del equipo multidisciplinar que estime convenientes.

Constan en el informe final del equipo de tratamiento a que alude el Artículo 67 de la LOGP un informe social sobre las habilidades y posibilidades de trabajo del penado o sobre la asistencia familiar e institucional que encontrará cuando esté en libertad condicional. No parece razonable que un grupo de expertos extraños a la Administración penitenciaria local posea el contacto personal con los internos o incluso la misma cantidad de datos, documentos o informaciones extraoficiales de que dispone el personal técnico perteneciente al centro penitenciario donde el liberado ha vivido durante meses o hasta años. Hay también en contra otro argumento de rango económico, que apunta al coste bastante oneroso de pagar por los informes extraordinarios, cuando los profesionales de los centros penitenciarios ya reciben un salario mensualmente para realizar el mismo procedimiento. Los expertos de fuera de los establecimientos así, deberían ser llamados solamente en casos de especial dificultad criminológica o psiquiátrica, como forma de complementar los informes del equipo que ha acompañado al interno en su estancia en prisión.

Aunque el legislador haya trabajado en la construcción de objetivos para los términos, en la práctica, la apreciación de este requisito permite la introducción de

valores no jurídicos en el conjunto evaluativo del informe para concesión o no del beneficio. El examen de aspectos como ausencia de peligrosidad o buena conducta son apenas previsiones que algunas veces, por varios motivos, nunca se realizan. Aun así, no se pueden negar los avances presentados en lo que respecta al estudio del fenómeno de la reincidencia. Es necesario continuar buscando en las ciencias las respuestas sociales, psicológicas y criminológicas para disminuir los riesgos de las previsiones. Sin embargo, el profesional de tratamiento nunca podrá olvidar que su materia-prima es el hombre, construido a través de sus experiencias individuales y colectivas, un ser en constante mutación.

La consciencia de la irremediable fragilidad de los pronósticos debe despertar en el magistrado y en la Junta de Tratamiento la preocupación por rodear la concesión de la libertad condicional de medidas de seguimiento, asistencia y reglas de conducta como las previstas en los Artículos 83 y 96.3 del Código Penal, vinculando el mantenimiento de la vida en libertad al fiel cumplimiento de tales condiciones. Simples precauciones como la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida o de aproximarse a la víctima, las limitaciones para acudir a determinados lugares, las visitas periódicas a los servicios de asistencia social penitenciaria, la participación en programas formativos, culturales o de educación vial o sexual y muestras de busca de ocupación laboral o medio de vida por parte del liberado viabilizan la propuesta de reintegrar al liberado en la comunidad. Aunque no haya nada expreso sobre la duración temporal de las reglas de conducta, cabe entender que éstas forman parte del periodo de prueba dado al liberado para que demuestre su regeneración. Por tanto, las reglas de conducta durarán, como máximo, el tiempo que queda de la pena a ser cumplida fuera de la prisión.

3.3 SUPUESTOS EXCEPCIONALES DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

El Código Penal ha previsto algunos casos especiales en los que a pesar de que el penado no haya alcanzado todavía las tres cuartas partes de cumplimiento de la condena tendrá derecho a libertad condicional. En primer lugar pueden apuntarse dos modalidades de anticipación de la libertad condicional previstas en el Artículo 91 del CP, que son, la antelación por desarrollo de actividades laborales u ocupacionales y el más reciente modo de antelación en casos de participación activa en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación. Otra modalidad

es la excepcionalidad de la antelación para septuagenarios y enfermos incurables tratada por el Artículo 92 del Código Penal. Sin embargo, en todas las excepciones previstas legalmente es necesario que los otros requisitos como estar el futuro liberado en el tercer grado, haber tenido buena conducta y haber recibido un pronóstico favorable de reinserción social sean respetados. La liberación no podrá ser automática, porque está sometida, principalmente, a la previsión del comportamiento futuro del individuo, así como a la posibilidad de delinquir que presente, comprobada por el equipo multidisciplinar que actúe en el establecimiento penal donde el penado esté y confirmada por la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria competente.

3.3.1 ENFERMOS MUY GRAVES Y SEPTUAGENARIOS

Como una repercusión directa de la progresiva humanización de las penas, el Código Penal prevé la posibilidad de libertad condicional para los sentenciados de 70 años de edad, o que los cumplan durante la fase de ejecución penal, y, según informe médico⁴³⁵, los enfermos muy graves con enfermedades incurables, incluso sin haber extinguido las tres cuartas partes o, en su caso, las dos terceras partes de la condena. El Art. 92.2 añade que si el peligro para la vida del interno, por motivo de su enfermedad o de su avanzada edad, es patente, conforme los informes médicos necesarios, el Juez de Vigilancia podrá, con la progresión de grado previa, autorizar la libertad condicional sin más trámite que la solicitud del pronóstico final a la Junta de Tratamiento competente.

La flexibilización en cuanto al tiempo de condena cumplida es defendida por toda la doctrina científica porque obedece a imperativos de dignidad, salud y justicia. No es una cuestión de piedad, sino de opción entre valores constitucionales que concurren en una misma situación real añadidos a la baja posibilidad de delinquir que presentan los beneficiados de este supuesto debido a la edad o enfermedades graves ya

⁴³⁵ De acuerdo con la Circular 01/ 2000, de 11 de enero, de la DGIP: “Se considerará que un interno padece de una enfermedad muy grave cuando cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Riesgo de muerte estimado superior al 10% en el plazo de un año a pesar del tratamiento. 2. Riesgo de muerte estimado superior a 50% en el plazo de 5 años a pesar del tratamiento. 3. Índice de Karnofsky menor o igual al 50%. 4. Infección por VIH en estadio A3, B3 o C. 5. Trastorno psicótico crónico con actividad sintomática a pesar de haber seguido el tratamiento durante más de seis meses con deterioro intelectual. En el supuesto de que el interno cumpla alguno de los requisitos, el médico informará al paciente sobre la procedencia de emitir informe médico sobre el estado de salud con vistas a la aplicación de los 104.4 y 196.2, salvo incapacidad y si el interno concede autorización se emite el informe médico. II. Cuando la solicitud tenga por causa una enfermedad mental será obligado que aquella se fundamente en un informe psiquiátrico previo. III. Los internos penados a los que se conceda libertad condicional deberán ser valorados de nuevo cada vez que se produzca un deterioro de su situación clínica”.

en fase avanzada. En este sentido, buscando la uniformización de las decisiones sobre el tema, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional concretaron la excarcelación legal de ancianos y enfermos terminales siempre que la prisión sea un factor de riesgo para el agravamiento del cuadro clínico del penado o para promover su reencuentro final con la familia, lo que evita que éste agonice y muera dentro del sistema carcelario.

No se trata de una excarcelación apenas cuando exista peligro de muerte. Es una prerrogativa creada para quien sufre un mal sin remedio conocido según las Ciencias Médicas, siendo valorada, principalmente, la influencia negativa que la permanencia en el centro penitenciario puede tener para la salud del penado, respetando la unidad psicosomática del individuo. En situaciones de encarcelamiento como estas, los derechos fundamentales son más vulnerables y se potencian los episodios agudos de la enfermedad o una evolución lenta de los problemas de salud. Aunque la capacidad criminal se mantenga, estará limitada por el tiempo no muy largo de vida que le queda al penado. Se hace evidente una especie de riesgo asumible, porque a partir de este momento continuar ejerciendo la función retributiva de la pena es aplicar una sentencia cruel y de carácter inhumano.

El Artículo 196 RP regula especialmente los casos de libertad condicional excepcional para septuagenarios y enfermos terminales. En caso de personas que ya hayan cumplido o cumplan los setenta años durante la condena, se llevará el expediente de libertad condicional al Juez de Vigilancia, que debe certificar el cumplimiento de los requisitos para la concesión del beneficio. En cuanto a los enfermos incurables graves, el procedimiento consiste en la verificación de las condiciones que autorizan la libertad anticipada, a través de informes del cuerpo médico del centro penitenciario, donde conste el tipo de enfermedad, su gravedad y la irreversibilidad de la misma, todo debidamente entregado a la Junta de Tratamiento que, después de formular un informe social, pasará el caso al Juez de Vigilancia. Si las circunstancias apuntasen la necesidad de apoyo social externo o familiar para el liberando, el informe técnico deberá incluir la admisión del interno en alguna institución o asociación de acuerdo con las carencias presentadas.

Una discordancia relevante en este supuesto trata de la exigencia de estar el penado previamente clasificado en el tercer grado, sea anciano o enfermo grave, para acceder a la libertad condicional. Los defensores de dispensar el tercer grado para recibir el beneficio argumentan que se puede llegar a una situación terminal sin recibir la referida clasificación y no obstante deberán imponerse en última instancia las

consideraciones de carácter humanitario. A pesar de sugerencias antiguas como la del informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal de 1994, que ya se había manifestado con relación al Proyecto de 1992, el legislador siguió considerando conveniente la obligatoriedad del citado estado de evolución penitenciaria en el trámite parlamentario que ha originado el Código en vigor.

El desacuerdo toma contornos más complejos cuando se analiza la cuestión de los presos que sufren de SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida), enfermedad de gravedad irreversible pero que, gracias a la evolución de las medicinas y tratamientos disponibles actualmente, muchas veces permite una vida cercana a la normalidad, no siempre impidiendo que los portadores de VIH cometan delitos. De este modo, la STC 48/1996, de 25 de marzo, considera que la norma añadida al Código Penal de 1995 intenta buscar un punto de equilibrio entre el derecho a la vida y el de la gente a su seguridad, y *“no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario”*.

La LO 15/ 2003 ha introducido dos nuevos apartados en el Art. 92, poco tiempo después de una profunda reforma en la misma materia penal, en el sentido de reforzar la obligación del Juez de Vigilancia de efectuar una valoración de las circunstancias personales, dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad criminal del sujeto. Aquí cabe una crítica de VEGA ALOCÉN⁴³⁶ que comprende la regla como una inadecuación entre el fin y el medio. Los defensores de la institución utilizan entre sus argumentos la idea de que no parece razonable esperar de nadie que en la última fase ya anunciada de su vida se muestre propicio a los fines de reeducación o reinserción social. Alocén contesta a esta opinión afirmando que, siendo la libertad condicional la última fase que pretende reintegrar al individuo en la sociedad, se intenta alcanzar con un objetivo reeducativo un fin humanitario. Además, queda fuera de este concepto el detenido preventivo que, a pesar de haber alcanzado la edad septuagenaria y/o sufrir una dolencia terminal, no está clasificado, es decir, no ha alcanzado todavía la etapa de tercer grado exigida por la Ley.

⁴³⁶ VEGA ALOCÉN, Manuel, *La libertad condicional en el Derecho español*, ob. cit., p. 170.

3.3.2 DESARROLLO DE ACTIVIDADES LABORALES, CULTURALES Y OCUPACIONALES

Esta modalidad de adelanto de la libertad condicional asegurada en el Artículo 91.1 CP requiere, además de la clasificación en tercer grado, buena conducta, un pronóstico social favorable, la extinción de las dos terceras partes de la condena, así como el merecimiento de tal beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales. Consiste efectivamente en una medida con carácter de gratificación. La concretización de estos criterios sigue el Sistema de Evaluación Continuada e Incentivo de Actividades de los Internos a lo largo del periodo de cumplimiento de la condena. El sistema de créditos adoptado por las Instituciones Penitenciarias en virtud de la Instrucción 8/99, de 20 de julio, ha servido como parámetro para la construcción del informe que acompañará la propuesta de anticipación del beneficio.

Esta modalidad del adelantamiento de la libertad condicional ha venido, de alguna forma, a sustituir todas las redenciones anteriores, ya expresamente derogadas. La esencia presente en los antiguos beneficios de adelantamiento se resume en la alusión común a la participación en actividades laborales. De cierta forma es como si hubiera resurgido con algunas alteraciones la institución de la redención de penas por trabajo, añadiéndose las acciones de carácter cultural u ocupacional. Así, mejorando los conocimientos de los internos y favoreciendo la creación de hábitos laborales se estará ayudando a la reintegración social del penado.

El aumento de los dos tipos de actividades en 1995 al menos evitó la negación del beneficio por la inexistencia de una oferta de trabajo suficiente dentro de la estructura penitenciaria y, al mismo tiempo, eliminó la paradójica situación anterior de resolver los agravios derivados de la desorganización estatal con la aplicación de la redención de modo indiscriminado.

3.3.3 SUPUESTO DE ADELANTAMIENTO DE LA LIBERTAD CONDICIONAL CUALIFICADO

Incorporado al sistema penal por la LO/2003, el adelantamiento de la libertad condicional cualificado aparece en el apartado segundo del Artículo 91 del CP. La concesión de este excepcional beneficio requerirá que el penado al mismo tiempo

que desarrolle continuamente las actividades indicadas en la modalidad de anticipación anterior, certifique la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación.

El juez de Vigilancia Penitenciaria podrá adelantar, una vez liquidada la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional respecto al plazo de las dos terceras partes ya cumplidas, hasta un máximo de 90 días por cada año de cumplimiento efectivo de pena.

Según el Artículo 59 de la LOGP, *“El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de sostener sus necesidades”*. Para la clasificación del interno en las categorías de evolución enumeradas por la Instrucción 3/2004 de 29 de diciembre, se observarán factores como el tiempo de duración del programa específico, su intensidad, dedicación demostrada por el participante y los resultados obtenidos en este proceso de rehabilitación. La Instrucción 3/2004, completa el cuadro evaluativo determinando la equivalencia de días adelantados de acuerdo con los progresos globales experimentados por el penado. Las calificaciones son las siguientes: No evaluable, Insuficiente, Normal, Destacada y Excelente. Para la proposición de cualquier de los beneficios penitenciarios y, obviamente entre ellos el adelantamiento de la libertad condicional, dentro de las tres variables, asistencia, rendimiento y esfuerzo, no se realizarán propuestas si el penado posee conceptos de evaluación inferiores a Destacado o Excelente.

La fijación de un supuesto de anticipación de libertad condicional que contemple de una sola vez la dimensión reparadora y de rehabilitación es innegablemente un acierto, que permite compensar la anterior versión de anticipación excepcional introducida en el Código de 1995. No obstante, este precepto de la Ley todavía se muestra confuso y con una redacción imprecisa.

3.3.4 REGIMEN ESPECIAL PARA EL TERRORISMO Y EL CRIMEN ORGANIZADO

La LO 7/2003, de 30 de junio, destinada a realizar medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas por crímenes más graves, ha demostrado una relevante preocupación por implantar una severidad punitiva para los terroristas y personas involucradas en el seno de la criminalidad organizada, dificultando o hasta prohibiendo determinados beneficios a los sujetos activos de estos delitos.

La exigencia para el acceso a la libertad condicional en estos casos se configura dentro del informe del pronóstico de reinserción social, que está condicionado al abandono de la actividad criminal y a la colaboración efectiva con las autoridades. En redacción extensa, el Artículo 90.1 del CP dispone sobre el tema:

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.

Otro signo del endurecimiento de la Ley está presente es la exclusión absoluta de cualquier posibilidad de adelantamiento de la libertad condicional a los condenados por terrorismo o crimen organizado, repetida expresamente en los Artículos o apartados referentes a cada uno de los supuestos especiales mencionados en este trabajo.

Con relación a la revocación de la libertad condicional ordinaria, el Artículo 93 también ha fijado reglas especiales para los autores de infracciones penales terroristas, en una clara demostración de la influencia creciente del Derecho Penal del Enemigo en las legislaciones democráticas. El legislador ha intentado garantizar con esas normas la satisfacción de los compromisos asumidos por el liberado, así como, por medio de la fiscalización del Juez de Vigilancia, solicitar pruebas del mantenimiento de las circunstancias que autorizaron la recién creada libertad vigilada, que consiste en una medida de seguridad no privativa de libertad con el fin de promover el control y el seguimiento de delincuentes considerados de alta peligrosidad, después de que ya hayan finalizado su pena privativa de libertad. La libertad vigilada permite a los jueces la imposición de una serie de obligaciones que tendrá de cumplir el condenado cuando salga de la cárcel⁴³⁷.

⁴³⁷ NISTAL BURÓN, Javier, *La nueva medida de libertad vigilada, Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 793, febrero de 2010.

En caso de que sea revocada la libertad condicional, el penado, excepcionalmente, deberá cumplir el tiempo que queda de la condena sin el cómputo del periodo pasado fuera de la prisión. En este sentido no están incluidos, por falta de previsión legal, los individuos condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Manteniendo el discurso de la probable imposibilidad de resocialización de grupos terroristas y de integrantes del crimen organizado, la reforma realizada en el Código Penal e implantada a partir de 2010 prevé más restricciones duras para este tipo de delincuencia. Entre las nuevas medidas están la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieran causado la muerte de una persona, la posibilidad legal de decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con estos delitos, la posibilidad de que el juez establezca, si lo juzga necesario, más reglas de conducta para la fase libertad vigilada (Art. 106, CP) y la obligatoriedad del cumplimiento de la mitad de la pena en régimen cerrado, como periodo de seguridad, para avanzar al tercer grado, así como ya fue comentado en apartados anteriores.

3.4 LA LIBERTAD CONDICIONAL DE LOS EXTRANJEROS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

El tema de la inmigración es relevante en la agenda socio-económica y política de los todos los Estados. Se trata de un fenómeno mundial complejo y creciente que, sobre todo, a partir del inicio del siglo XXI ha demandado la implicación de diversas áreas de la administración de los gobiernos a fin de promover la integración social de los inmigrantes y prevenir los aspectos negativos de la entrada en masa de extranjeros ilegales en un determinado país⁴³⁸.

España es uno de los países donde la población inmigrante ha crecido de forma más acentuada en los últimos años. Las razones por las que España se ha transformado en un lugar de atracción para la inmigración son diversas, pero, primordialmente, están ligadas al desarrollo económico ocurrido a partir de la década de 80, la consolidación de un Estado Democrático y la consagración de valores de bienestar y cohesión social impensables desde hace algunas décadas⁴³⁹.

⁴³⁸IZQUIERDO ESCRIBANO, A., *La inmigración inesperada*, Editora Trotta, Madrid, 1996, p. 273-274.

⁴³⁹GONZÁLEZ, Jaime, I., *Política de Extranjería, Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 21.

Con el incremento permanente de la población carcelaria, proporcional al crecimiento de las ciudades, los indicadores empíricos demuestran que la presencia de extranjeros en los centros penitenciarios españoles también ha aumentado rápidamente en los últimos años⁴⁴⁰. Los presos extranjeros están, de una manera general, distribuidos en las diferentes prisiones existentes en el país, destacándose entre ellas una mayor concentración en las unidades de Madrid V, Topas (Salamanca), La Moraleja (Palencia), Madrid III y A Lama (Pontevedra). El perfil habitual de un preso extranjero es el de un hombre joven (menor de 40 años), con insuficientes recursos económicos y bajo nivel de estudios y de conocimiento de la lengua española. Los delitos responsables del encierro son frecuentemente la comisión de un delito de tráfico de drogas o contra la propiedad⁴⁴¹. Son en su mayoría delincuentes primarios y clasificados en segundo grado.

Pese a la exigua atención prestada por la doctrina española a la regulación de la libertad condicional de los extranjeros, ésta constituye uno de los aspectos más complicados de esta institución. Como ya fue expuesto anteriormente, el artículo 90 del Código penal condiciona la concesión de la libertad condicional a que el interno, nacional o extranjero, esté clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario, que haya extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta, haya observado una buena conducta y reciba de la Junta de Tratamiento que le acompaña un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social⁴⁴².

Comparado al recluso de nacionalidad española, que accede al tercer grado con cierta normalidad, después de comprobada su evolución en el cumplimiento de la pena, el recluso extranjero encuentra muchas dificultades para acceder al tercer grado aunque tenga una evolución personal semejante al del interno nacional. Si no hay acceso al tercer grado, no puede existir contacto con el mundo exterior y, consecuentemente se imposibilita la reinserción social del condenado⁴⁴³.

Sin embargo, debido a su situación irregular, la ausencia de una vivienda permanente o la falta de vínculos familiares, así como el riesgo (supuestamente mayor) de evasión restringen considerablemente las oportunidades que el extranjero goce

⁴⁴⁰ WACQUANT, Loïc, *Extirpar y expulsar: Sobre la gestión penal de los inmigrantes postcoloniales en la Unión Europea*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº. 43, 2009, p. 142.

⁴⁴¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Extranjería y Privación de Libertad*, Revista de Estudios Penitenciarios, Número Extraordinario, Ministerio del Interior, Madrid, 2006, p. 40.

⁴⁴² RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, *Extranjeros en prisión, Una marginación reiterada*, en Sistema penal y exclusión de extranjeros, Editorial Bomarzo S. L., Albacete, 2006, p.190.

⁴⁴³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Extranjería y Privación de Libertad*, ob. cit., p.43.

efectivamente de sus derechos y, muy en particular, del acceso al trabajo (ya escaso en prisión), el disfrute de comunicaciones y visitas, permisos de salida, la progresión en el tratamiento y finalmente el beneficio de la libertad condicional. Todo eso produce como resultado un tiempo más largo de permanencia en prisión para los extranjeros, a veces muy próximo al cumplimiento íntegro de la pena privativa de libertad⁴⁴⁴.

La propia Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que debería buscar la integración del interno extranjero, reproduce prejuicios cuando, en su Instrucción 22/1996, de 16 de diciembre, considera la extranjería un factor de riesgo de fuga y este peligro vendría de su situación legal y su procedencia. Así, sólo la pertenencia a la Unión Europea y las vinculaciones familiares o sociales que pueden aún contar para la concesión de beneficios en la cárcel. Lo raro es que no hay estudios que demuestren que los inmigrantes que disfruten de permisos de salida o de la libertad condicional quebranten más las condenas que otros grupos de reclusos⁴⁴⁵. Se puede afirmar que el alto número de denegaciones de los beneficios requeridos por extranjeros se da mucho más por una visión distorsionada del riesgo representado por esa minoría que por las dificultades usualmente presentadas en los informes técnicos⁴⁴⁶.

La exclusión social, propia del cumplimiento de una condena en un centro penitenciario, se amplifica para los extranjeros durante el cumplimiento de las penas privativas de libertad por las dificultades de acceso que tienen para disfrutar de los medios legales ordinarios que el legislador ha previsto para mitigar los efectos inevitablemente desocializadores de la cárcel y favorecer la reinserción social. La libertad condicional es el cuarto paso de un modelo que va atenuando, de forma paulatina, la privación de libertad. En la práctica, la libertad condicional presenta grados de aplicabilidad sensiblemente distintos entre españoles y extranjeros, a pesar de la vocación de universalidad⁴⁴⁷ en la aplicación de las normas penales. La igualdad no

⁴⁴⁴ RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, *Extranjeros en prisión, Una marginación reiterada*, ob. cit., p.187.

⁴⁴⁵ GARCÍA ESPAÑA, E., *Los extranjeros en las cárceles españolas*, Coord. Lorenzo Copello, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.32.

⁴⁴⁶ RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, *Extranjeros en prisión, Una marginación reiterada*, ob. cit., p. 189.

⁴⁴⁷ El artículo 14 CEDH afirma que "El goce de los derechos 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". Este artículo consagra un principio de no discriminación, sin embargo, la práctica de los órganos del Convenio ha convertido esa prohibición de discriminación en un mero principio de interdicción de arbitrariedad de los órganos estatales a la hora de establecer criterios discriminatorios, en BOZA MARTÍNEZ, Diego, *Los Extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Premio de Estudios Constitucionales 1812, Fundación Centro de Estudios Constitucionales, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001, p. 29.

puede ser verdadera si es solamente jurídica. Hace falta que también exista justicia social⁴⁴⁸.

La única norma penitenciaria que trata especialmente de la libertad condicional para extranjeros es el artículo 197 del Reglamento Penitenciario y a pesar de su aparente claridad hay numerosos problemas de interpretación que se derivan, en gran medida, de la concurrencia de preceptos penales, administrativos e internacionales que afectan a la situación del no nacional en territorio español⁴⁴⁹.

De acuerdo con el artículo 197 RP, en el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España, con previa conformidad documentada del interno, se remitirá al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional requiriendo autorización para que el encarcelado pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de los cuidados que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado⁴⁵⁰. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna.

En este sentido, sorprendentemente, algunos Jueces de Vigilancia Penitenciaria interpretan que el art. 197 del Reglamento Penitenciario establece de modo claro que, en caso de residencia ilegal en España, el período de libertad condicional sólo puede disfrutarse en el país de residencia⁴⁵¹. El precepto reglamentario configura claramente el cumplimiento de la libertad condicional en el país de residencia como una posibilidad dispensada al penado con el fin de ofrecer, cuando sea aconsejable, una mayor efectividad en su proceso de readaptación. No existe impedimento legal alguno para que los extranjeros puedan cumplir esta fase de ejecución penal en territorio español si es más adecuado para el curso de su reinserción social.

No se puede ignorar que los numerosos extranjeros condenados a una pena privativa de libertad en España se enfrentan a serias dificultades de integración no sólo en el propio centro penitenciario sino, con mayor gravedad tras su liberación. Es innegable que la diferencia lingüística, de cultura, de costumbres y de religión, sin dejar

⁴⁴⁸ MARTÍN PALLÍN, José Antonio, *Ciudadanía, culturas y libertades*, en Extranjeros y Derecho Penal, Cuadernos de Derecho Judicial IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 70.

⁴⁴⁹ RENART GARCÍA, Felipe, *La Libertad Condicional: Nuevo régimen jurídico*, ob. cit., p. 140.

⁴⁵⁰ VEGA ALOCÉN, Manuel, *La libertad condicional en el Derecho español*, ob. cit., p. 114.

⁴⁵¹ RENART GARCÍA, Felipe, *La Libertad Condicional: Nuevo régimen jurídico*, ob. cit., p. 143.

margen a dudas, son factores negativos añadidos a la resocialización. Sin embargo, el Reglamento Penitenciario prevé en su artículo 41.7 que se satisfagan las necesidades especiales de los internos extranjeros⁴⁵². Lo que por desgracia ocurre es que muchas veces por razones de comodidad administrativa, los extranjeros son internados en establecimientos alejados de los lugares en los que mantienen algún lazo social⁴⁵³ o familiar en España o son trasladados tan pronto empiezan nuevas relaciones.

Basada en la eventual inexistencia de raíces familiares, sociales y laborales del interno extranjero, la Administración Penitenciaria, a través de la Junta de Tratamiento, formula no raras veces informes superficiales y automáticos⁴⁵⁴ para que este interno disfrute de la libertad condicional en su país de origen. Este hecho ocurre como forma de ocultar la falta de voluntad institucional y las deficiencias de la Administración Penitenciaria para orientar el cumplimiento de la libertad condicional a aquellos penados que carecen de un entorno propicio para cumplir el último período de su condena en España.

Sobre este tema, se debe hacer hincapié en el Auto 233/99 del JVP n.º 2 de Madrid, de fecha 23-2-1999 (Exp. 458/98), que estima el recurso planteado por el interno, que no puede ser más explícito:

El interno hace meses que ha cumplido las tres cuartas partes de la condena y más de un año que está en tercer grado y en régimen de semilibertad no consta ni que se comporte mal fuera de prisión ni que se comporte mal dentro. Tiene trabajo y familia y vive en España, aunque ilegalmente, desde hace muchos años. A partir de aquí debiera ya examinarse que si en semilibertad su conducta no produce queja, se hace difícil un mal pronóstico de vida honrada en libertad. Incluso el informe del Centro Penitenciario es contradictorio y roza la inconsistencia. Pues al folio 15 se afirma por el educador que el pronóstico futuro de inserción social es favorable; a los folios 16 a 18 el educador social informa de la existencia de familia de origen (hermano) y familia adquirida en España y de medios de vida para hacerlo en libertad. Tras ello lo único que se advierte negativo en el informe desfavorable de la Junta de Tratamiento del Centro es que se menciona una «falta de garantías en la actividad laboral que desarrolla» sin que se aclaren cuáles pueden ser esas faltas ni esas garantías. Y termina este informe con una extraña conclusión pues el informe es desfavorable a disfrutar el período de libertad condicional en España, con la salvedad de que el informe sería favorable sólo en el caso de que se condicionara el disfrute de dicho período al cumplimiento del mismo en su país de origen, —Siria—, argumento más propio de una concepción de orden público de la política penitenciaria, que

⁴⁵² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Extranjería y Privación de Libertad*, ob. cit., p.44.

⁴⁵³ Según el RP (art. 62.4), la Administración penitenciaria debe fomentar “la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los internos extranjeros, facilitando la cooperación de las entidades sociales del país de origen del recluso a través de las autoridades consulares correspondientes”.

⁴⁵⁴ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera*, en Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, nº. III, Madrid, 2001, p. 38 y ss.

de una preocupación por la realidad pues no se alcanza cómo esta persona pueda tener más posibilidades de vivir honradamente en un país que, aun siendo el de origen le resulta lejano y, según el mismo afirma, hostil, y donde no consta que tenga trabajo ni arraigo, que en España donde trabaja y vive su familia.

Apoyándose en lo señalado en el Auto de la AP de Madrid de 21 de junio de 1996 (Sección Cuarta), RACIONERO CARMONA⁴⁵⁵ afirma que no hay razón jurídica alguna que impida el Juez de Vigilancia conceder el goce de la libertad condicional en el territorio español si el extranjero reúne todos los requisitos exigidos por la Ley. Al revés, el Juez estará obligado a concederla, aun cuando esté en situación de ilegalidad en el territorio nacional, y se encuentre en trámite o, incluso, ya se haya dictado el Decreto de expulsión por el Ministerio del Interior⁴⁵⁶.

Como nadie puede iniciar un proceso de reinserción social si no cuenta con la documentación que le permita vivir legalmente en un determinado país, felizmente, algunos Jueces (en particular, en Madrid y Bilbao), comprendiendo que la libertad condicional no puede depender de la situación administrativa del interno extranjero, han concedido la libertad condicional del extranjero, considerando que en estos casos la decisión judicial constituye el título que les autoriza a residir temporalmente en España. Con esta laudable decisión pasa a existir efectivamente para algunos extranjeros la posibilidad de concesión de un permiso de trabajo por el mismo tiempo⁴⁵⁷.

Cualquier análisis, incluso superficial, de la realidad criminológica española continua apuntando que el sistema penal, especialmente en el ámbito penitenciario, sigue incidiendo de forma opresora sobre sujetos que proceden de aquellos grupos

⁴⁵⁵ RACIONERO CARMONA, Francisco, *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad, Una perspectiva Judicial*, ob. cit., p.277.

⁴⁵⁶ En contra de esta postura, BERMEJO DE TERREROS afirma que el art. 197 no permite la proposición de la libertad condicional a aquellos internos cuya integración social no resulte posible, al carecer de residencia o del permiso para obtenerla por vía administrativa. Para el autor, aceptar la opinión opuesta supondría sostener que la libertad condicional a cumplir en España no sería una medida de reinserción social. Una vez que el penado extranjero se encuentre en la calle, su posible salida, con toda probabilidad, será cometer un nuevo hecho delictivo, en cuanto que otra autoridad, la administrativa, le cierra las puertas que previamente la judicial le había abierto, al considerar que carece de los requisitos legales para permanecer en territorio español por el hecho de estar incluido en alguno de los supuestos de expulsión indicados en la ley de extranjería, lo que pone de relieve la exigencia de una mínima coordinación en este campo entre las autoridades administrativas y judiciales. (BERMEJO DE TERREROS, J. A., *El extranjero privado de libertad: paradojas del sistema*, en Congreso Europeo de Derecho Penitenciario. X Jornadas Penitenciarias de Andalucía, Jaén, 2002, p. 272).

⁴⁵⁷ GARCÍA ESPAÑA, E. y RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, *Los extranjeros en prisión*, Ponencia presentada en el III Encuentro Andaluz de Servicios de Orientación y Asistencia Jurídica Penitenciaria, realizado en la ciudad de Jaén, de 23 a 24 de abril de 2005, p.11.

sociales más afectados por la exclusión social y económica⁴⁵⁸. Entre estos grupos, hay cada vez más restricciones a los inmigrantes y, además, el control penal se ha extendido a ellos de forma crecente⁴⁵⁹.

Directa o indirectamente, la condición de extranjero influirá de modo cuantitativo y cualitativo en el cumplimiento de la pena, que va a ser de mayor rigor que la que correspondería a un nacional, ejerciendo, de este modo, efectos contrarios a la reinserción del condenado⁴⁶⁰. Los rechazos inmotivados a la progresión de regímenes y a diversos beneficios penitenciarios son constantes y a ello se añade la posibilidad de expulsión como fórmula general para los casos en que no fue posible aprobar la libertad condicional en el país de residencia del extranjero⁴⁶¹.

El apartado 5 del art 89 del CP, recoge dos momentos de posible expulsión que coinciden con requisitos importantes para concesión de la libertad condicional: la clasificación del extranjero en tercer grado o el alcance de las tres cuartas partes de la condena⁴⁶². Según la redacción del art. 89. 5 del CP, modificada por la LO 5/2010, de 22 de Junio⁴⁶³:

Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera que cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena,

⁴⁵⁸ RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, *Informe sobre condiciones de marginalidad y exclusión de extranjeros en España*, en Sistema penal y exclusión de extranjeros, Editorial Bomarzo S. L, Albacete, 2006, p.08.

⁴⁵⁹ Los datos criminológicos refuerzan este argumento al presentar porcentajes más altas de extranjeros (50%) que de españoles (30%) en situación de prisión provisional. Vide GARCÍA ESPAÑA, E., *Los extranjeros en las cárceles españolas*, ob. cit., p.56.

⁴⁶⁰ BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, 2ª ed., Editora Siglo XXI, Madrid, 1989, p.43.

⁴⁶¹ La posibilidad de llevar a cabo la ejecución de la libertad condicional fuera de España depende de la autorización correspondiente en el país de origen del extranjero, o de otro país que explice su conformidad a tal efecto. Las experiencias en casos anteriores muestran que si el extranjero proviene, por ejemplo, de países africanos, en situación de conflicto bélico o inestabilidad política, es prácticamente imposible conseguir la libertad condicional allí o incluso la expulsión del condenado (LEGANÉS GOMÉZ, Santiago, *Extranjeros en prisión*, La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº. 30, 2006, p. 40).

⁴⁶² SANZ MULAS, Nieves, *La libertad y la asistencia social postpenitenciaria*, en Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo VI, Derecho penitenciario, Iustel, Madrid, 2010, p. 250.

⁴⁶³ La LO 5/ 2010 también trae en el art. 89 otra posibilidad de expulsión del extranjero: “1. 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 penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas”.

salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España⁴⁶⁴.

En efecto, el art. 89 instituye la expulsión (*acordarán en sentencia*) como la regla principal⁴⁶⁵ y la no sustitución como una clara excepción⁴⁶⁶. Prueba de ello es que el Juez o Tribunal tan sólo está obligado a escuchar al Ministerio Fiscal y al extranjero cuando tenga motivos firmes para creer que la permanencia en España es la mejor opción para el penado y, extrañamente, decida por no expulsarlo⁴⁶⁷.

Tras la reforma, los jueces se han pronunciado casi siempre en el sentido de la expulsión. Con todo, la jurisprudencia ha admitido más excepciones a la expulsión automática y la STS de 8 de julio de 2004 considera que también ha de tener en cuenta todas las circunstancias personales y los vínculos familiares y sociales que puedan ser afectados por la decisión⁴⁶⁸. Esto es particularmente importante en ciertos casos como la existencia de menores dependientes del extranjero y residentes en España, posibilidad de que quede frustrada la indemnización a la víctima si se produce la expulsión,

⁴⁶⁴ Jurisprudencia aplicada a la práctica, *Expulsión de extranjeros*, La Ley, nº. 18, Año II, Julio-Agosto de 2005, p. 207.

⁴⁶⁵ La Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado ordena “Acordada la expulsión por el Juez o Tribunal sentenciador, deberá procederse al archivo del expediente de libertad condicional si se hubiere llegado a incoar, pues la decisión de sustitución de la pena suspende su ejecución y determina el fin de la intervención penitenciaria sobre él si luego el extranjero quebranta la prohibición de regreso al territorio español como establece el art. 89.2”. Por otro lado, RACIONERO CARMONA entiende que debe primarse el Auto de libertad condicional sobre cualquier otro de expulsión o sustitución de la pena (*Derecho penitenciario y privación de libertad*, ob. cit., p.275).

⁴⁶⁶ Toda expulsión, sea por decisión administrativa o acordada en un procedimiento penal, es siempre una medida sustitutiva del cumplimiento de la sanción inicialmente prevista (LUJÁN ALCARZA, José y PENALVA, Alejandra Selma, *Garantías judiciales de los extranjeros frente a las medidas de internamiento y expulsión*, en Protección Jurídico-Social de los Trabajadores Extranjeros, Comares, Granada, 2010, p.369). CERESO MIR explica que diferente de la expulsión, “la extradición es una forma de cooperación o entreatyuda judicial e internacional y no una manifestación del *jus puniendi* del Estado que la concede” (CERESO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Introducción*, 6ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 275). En Brasil, la extradición es el único procedimiento que posee una fase administrativa y otra judicial ante el Supremo Tribunal Federal (STF). En la determinación de la expulsión sólo existe la fase administrativa y ésta es atribución exclusiva del Presidente de la República (RAMAZZINI BECHARA, Fábio, *Breves notas acerca da prisão*, disponible en el sitio www.damasio.com.br/news/edicao/news17/conteudo/artigos/default.asp, con acceso en 22/07/2008).

⁴⁶⁷ LÓPEZ LORENZO, Virtudes, *La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal*, La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº. 09, 2004, p.44.

⁴⁶⁸ Esta posición ha sido reiterada en posteriores sentencias del TS declarando que el artículo 89 debe ser aplicado con imprescindible juicio de ponderación entre los intereses enfrentados en juego y, por lo tanto, con una motivación individualizada a la vista de la circunstancias de cada caso tanto para expulsar como para dejar que el extranjero permanezca en España (SSTS de 28 de octubre de 2004 o de 11 de octubre de 2005), en GUIASOLA LERMA, Cristina, *Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal*, Estudios Penales y Criminológicos, Volumen XXX, 2010, p. 205.

conflictos entre la expulsión y el cumplimiento de los deberes y obligaciones eventualmente a cargo del condenado, en especial en casos de violencia doméstica⁴⁶⁹.

Otro problema ocasionado por la reforma penal de 2010 alude a la vulneración del principio de proporcionalidad, que con relación a la pena significa que la gravedad de la consecuencia jurídica ha de ser proporcionada a la gravedad del ilícito cometido y a los fines que se busca con la sanción⁴⁷⁰. Sin embargo, el art. 89.5 se refiere al cumplimiento de cualquier pena privativa de libertad⁴⁷¹. De acuerdo con el Código penal “*son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa*”. Es decir, según el art. 89 el extranjero puede responder con la expulsión a conductas que tan sólo merecen una pena de localización permanente (que no es sino una pena leve prevista para las faltas y delitos menos graves) o por la imposibilidad del condenado de pagar la multa impuesta.

Una cuestión que todavía se debe plantear es la desigualdad que esta alteración legal puede promover en la vida de los condenados⁴⁷², puesto que reemplazar la pena por la expulsión puede resultar una medida beneficiosa para algunos y, al mismo tiempo, significar una pena más ardua para otros, dependiendo de las circunstancias del penado y la gravedad de la pena que le queda por cumplir.

Para quien ha venido a España para buscar empleo y acabó cometiendo un delito (como ya vimos, no necesariamente grave), la expulsión puede representar una consecuencia más grave que la propia privación de libertad por un determinado periodo. Además de su gran contenido aflictivo, supone la pérdida de un proyecto vital por el que la persona en muchas ocasiones ha asumido deudas y ha pasado por graves peligros⁴⁷³. En muchas ocasiones la expulsión, acompañada de la prohibición de entrada

⁴⁶⁹ El TEDH ha centrado su jurisprudencia en el análisis de las violaciones que pueden producir las expulsiones y otras medidas de política de inmigración en el derecho a la vida familiar de los extranjeros, dejando de lado su derecho a la vida privada. La regla general que establece el TEDH para estos casos es la de que “*la exclusión de una persona de un país donde residen sus familiares cercanos puede suponer una violación del derecho a la vida familiar tal y como se encuentra garantizado por el artículo 8(1) del Convenio*” en BOZA MARTÍNEZ, Diego, *Los Extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 29.

⁴⁷⁰ Valoración de la plataforma “Otro derecho penal es posible” sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal”, disponible en el sitio www.otroderechopenal.com, acceso en 31/01/2012.

⁴⁷¹ Según el apartado 7 del art.89, la expulsión no se aplicará a los extranjeros cuando hayan sido condenados por la comisión de los delitos a los que se refieren los artículos 312, 313, y 318 bis, relativos a los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y tráfico ilegal de personas.

⁴⁷² LEGANÉS GOMÉZ, Santiago, *Extranjeros en prisión*, ob. cit., p. 33.

⁴⁷³ DÍAZ, Miguel y CONLLEDO, García, *Protección y Expulsión de Extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 598.

de entre 5 y 10 años, lleva consigo la separación de la familia, también residente en España⁴⁷⁴.

Por otro lado, para aquellos que han venido a España con la intención de cometer crímenes, la expulsión puede convertirse en una escapatoria ventajosa. El extranjero provoca la persecución penal para evitar la persecución policial-administrativa y establece la posibilidad de ser expulsado de acuerdo con uno de los supuestos del amplio rol creado por el art. 89 del CP⁴⁷⁵. Con la certeza de la expulsión, y la consecuente desaparición de su pena y antecedentes criminales no tendrá motivos para dejar de delinquir, lo que desacredita gravemente la finalidad de prevención general de la sanción penal⁴⁷⁶.

A nuestro juicio, la expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España supone un abandono de la obligación de ejecutar determinadas penas por razones de oportunidad política, ya que tal medida no encuentra justificación convincente en los objetivos de prevención general ni tampoco de prevención especial⁴⁷⁷. Entendemos que el Estado no puede valerse del Derecho penal para luchar contra la inmigración irregular⁴⁷⁸ porque así, la conciencia de la existencia de minorías diferenciadas con necesidades específicas será inevitablemente contrariada por la lógica de masificación uniformizada y alienante que caracteriza la realidad penitenciaria

⁴⁷⁴ La primera labor que afronta el TEDH en un caso de este tipo es la de comprobar si el demandante tiene vida familiar en el Estado que pretende su expulsión. El recurrente debe demostrar la existencia y efectividad de su vida familiar, según el criterio del Tribunal delimitando cuándo el concepto de unidad familiar, en los términos del artículo 8 CEDH, según el Tribunal de Estrasburgo. en BOZA MARTÍNEZ, Diego, *Los Extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit., p. 130.

⁴⁷⁵ Penas privativas de libertad inferiores a seis meses, cuando el extranjero se clasifica como de tercer grado o cuando alcanza las tres cuartas partes de la condena (LO 5/2010, de 25 de Junio).

⁴⁷⁶ Sobre este tema cabe citar la STS de 25 de enero de 2007 o la de 21 de diciembre de 2005 en la que el Tribunal declara que la medida de expulsión, en delitos de inequívoca gravedad puede determinar la impunidad de las conductas y “la proliferación de tan dañinas actividades por extranjeros ante la garantía de que, se descubiertos, serían repatriados a su país tras escaso tiempo de prisión” (en GUIASOLA LERMA, Cristina, *Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal*, ob. cit., p. 205).

⁴⁷⁷ MIRANDA PEREIRA, Luís de, *Minorias e diversidade cultural- Algumas reflexões sobre o contacto de culturas na prisão a propósito, designadamente, de estrangeiros e ciganos*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 17, nº. 02, Coimbra Editora, Coimbra, Abril-Junho de 2007, p. 254.

⁴⁷⁸ Para WACQUANT, la Unión europea ha asistido a una multiplicación de “áreas de espera” y “centros de retención” a lo largo de todo el continente para contener a una población flotante de inmigrantes indocumentados y no deseados. La construcción de la “Europa fortaleza” en la era de la inseguridad social generalizada, según el autor, ha acelerado un doble movimiento que condena al ostracismo los inmigrantes, ahora trabajadores no deseados. El primero actúa a través del traslado externo, mediante la expulsión de los inmigrantes irregulares. El segundo opera a través de la extirpación interna mediante el incremento de su encarcelación (*Extirpar y Expulsar: Sobre la gestión penal de los inmigrantes postcoloniales en la Unión Europea*, ob. cit. p. 142).

vigente⁴⁷⁹. La complejidad del fenómeno migratorio necesita de menos políticas de control. El problema pasa, esencialmente, por una comprensión más profunda de lo que es la finalidad resocializadora y sus medidas de integración del recluso⁴⁸⁰.

Sin embargo, el más reciente Anteproyecto de Ley Orgánica⁴⁸¹ que, si resulta aprobado, modificará el Código penal, prevé que las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas, previa audiencia del penado, por su expulsión del territorio español y cuando hubiera sido impuesta una pena de más de tres años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el Juez o Tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En este caso, cumplida la parte de la pena que se hubiera determinado, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español. Solamente no se procederá a dicha sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

3.5 REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

Según el artículo 93 del CP, si en el periodo que resta de pena a cumplir en libertad el penado vuelve a delinquir o no observa las reglas de conducta impuestas por el Juez de Vigilancia, será revocado el beneficio, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

Con relación a la primera causa de revocación, hay que subrayar algunos aspectos importantes. El hecho de volver a delinquir debe ser siempre interpretado de forma cuidadosa, una vez que implicará una limitación de los derechos subjetivos del reo. Señalado este punto, se puede concluir que sólo cabrá revocación cuando se cometa un delito en sentido estricto y no una simple falta disciplinaria. Por otro lado, según la

⁴⁷⁹MARTÍN DIZ reconoce las dificultades de la condición de extranjero no residente en España resultando en diversos problemas de orden sociológica, penal y penitenciaria, pero advierte que ha de compatibilizarse con los objetivos de la Unión Europea de conseguir un razonable grado de homogeneización del derecho y de las políticas criminales y legislativas, partiendo, necesariamente de la igualdad absoluta en la aplicación de las leyes penales y penitenciarias a los extranjeros (*El Juez de Vigilancia Penitenciaria, Garante de los derechos de los reclusos*, ob. cit., p. 215).

⁴⁸⁰SANZ MULAS, Nieves, *La pena privativa de libertad y sus alternativas*, ob. cit., p.31.

⁴⁸¹ Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. Aprobado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de la Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, el 11 de octubre de 2012.

redacción del artículo, siendo un crimen previsto por la Ley sería irrelevante a qué clase pertenezca el delito o el bien jurídico que viole. Esta postura legal, obviamente, está en desacuerdo con la perspectiva político-criminal imaginada por la Constitución española orientada a la reinserción social del condenado y de los documentos de orden internacional, ya que no establece la debida relación entre la naturaleza del delito y las perspectivas de rehabilitación del sujeto.

De acuerdo con los preceptos constitucionales que imbuyen la actual regulación de la libertad condicional española, ha sido suprimida la referencia a la mala conducta como causa de revocación, lo que venía siendo seriamente rechazado por parte del Consejo General del Poder Judicial. En los moldes anteriores la simple detención por la policía en las calles por un presunto delito ya se consideraba mala conducta, atentando claramente contra los principios de la presunción de inocencia y el derecho a tener un debido proceso legal. Conforme a las conclusiones aprobadas en la VII Reunión de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, la resolución revocatoria tan sólo podrá dictarse después de que el liberado haya sido condenado ejecutoriamente por el delito cometido.

En cuanto a la segunda causa de revocación, es posible mencionar algunos avances. La lista cerrada de condiciones contenida en la sentencia expedida por el Juez antes de la salida del penado evita arbitrariedades. Aun así, al contrario de lo que sucede con la primera razón para revocación, aquí no es necesaria una condena firme. Bastará un informe de la Comisión Técnica y la posterior resolución del Juez de Vigilancia (Art. 93, CP y 76-2 b LOGP). Equivocadamente el legislador no ha pensado en soluciones alternativas para casos menos graves como las advertencias, la prórroga del periodo de prueba o la sustitución de condiciones evitando la revocación inmisericorde, a diferencia del criterio seguido por el Artículo 84-2 del CP que regula la suspensión de la ejecución de la pena, donde cabe la sustitución de una regla por otra.

El Código penal también comete una omisión cuando no ofrece una respuesta al problema de la revocación irreversible, limitándose a establecer que el condenado reingresará en el periodo de prisión por el tiempo que corresponda. El artículo 93 recoge la idea de que la revocación no cierra la puerta al condenado para que más adelante pueda volver a solicitar la libertad condicional a lo largo del cumplimiento de la misma pena. La referencia al periodo que corresponda sin ninguna sanción añadida supone el reingreso dentro del sistema penitenciario que, dado su carácter esencialmente

progresivo, podrá dar lugar, en su momento, a hacerlo merecedor de la libertad condicional.

En cuanto a los efectos de la revocación, el Art. 93 CP introduce también una modificación significativa con relación a la regulación anterior cuando elimina la regla punitiva por la cual la reincidencia suponía la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional. Para los parámetros del viejo Código, la reincidencia en el delito hacía que el penado perdiera todo el tiempo pasado en libertad. Con la reforma, el tiempo pasado fuera de la prisión será computado a efectos de extinción de la pena, excepto en los casos de terrorismo y crimen organizado, como ya se ha señalado.

Sobre el momento en el cual se paralizará el referido cómputo, debe entenderse que la interrupción se producirá en la fecha en que cometió el nuevo delito o en la que se haya materializado la inobservancia de la regla de conducta. En caso de revocación, cuando el interno regrese a la prisión le será aplicado el régimen ordinario, hasta que la Junta de Tratamiento proceda nuevamente su clasificación.

Cabe mencionar que no obstante los avances apuntados anteriormente, está en camino un anteproyecto más de reforma del Código penal⁴⁸², que ya ha sido aprobado por el Consejo de Ministros, en octubre de 2012, y determina que la libertad condicional pasará a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena. En caso de revocación, el tiempo transcurrido en libertad no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena, o sea, el condenado deberá cumplir toda la pena que le quedaba. Además de este cambio, y a pesar de haber mantenido los supuestos de la libertad condicional, en el nuevo anteproyecto se instituyen, sin embargo, otras dos modificaciones de extraordinaria relevancia.

En primer lugar, se incluye un nuevo supuesto de acceso a la libertad condicional que será aplicable a los penados primarios, que reciban penas de corta duración, se adelantando la posibilidad de obtener el beneficio penitenciario al cumplimiento de la mitad de la condena. Esta medida obviamente resulta saludable porque al promover el acortamiento de la condena contribuirá a minimizar los efectos desocializadores de la cárcel. Finalmente, se introduce el cuestionable régimen de prisión permanente revisable, a partir del cumplimiento de 35 años de condena para los casos más graves de delincuencia terrorista. Este posible cambio legislativo ha sido

⁴⁸² Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal. Aprobado por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de la Justicia, Alberto Ruiz-Gallardón, el 11 de octubre de 2012.

fuertemente criticado por los especialistas y los operadores jurídicos porque es considerado incompatible con el artículo 15 de la Constitución española que prohíbe cualquier pena que se muestre inhumana o degradante⁴⁸³.

⁴⁸³CAMPDERRICH BRAVO, Ramón, *Nota crítica sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal español*, Disponible en la página web: <http://www.suscripcionesmientrastanto.org>. Acceso en 26/01/2013.

CAPÍTULO V

LIBERTAD CONDICIONAL EN BRASIL

1. CONSIDERACIONES INICIALES

La individualización ejecutoria viene de la adopción en el ordenamiento jurídico brasileño del principio constitucional de la individualización de la pena. Ésta se hace, como ya fue mencionado, en tres etapas: la individualización legislativa, en el momento de la construcción del tipo penal, fijando el mínimo y el máximo de la pena en abstracto; la individualización judicial, en el momento de la concretización de la sanción penal a través de la sentencia condenatoria específica para cada agente; y la individualización ejecutoria que es la fase de aplicación efectiva de la pena en grados. Por eso, la progresión del régimen, como forma de incentivo a la propuesta estatal de reeducación y resocialización del sentenciado, es consecuencia natural de la individualización de la pena.

Se concluye que, en teoría, solamente deberá ir a la prisión quien verdaderamente necesite de ella. Se ha intentado recurrir a la pena privativa de libertad sólo en aquellos casos en los que los individuos demuestren ser inadecuados para la convivencia social armónica, sea por su desvío de personalidad, sea por la reiteración y gravedad de las consecuencias del comportamiento que presenten. En fin, se reservaron las penas privativas de libertad para los crímenes más serios y para los delincuentes peligrosos o que no encajen en las demás modalidades de penas, a saber las penas restrictivas de derechos y la pena de multa.

En los términos del Art. 112 de la Ley de Ejecución Penal⁴⁸⁴, la pena privativa de libertad será ejecutada de forma progresiva, con la transferencia al régimen menos riguroso, a ser determinado por el juez, cuando el preso haya cumplido por lo menos un sexto de la pena en el régimen anterior y ostente buen comportamiento carcelario, comprobado por el director del establecimiento. Excepcionalmente, tratándose de “crímenes hediondos”, después de larga discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de la posibilidad de progresión de régimen en estos casos, la Ley 11464/2007 de 28 de marzo, con base en el principio de la individualización de las

⁴⁸⁴ Ley 7.210/1984, de 11 de Julio.

penas, autoriza el paso del régimen más duro al más benéfico cuando además de la buena evaluación del mérito del condenado, éste cumpla en régimen cerrado más de 2/5 (dos quintos) de la pena, si es su primer delito, o más de 3/5 (tres quintos), en caso de ser reincidente.

El mérito del condenado es un juicio de valor incidente sobre la conducta carcelaria pasada y futura (diagnóstico y pronóstico), percibiendo que cumplió, de manera satisfactoria, sin registro de faltas graves en el informe, su pena en el régimen más riguroso, además de estar preparado para enfrentarse a un régimen más blando, demostrando sentido crítico en relación a sí mismo, disciplina, perspectiva hacia el futuro y ausencia de peligrosidad⁴⁸⁵. El mérito no debe, jamás, ser evaluado según el crimen cometido y el montante de la pena aplicada, pues esta no es una de las finalidades de la disposición legal. Sobre este aspecto en la evaluación de la progresión se pronuncia la Súmula 718 del Supremo Tribunal Federal (STF)⁴⁸⁶ que prevé lo siguiente: *“La opinión del juez sobre la gravedad en abstracto del crimen no constituye motivación idónea para la imposición de régimen más severo que el permitido según la pena aplicada”*⁴⁸⁷. El sentenciado ya fue castigado por su crimen y cumple la pena, no debiendo cargar, durante toda la ejecución, con el estigma de haber cometido una grave infracción criminal.

El punto de referencia para la conquista o pérdida de más beneficios en el cumplimiento de la pena privativa de libertad es el mérito o desmérito del condenado. El sistema progresivo, de esta forma, permite al condenado ir conquistando paulatinamente su libertad, pudiendo denominar la libertad condicional como la última etapa de la ejecución penal. Como medida de política criminal presente en todas las legislaciones penales modernas, buscando reducir los efectos nocivos del confinamiento prolongado, la libertad condicional permite que el condenado anticipe su reinserción en la convivencia social, porque presenta signos claros de regeneración. En la definición del penalista brasileño NORONHA⁴⁸⁸, la libertad condicional es: *“la concesión, por el poder judicial de la libertad anticipada al condenado, mediante la existencia de ciertos presupuestos, y condicionada a determinadas exigencias durante el resto de la pena que debería cumplir el encarcelado”*.

⁴⁸⁵ NUCCI, Guilherme, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p. 369.

⁴⁸⁶ La Súmula consiste en un enunciado normativo que resume la opinión del Tribunal Superior acerca de un determinado tema.

⁴⁸⁷ Traducción de la autora.

⁴⁸⁸ NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito Penal*, Vol. I, 15ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1978, p. 308(Traducción de la autora).

Para el renombrado jurista CUELLO CALÓN⁴⁸⁹, la institución sería “*un periodo intermedio absolutamente necesario para que el condenado se habitúe a las condiciones de vida exterior, fortalezca su capacidad de resistencia ante los atractivos y sugerencias peligrosas y quede reincorporado de modo estable y definitivo a la comunidad (...)*”. JESCHECK⁴⁹⁰ afirma que, la libertad condicional “*pretende adaptar la duración del cumplimiento de la pena a la evolución del reo en el establecimiento penitenciario, estimulándole, al mismo tiempo, para que se oriente hacia un comportamiento positivo durante el cumplimiento de la pena*”.

Para los más incrédulos al respecto de la regeneración completa del condenado dentro de las penitenciarias, sobre todo las brasileñas, la institución serviría como una herramienta apropiada para el aprendizaje de la nueva vida en libertad. Funcionaría como un periodo de prueba en que el egreso continúa bajo vigilancia, para demostrar que ya consigue respetar los límites y los bienes jurídicos protegidos por el Derecho. A diferencia del *sursis*, en el que se produce la suspensión del cumplimiento de la sanción penal, en la libertad condicional el sentenciado inicia el cumplimiento de la pena privativa de libertad, obteniendo sólo después, de acuerdo con la realización de los preceptos legales, el derecho a pagar el resto de la pena fuera de la prisión.

Brasil previó directamente la institución de la libertad condicional en el Código de 1890, pero su aplicación efectiva, de acuerdo con BITTENCOURT⁴⁹¹, fue posible solamente con el Decreto n.º 16.665 de 1924. Antes de la reforma de 1984, el Código Penal de 1940 sólo permitía la libertad anticipada en el caso de penas de reclusión o detención superiores a tres años. El problema era que la suspensión condicional de la pena (*sursis*) sólo era posible, según la misma disposición legal, para penas de hasta dos años. Se constataba entonces una situación de grave injusticia con aquellos condenados a penas de más de dos años y menos de tres. Los sentenciados en estas condiciones no podrían gozar de la suspensión condicional porque superaban el límite máximo requerido de pena y, al mismo tiempo, no habían cumplido el tiempo de condena necesario para obtener la libertad condicional, lo que les llevaba a tener que cumplir la condena íntegramente encerrados. El proyecto de 1969 del Código Penal corrigió esta laguna, permitiendo la libertad condicional al sentenciado con pena privativa de libertad igual o superior a dos años. Como el proyecto no llegó a entrar en

⁴⁸⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología*, ob. cit., p.537 (Traducido por la autora).

⁴⁹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1981, p. 1166(Traducido por la autora).

⁴⁹¹ BITTENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal*, ob. cit., p.795.

vigor, la Ley n. 6417/77 aprovechó la corrección e introdujo en el Código Penal de 1940 la modificación que perdura hasta la actualidad.

Así, la pena inferior a dos años se puede beneficiar con la suspensión condicional, la superior a dos años dispone de la libertad condicional y la pena de dos años exactos puede recurrir tanto a la libertad condicional como a la suspensión condicional. Las circunstancias y los fines de la pena, en cada hipótesis, indicarán la medida más adecuada. Puede ocurrir que el reo no pueda conseguir el *sursis* porque, aunque su pena sea de dos años, sea reincidente en crimen doloso. Subsistirá la posibilidad de libertad condicional cuando cumpla más de la mitad de la condena.

GRECO⁴⁹² plantea brillantemente la cuestión práctica de un reo que haya recibido pena muy poco inferior a dos años y sea reincidente en crimen doloso. Argumenta el autor que, sin ofender el principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*, es pertinente el recurso de la Defensa ante el Tribunal competente con la finalidad de pleitear el aumento de la pena del condenado para que éste complete el mínimo establecido por el Art. 83, buscando hacer posible la concesión de la futura libertad condicional. Y es que, si no se alcanza el límite mínimo de los dos años, y sin el permiso para el *sursis*, el sentenciado estará obligado a cumplir la pena de forma integral.

La Ley 6.416/77 ha traído también algunas expresivas modificaciones en la institución de la libertad condicional. Además de la reducción a dos años del límite mínimo de pena aplicada para su admisión, reguló la suma de las penas correspondientes a infracciones diversas, delegó en la asistencia social la observación cautelar y protección del liberado, previó la posibilidad de que el juez cambie las condiciones especificadas en la sentencia de libertad condicional, etc. En resumen, se puede afirmar que la reforma creada por la Ley n. 7.209/84, que será debidamente estudiada aquí, mantuvo la orientación de la disposición de 1977 (Ley 6.416/77), con pequeñas, pero significativas alteraciones.

1.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

En el Código penal brasileño la libertad condicional se localiza dentro del capítulo referente a las penas, lo que indica que esta institución forma parte de la propia

⁴⁹² GRECO, Rogério, ob. cit., p. 705.

ejecución normal de la condena, siendo la última fase del tratamiento penitenciario que busca facilitar la reintegración en la comunidad, dentro de los parámetros del sistema progresivo, sirviendo como un puente entre la prisión y la vida en libertad. De forma análoga, para la mayoría de los autores italianos, como afirma GIORGIO CAMERINI⁴⁹³, la libertad anticipada del individuo es una forma diferente de ejecución de la sanción penal en su período final.

En la doctrina brasileña hay todavía autores que consideran que la institución aquí presentada constituye una excepción en la ejecución de la pena privativa de libertad, como hacen los miembros del Ministerio Público del estado de São Paulo, CAPEZ⁴⁹⁴ y ESTEFAM⁴⁹⁵. ARIEL DOTTI⁴⁹⁶ por su vez, considera la libertad condicional como *“una medida penal de fondo no institucional, que restringe la libertad de movilidad”*, definición reforzada por NUCCI que la describe como *“una medida penal que restringe la libertad de movilidad (...) No se trata de una excepción en la ejecución, porque la propia Ley de Ejecución Penal no la considera como tal”*⁴⁹⁷. Sin embargo, apartando los conceptos iniciales, el aspecto más controvertido sobre la naturaleza jurídica de la libertad condicional es, indudablemente, si hay que considerarla un derecho subjetivo del individuo o una mera facultad del magistrado.

Pasada la fuerza del sistema clásico con la prelación por un cumplimiento integral de las condenas, durante mucho tiempo la libertad condicional fue considerada un favor que el Estado hacía al recluso que se comportase dentro de los patrones de sumisión exigidos por las autoridades penitenciarias, determinando así la concesión automática de la libertad, como premio por la buena conducta demostrada. Esta visión, a pesar de debilitada, permanece aún hoy en los sistemas neoclásicos.

Derivada del sentido de pura condescendencia, ya en la década de 1930, se defendía la idea de que la libertad condicional formaba parte del rol de los derechos del condenado, siempre que éste satisficiera los requisitos legales para disfrutar de dicho derecho. Mientras tanto, la escuela mayoritaria de la época rechazó esta propuesta. El fin de las discusiones jurídicas se ha orientado en el sentido de garantizar el

⁴⁹³ GIORGIO CAMERINI, *La grazia, la liberazione condizionale e la revocazione anticipata delle misure di sicurezza*, CEDAM, Padova, 1967, p. 65.

⁴⁹⁴ CAPEZ, Fernando, *Direito Penal*, Volume I, Saraiva, São Paulo, 2008, p. 485.

⁴⁹⁵ ESTEFAM, André, *Direito Penal-Parte Geral*, Coleção Cursos e Concursos, Saraiva, São Paulo, 2007, p.203.

⁴⁹⁶ DOTTI, René Ariel, *Reforma Penal Brasileira*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 426. (Traducido por la autora).

⁴⁹⁷ NUCCI, Guilherme, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p. 496 (Traducido por la autora).

reconocimiento del tiempo mínimo fijado en la ley, por una autoridad imparcial, dejando sin resolver varias controversias.

Gran parte de la doctrina brasileña contemporánea transmite la percepción de que la libertad condicional es un derecho subjetivo público del condenado⁴⁹⁸, es decir, que no consiste en una opción o facultad del juez. Siempre que se cumplan los requisitos legales, hay que conceder la solitud. Considerando que los beneficios sean ampliados por el estado de libertad, tornándose derechos subjetivos, no hay opción del magistrado⁴⁹⁹, que debe autorizar la anticipación de la libertad.

Hay, con todo, una posición discordante, la de JESUS⁵⁰⁰ que entiende que *“No constituye un derecho público subjetivo más de libertad del condenado, tampoco una excepción en la ejecución. Es una medida de naturaleza restrictiva de la libertad de característica represiva y preventiva. No es un beneficio”*.

A pesar de las diversas posturas jurídicas, comprendemos que siendo la resocialización y la reinserción social consideradas como deberes del Estado en relación al individuo penado y siendo la libertad condicional coherente con los principios propuestos por el sistema progresivo de cumplimiento de penas, sólo se puede concluir que la institución en estudio es un derecho subjetivo del recluso, o sea, no cabe al magistrado la facultad de conceder o negar la petición, sino observar se han satisfecho los requisitos objetivos y subjetivos que la Ley penal determina.

2. REQUISITOS O PRESUPUESTOS NECESARIOS

Tratándose de conceder al condenado la posibilidad de la anticipación de la libertad, el Art. 83 del Código Penal, en sus incisos y párrafo único establecen los requisitos esenciales para la concesión de la libertad condicional. El legislador trató de forma conjunta en un mismo artículo tanto de los requisitos objetivos, como de los que

⁴⁹⁸ DELMANTO, Roberto, *Código Penal Comentado*, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 2009, p. 254; MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, Vol. I, Atlas, São Paulo, 2008, p. 321; GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Impetus, Rio de Janeiro, 2006, p. 704; ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIARANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 2002, p. 807; COSTA JR, Paulo José da, *Comentários ao Código Penal*, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 276; NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito Penal*, ob. cit., p.280; En sentido contrario: DOTTI, René Ariel, *As novas linhas do livramento condicional e da reabilitação*, Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1985, p. 102.

⁴⁹⁹ FREDERICO MARQUES, José, *Tratado de Direito Penal*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1966, pp. 262, 264 y 276.

⁵⁰⁰ JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal*, Saraiva, São Paulo, 1998, p. 615. (Traducido por la autora).

dependen de la evaluación del sujeto, destinatario de la solicitud. Así, para un análisis más detallado, el tema será tratado en los apartados siguientes.

2.1 REQUISITOS O PRESUPUESTOS OBJETIVOS

2.1.1 NATURALEZA Y CANTIDAD DE LA PENA

El primer presupuesto objetivo obligatorio para la admisión de la libertad condicional es el tiempo mínimo de pena aplicada al condenado. La explicación para ese límite viene de la idea de que para las penas de corta duración ya existe el *sursis* y, en los crímenes más graves, en tan poco tiempo, no sería posible realizar la debida observación y adaptación del condenado para devolverle regenerado a la convivencia social⁵⁰¹. El beneficio sólo puede ser concedido cuando la pena aplicada sea una pena privativa de libertad igual o superior a 2 (dos) años. Consecuentemente están descartadas de esta prerrogativa las penas restrictivas de derechos, como la prestación de servicios a la comunidad y la pena de multa. Para el cálculo de este tiempo mínimo de pena, según el Art. 84 del CP, es posible sumar las penas aplicadas por infracciones diversas, aunque sea en procesos distintos, con el fin de llegar al montante exigido por la ley.

La suma de penas para fines de libertad condicional, que era una facultad concedida al magistrado por el Art. 60, párrafo único, del Código Penal de 1940, con la redacción de la Ley n. 6.416, pasó a ser un poder-deber del juez. Sobre el tema, MAZZILLI⁵⁰² explicita que:

Para la concesión de la libertad condicional, se debe considerar la acumulación de todas las penas pendientes de cumplimiento del sentenciado, y no considerarlas individualmente, ni mucho menos considerar el límite del Art. 75 del Código Penal. Entendemos que el Art. 75 apenas crea una forma de unificación de pena corporal con límite máximo de su cumplimiento; la unificación no sirve, sin embargo, como base de cálculo de otros beneficios.

⁵⁰¹ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p.321.

⁵⁰² MAZZILLI, Hugo Nigro, *Questões Criminais Controvertidas*, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 147. (Traducido por la autora). "Para a concessão do livramento condicional, deve-se considerar o acúmulo de todas as penas pendentes de cumprimento do sentenciado, e não considerá-las individualmente, nem muito menos, considerar o teto do Art. 75 do Código Penal. Entendemos que o Art. 75 apenas cria forma de unificação de pena corporal com limite máximo de seu cumprimento; a unificação não serve, porém, para base de cálculo de outros benefícios".

A respecto de la unificación de las penas, el Supremo Tribunal Federal ya ha decidido, en sesión con fecha de 24 de septiembre de 2003, que *“La pena unificada para atender al límite de treinta años de cumplimiento, determinado por el Art. 75⁵⁰³ del Código Penal, no es considerada para la concesión de otros beneficios, como la libertad condicional o régimen más favorable de ejecución”*⁵⁰⁴.

2.1.2 CUMPLIMIENTO DE PARTE DE LA PENA

El segundo requisito objetivo para la libertad condicional es tener cumplida una parte de la pena privativa de libertad. La fracción de pena a cumplir depende de las características del condenado. Cumplirá más de 1/3 de la pena, aquel que tenga buenos antecedentes y no sea reincidente en crimen doloso y más de la mitad de la pena aquel que sea reincidente. Los antecedentes son todos los elementos que describen la vida anterior del sentenciado, su comportamiento antes de la prisión. Por otro lado, la reincidencia, como se sabe, es la comisión de un nuevo acto delictivo, después de una sentencia firme, en el país o en el extranjero, que haya condenado al agente por un crimen anterior (CPB, Art. 63). También es importante apuntar que no prevalecerá la condena anterior si en el intervalo entre la fecha de cumplimiento o extinción de la pena y la infracción posterior existiera un periodo de tiempo superior a cinco años (CPB, Art. 64). Pasado este plazo, aunque materialmente no lo sea, técnicamente el individuo vuelve a ser principiante, es decir, tendrá antecedentes criminales, pero no incidirá sobre él ninguno aumento de pena por circunstancia agravante prevista en el Art. 61, I del Código Penal. La reincidencia que se refleja en el cumplimiento de más de 1/3 de la pena debe ser en crimen doloso, por lo tanto, el código no se opone al cumplimiento de más de 1/3 de la pena en los casos de los reincidentes en crímenes culposos o en los que cometieron anteriormente una infracción.

Para llegar a la etapa de libertad vigilada, no es obligatorio que el condenado pase por todos los regímenes penales existentes en el sistema penal brasileño, es decir, los regímenes cerrado, semiabierto y abierto. Tampoco es condición para la concesión que el condenado ya esté en régimen abierto. Es suficiente que cumpla todos los presupuestos del Art. 83 del Código Penal. Esta postura se opone al

⁵⁰³ El art. 75 afirma que “El tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad no puede ser superior a los 30 (treinta) años”.

⁵⁰⁴ Súmula 715 del Supremo Tribunal Federal (Traducción propia).

Código Penal español de 1995 que condiciona el parecer favorable, entre otros elementos esenciales, a que el condenado esté en la última parte del cumplimiento de la pena (Art. 9º)⁵⁰⁵.

Vale subrayar que para la satisfacción del requisito de tiempo mínimo determinado por el inciso I o II del Art. 83 del Código Penal, por expresa disposición legal, se computará también el periodo de descuento resultado del trabajo del condenado (LEP, Art. 128), así como el tiempo de eventual prisión provisional que haya cumplido el recluso en el mismo proceso o la internación en hospitales de custodia y tratamiento psiquiátrico (Art. 42 do CP).

Aun hablando del cumplimiento de la pena y sus limitaciones, resta relatar la controvertida temática de los crímenes hediondos⁵⁰⁶. En consonancia con el Art. 83, V, un condenado por práctica de tortura, tráfico ilícito de drogas o afines y terrorismo, debe cumplir más de 2/3 de la pena para solicitar la libertad condicional, siempre que no sea reincidente específico. De ahí se puede concluir que para los reincidentes específicos no es posible cumplir la última fase de ejecución penal en libertad.

A pesar de la tardía corrección hecha por la Ley n. 11464/2007 permitiendo la progresión en los regímenes penitenciarios para los autores de crímenes hediondos, con la exigencia de un *quantum* más elevado, permanece la incoherencia de prohibir la readaptación progresiva del recluso a través de la libertad vigilada. Esta restricción quiebra la secuencia de reinserción social de la que tanto alardean los sistemas que se consideran garantistas, como es el caso brasileño. Además, esta medida lesiona el principio de individualización de la pena⁵⁰⁷, dificulta el proceso de regeneración de los presos, que desmotivados, reflejan su desesperanza en el comportamiento, en el trabajo y en la higiene personal dentro de las instituciones penitenciarias.

Según TELES⁵⁰⁸ el cumplimiento de cualquier pena privativa de libertad sólo tendrá razón de ser, en la mente del condenado, si existe la expectativa de conseguir la libertad. Aquel que no tenga esta certeza no tendrá ninguna razón para respetar, en el presidio o fuera de él, cualquier norma que provenga del Derecho. Si con la posibilidad concreta de progresión a regímenes menos rigurosos, los centros

⁵⁰⁵ SOLA DUEÑAS, Ángel, GARCÍA ARÁN, Mercedes y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Alternativas a la prisión*, PPU, Barcelona, 1986, p. 91.

⁵⁰⁶ Crímenes hediondos son los crímenes determinados por la Ley 8072/90, de 25 de julio, y que por su gravedad, deben tener penas y régimen penitenciario más duros. Son ejemplos de crímenes hediondos el homicidio cualificado, el latrocinio, la extorsión por medio de secuestro y el estupro.

⁵⁰⁷ DELMANTO, Roberto, *Código Penal Comentado*, ob. cit., p.257.

⁵⁰⁸ TELES, Ney Moura, *Direito Penal I - Parte Geral*, Editorial Atlas, São Paulo, 2004, pp.202-202.

penitenciarios son escuelas del crimen, lo serían mucho más sin la previsión de que el interno viva lejos de la cárcel.

La expresión “reincidencia específica”, que ya no estaba en vigor en la legislación penal desde la reforma de 1984 y que fue resucitada por la Ley 8072/90, ha traído aún más rigor a los ya condenados con sentencia firme por crímenes hediondos o semejantes que vuelvan a delinquir. Sobre el concepto de reincidencia específica hay tres posturas. Para la corriente mayoritaria⁵⁰⁹, la reincidencia consiste en volver a cometer cualquiera de los crímenes descritos en la Ley de los Crímenes Hediondos, pues todos los delitos de la ley recibirán igual tratamiento. No es necesario que la reincidencia sea en el mismo tipo penal, sino en crímenes previstos por la misma ley, a ejemplo de la tortura y del estupro o del homicidio cualificado y del terrorismo. Algunos autores argumentan⁵¹⁰, un grupo minoritario, que la especificidad se daría con la violación del mismo bien jurídico, como patrimonio, al cometerse la extorsión mediante secuestro y latrocinio. Hay aún voces aisladas que clasifican como reincidencia específica la práctica repetida del mismo tipo penal (estupro y estupro).

Es conveniente alertar que la Ley 11343/2006 (Ley de Tóxicos), en su Artículo 44, párrafo único, ha incorporado nuevamente la expresión “reincidente específico”. Sin embargo aquí, de forma indudable, la pérdida de libertad sólo tendrá lugar cuando la repetición se produzca en crímenes recogidos en la antedicha ley, mencionados en sus Artículos 33, *caput* y §1º, y de 34 a 37.

Un punto que no se puede olvidar es que para que prevalezca la prohibición contenida en el Art. 83, V a los reincidentes específicos, es imprescindible que ambos crímenes se hayan cometido después de la entrada en vigor de la Ley 8072/90. Como la norma penal no puede tener efecto retroactivo si perjudica al reo, por fuerza del principio de la irretroactividad de la ley penal más severa, consagrado en el Art. 5º, XL de la Constitución Federal, podrá concederse la libertad condicional si el primer crimen ocurrió antes de 1990 y el segundo después de la vigencia de la Ley de los Crímenes Hediondos. En estos casos no se aplica la reincidencia específica.

⁵⁰⁹ En este sentido, CAPEZ, Fernando, ob. cit., p. 486; JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal*, ob. cit., p. 617; MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p. 322 e NUCCI, Guilherme, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p.497.

⁵¹⁰ Es el caso de GRECO, Rogério, ob. cit., p. 706.

2.1.3 REPARACIÓN DEL DAÑO, SALVO EFECTIVA IMPOSIBILIDAD

Está entre las grandes preocupaciones del Derecho contemporáneo la cuestión de la reparación de los daños a las víctimas de ilícitos penales. Y es que ante delitos que violan bienes jurídicos como la vida, la libertad, el honor y la propiedad intelectual, la indemnización financiera no restituirá completamente la seguridad y el *status quo* violados. En el intento de minimizar los efectos y consecuencias indeseadas causadas al sujeto pasivo de cualquier acción penal, el deber de reparar el daño figura como una obligación civil exigible como consecuencia de la sentencia condenatoria (CP, Art. 91, I).

El resarcimiento del daño material podrá hacerlo el condenado o quien le represente. La falta del resarcimiento implicará un impedimento para la obtención de la libertad del recluso. En la reforma de 1984, el legislador optó por no permitir que la dispensa de este requisito se hiciera con facilidad. Si alega no estar en condiciones de reparar el daño, por su precaria situación económica, el recluso tendrá que probar este hecho al juez. Sólo así tendrá derecho al beneficio penitenciario.

Se apuntan como causas de la imposibilidad de satisfacción de la indemnización, además de la mala situación económica del encarcelado, la desaparición de la víctima, el perdón del ofendido, la exigencia exagerada del sujeto pasivo, la prescripción o novación de la deuda. Es necesaria la prueba de insolvencia, sin embargo, ya no es suficiente el mero atestado de pobreza. Según el Supremo Tribunal Federal, la simple ausencia de proposición de acción indemnizatoria tampoco exime al condenado de probar que no reparó el daño por la absoluta imposibilidad de hacerlo, como demuestra la decisión:

Libertad condicional – Condiciones de admisibilidad – Prueba – Reparación del daño o imposibilidad de hacerlo – Coste que corresponde al reo y que no puede ser suplido con la presentación de certificado de inexistencia de acción indemnizatoria promovida por la víctima – Omisión que implica negación de la petición - Inteligencia de los arts. 83, IV, del CP, 710, V, del CPP y 131 de la Ley n. 7210/84(HC MS - Rel. Francisco Rezek)⁵¹¹.

⁵¹¹ Livramento condicional – Condições de admissibilidade – Prova – Reparação do dano ou impossibilidade de fazê-lo – ônus que incumbe ao réu e que não pode ser suprido com a apresentação de certidão negativa de ação indenizatória promovida pela vítima – Omissão que implica indeferimento do pedido – Inteligência dos Arts. 83, IV, do CP, 710, V, do CPP e 131 da Lei n. 7210/84(HC MS - Rel. Francisco Rezek) [Traducido por la autora].

2.2 REQUISITOS O PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

Los requisitos subjetivos tratan de la persona del condenado, manifestando la preocupación de esta institución con la resocialización del interno, viabilizando así, en caso de autorización del beneficio, un regreso más provechoso y menos traumático para el recluso y para la propia sociedad. Es necesario que el recluso tenga condiciones de controlar otra vez su vida sin necesidad de buscar su sustento en actividades ilícitas o inmorales⁵¹². Los requisitos subjetivos son tener buenos antecedentes, comportamiento satisfactorio durante la ejecución de la pena, aptitud y buen desempeño en el trabajo que se le ha atribuido.

2.2.1 BUENOS ANTECEDENTES

Una pregunta que genera controversias jurídicas trata de los condenados que no son reincidentes en crímenes dolosos pero que poseen malos antecedentes. Para una de las corrientes⁵¹³, el objetivo del legislador es distinguir entre principiantes y reincidentes, entre autores de crímenes dolosos y culposos, alegando, en consecuencia, que el principiante y de malos antecedentes debe cumplir más de 1/3 de la pena por analogía *in bonam partem*.

La segunda corriente sustenta que el sentenciado no reincidente de malos antecedentes debería recibir el mismo tratamiento que el reincidente culposo. Para GRECO⁵¹⁴, tanto la reincidencia como los malos antecedentes son causas que se oponen a la libertad condicional con el cumplimiento de más de 1/3 de la pena impuesta, es decir, el poseedor de malos antecedentes deberá cumplir más de la mitad de la condena. En este sentido se manifiestan diversos autores⁵¹⁵ por entender que la observancia de más de 1/3 de la pena es una excepción, y como medida excepcional sólo tendrá lugar si se cumplen todos los requisitos que la norma expresamente exige. De este modo, sólo podrá beneficiarse quien no sea reincidente en crimen doloso y tenga buenos

⁵¹² BRUNO, Aníbal, *Direito Penal*, 3ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1967, p. 183.

⁵¹³ PIRES, Ariosvaldo de Campos, *Compêndio de Direito Penal*, Parte Geral, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 326; ISHIDA, Kenji Válter, *Direito Penal, Parte Geral e Parte Especial*, Editora Atlas, São Paulo, 2010, p.169; JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal*, ob. cit., p.617; CAPEZ, Fernando, ob. cit., p.487; ESTEFAM, André, *Direito Penal, Parte Geral*, Coleção Cursos e Concursos, ob. cit., p. 203.

⁵¹⁴ GRECO, Rogério, ob. cit., p.706

⁵¹⁵ En este sentido están: NUCCI, Guilherme, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p.496; BITTENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal*, ob. cit., p.803; DELMANTO, Roberto, ob. cit., p. 255.

antecedentes. No estando presente cualquiera de los dos requisitos la excepción no se justifica y el condenado deberá completar más de la mitad de la pena.

Serían considerados como antecedentes, para este fin, todos aquellos hechos ocurridos antes del inicio de la ejecución penal y después de la realización de la figura típica que ha ocasionado la prisión, ya que las circunstancias del delito ya fueron valoradas cuando tuvo lugar la evaluación de los requisitos en el momento de la disimetría de la sentencia. Con relación a los acontecimientos referentes al tiempo posterior a la prisión, no son considerados antecedentes criminales y tienen su lugar en el apartado que trata del comportamiento carcelario satisfactorio del recluso, que será analizado a continuación.

Esta omisión lamentable del legislador ha generado discusiones en el campo jurídico, pudiendo comprobar la existencia de discrepancias sobre el tópico en los dos tribunales superiores más importantes del Estado brasileño. De acuerdo con la opinión del Supremo Tribunal Federal es inadmisibles que el principiante, pero con malos antecedentes, reciba la libertad condicional con más de 1/3 de pena ejecutada. “Aplicación de la exigencia del inciso II del Art. 83 del Código Penal (cumplimiento de más de la mitad de la pena), y no del presupuesto temporal requerido en el ítem I del mismo dispositivo (más de 1/3) ⁵¹⁶”. Por otro lado, el Superior Tribunal de Justicia se manifestó en sentido contrario:

El parecer favorable del Consejo Penitenciario, añadido al cumplimiento por el sentenciado de los requisitos de orden objetivo y subjetivo, autoriza la concesión de la petición de libertad condicional que no debe simplemente ser desconsiderada ante el fundamento de la ausencia de buenos antecedentes, circunstancia que ya ha sido sopesada en la fijación de la pena, más allá del mínimo legal. No se puede equiparar el técnicamente principiante y el reincidente, con la exigencia de cumplimiento de más de mitad de la pena ⁵¹⁷.

MIRABETE⁵¹⁸ admite la necesidad de que los poseedores de malos antecedentes paguen más de la mitad de la pena, aunque reconozca el hecho de que la innovación dificulta la concesión de beneficios a los individuos que, a pesar de sus malos hechos pasados, han conseguido recuperarse y mantenerse fuera de la

⁵¹⁶ STF, HC 73.002-7-RJ, DJU, 26-04-96, p. 13114.

⁵¹⁷ STJ, HC 57669-RJ, DJU, 04-08-97, p.34888: “O parecer favorável do Conselho Penitenciário, aliado à satisfação pelo sentenciado dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva, autoriza o deferimento do pedido de livramento condicional que não deve simplesmente ser afastado sob o fundamento da ausência de bons antecedentes, circunstância já sopesada na fixação da pena, acima do mínimo legal. Não se pode equiparar o tecnicamente primário ao reincidente, com a exigência de cumprimento de mais de metade da pena” [Traducido por la autora].

⁵¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p.323.

criminalidad por lo menos cinco años. Parece ser la opinión más acertada, visto que no aplica sus conceptos y orientación personales *contra legem*, valorando el ordenamiento jurídico de una forma sistémica. Por otro lado, el jurista no ha dejado de observar y criticar las carencias actuales de la ley, con la finalidad de contribuir a un futuro cambio en el dispositivo legal.

2.2.2 COMPORTAMIENTO SATISFACTORIO DURANTE LA EJECUCIÓN

La previsión anterior a la ley 7209/84 establecía que el interno debía tener “buen comportamiento en la cárcel”, es decir, una conducta intachable, en la cual no podían existir errores ni mucho menos faltas disciplinarias. La modificación introducida en este aspecto vino a exigir menos severidad en el comportamiento carcelario del condenado y a la vez lo observó de una forma más amplia y realista, sin reduccionismos o maniqueísmos, pudiendo incluso perdonar faltas no muy graves, dependiendo de la época y de la naturaleza de su acción, pero siempre buscando señales del reajuste eficaz del individuo que será liberado para el contacto gradual con el mundo fuera de la cárcel. La evaluación de este punto es más extensa, incluyendo lo que respecta a la vida posterior a la condena. Para satisfacer el requisito del comportamiento satisfactorio, el interno tendrá que probar que, de forma regular, durante el período de la ejecución criminal, actuaba con amabilidad y respeto hacia los otros condenados y hacia los servidores públicos, ejecutando con disciplina las tareas recibidas, negándose a escapar y a participar en revueltas, como impone el Art. 39 de la LEP. En este sistema de circunstancias también se tendrá en cuenta el comportamiento externo del condenado, sea en cursos técnicos, obras públicas donde participe, según permiso legal, y en las salidas temporales que le sean concedidas por mérito.

Hay una teoría minoritaria⁵¹⁹ en la doctrina criminal brasileña que afirma que el presupuesto del “comportamiento satisfactorio durante la ejecución de la pena” ha sido sustituido otra vez por el “buen comportamiento en la cárcel” ante la modificación introducida por la ley 10792/03⁵²⁰, en el Art. 112 del LEP. El principio del

⁵¹⁹ NUCCI, Guilherme, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p. 497; ISHIDA, Kenji Válter, ob. cit., p.169.

⁵²⁰ Art. 112. “La pena privativa de libertad será ejecutada en forma progresiva con la transferencia a un régimen menos riguroso, a ser determinado por el juez, cuando el preso haya cumplido como mínimo un sexto de la pena en el régimen anterior y demuestre buen comportamiento carcelario, comprobado por el director del establecimiento, respetadas las normas que prohíben la progresión. § 1º La decisión será siempre motivada y precedida de manifestación del Ministerio Fiscal y del Defensor. § 2º Idéntico

Artículo determina para la obtención de la progresión de regímenes, la ostentación del buen comportamiento en la cárcel, comprobado por el director del establecimiento. El § 2º del mismo Artículo dispone que idéntico procedimiento será adoptado en la concesión de la libertad condicional, del perdón y de la conmutación de la pena. En realidad, el procedimiento al que hace referencia el legislador es la motivación de la decisión del juez, precedida de la manifestación del Ministerio Público (Fiscalía) y del defensor que figura en el §1º del Artículo señalado.

2.2.3 BUEN DESEMPEÑO EN EL TRABAJO

Este requisito, no previsto por la ley anterior, viene a consolidar la importancia dada por el legislador al papel del trabajo como factor de resocialización del condenado⁵²¹, de acuerdo con la Constitución Federal que prevé el derecho de todos al trabajo por el hecho de que integra el conjunto de los elementos básicos de la dignidad humana. A pesar de que el trabajo en prisión actualmente reciba críticas incisivas por parte de los especialistas europeos, notoriamente de los españoles⁵²², tiene importancia especial en el sistema brasileño. El trabajo continúa siendo un instrumento importante en la recuperación del condenado⁵²³ y está completamente dentro del principio que la doctrina denomina “programa mínimo”. Más allá de ser en sí misma un desestímulo para la delincuencia, porque no favorece el ocio, la laborterapia también proporciona al condenado días de descuento por el trabajo realizado (un día a menos en la condena por cada tres días trabajados) y aporta una ayuda financiera a su familia, permitiéndole ahorrar para su comienzo fuera de la cárcel, así como para reparar el daño a la víctima, tan exaltado en los días actuales. Además, la asistencia pos-penitenciaria para ayudar al egreso en la difícil tarea de conseguir un trabajo honesto es una tarea importantísima de la ejecución criminal.

procedimiento será adoptado en la concesión de la libertad condicional, indulto y cambio de penas, respetados los plazos previstos en las normas vigentes." (Traducción de la autora)

⁵²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução penal*, 11ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2004, p. 335; GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Estudios de Derecho Penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 313. “Prácticamente todas las legislaciones penales de los países desarrollados contemplan la eficacia resocializadora del trabajo.”(Traducido por la autora).

⁵²² DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Un deber (no obligación) y Derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario*, en *Lecciones de Derecho Penitenciario* (libro colectivo), Ed. Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1989, p. 113.

⁵²³ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 218.

Excepto en los lugares donde hay trabajo, la ausencia de actividades es un obstáculo para la concesión de la libertad. Si el Estado no provee medios para que el condenado trabaje, considerará evidentemente el requisito por cumplido. No es necesario que ya se salga de la cárcel con una promesa de trabajo. La exigencia es, de algún modo, garantizar su subsistencia por medios legales.

2.2.4 APTITUD PARA PROVEER LA PROPIA SUBSISTENCIA CON TRABAJO HONESTO

Como consecuencia lógica y automática del requisito anterior, el condenado tendrá que demostrar aptitud para conducir su vida adecuadamente, incluso en lo que respecta a las cuestiones de orden financiero, cuando ya se encuentre fuera de la prisión. Hay sentenciados que no toman conciencia de su estado y sus deudas con la sociedad, creando un mundo imaginario con proyectos irrealizables y rechazan empleos que, juzgan, no están a su nivel. Por otra parte, hay casos de reclusos que, sintiéndose perseguidos, con pensamientos llenos de pesimismo, no planean nada para los días futuros. El desequilibrio que supone el incumplimiento de las obligaciones diarias y de los medios para la subsistencia, puede llevar de vuelta al crimen a un condenado en recuperación. La evaluación de todos estos aspectos deben hacerla los trabajadores sociales, que por poseer más contacto con los internos, pueden detectar con más seguridad las capacidades y el desarrollo de las actividades de trabajo internas y externas, percibiendo las verdaderas posibilidades del liberado de garantizar su sustento y el de su familia.

2.3. REQUISITO ESPECÍFICO PARA LOS CRÍMENES DE VIOLENCIA O GRAVE AMENAZA

La reforma penal de 1984 abolió el sistema doble binario, que permitía la aplicación de pena y medida de seguridad conjuntamente para un mismo condenado considerado peligroso. Según este sistema, la eliminación de la deuda con el Estado sólo se produciría con el fin de su peligrosidad. Con la división entre imputables, susceptibles de recibir una pena, e inimputables (entre ellos los desequilibrados mentales), susceptibles de recibir tratamiento hospitalario o de ambulatorio como

medida de seguridad, el Código Penal mantuvo el análisis de la personalidad del condenado en la evaluación de la libertad condicional.

El párrafo único del Art. 83 del Código Penal, establece que para el condenado por crimen doloso, cometido con violencia o grave amenaza a la persona, la concesión de la libertad condicional quedará también subordinada a la contestación de condiciones personales que hagan presumir que el condenado no volverá a delinquir. Hay una prerrogativa semejante en España (CP de 1995; Art.90, §3º), como ya se ha mencionado, y el Código Portugués también adoptó para los casos de crímenes violentos la pena relativamente indeterminada en su Artículo 83.

Aunque la instrucción probatoria del proceso penal se base en las exigencias de un derecho penal concreto, vinculado a los hechos reales, la fase de la ejecución penal y, consecuentemente, los procedimientos periciales que le son inherentes, se constituyen de juicios de probabilidad, con fondo criminológico, sobre la personalidad y expectativas de vida del sujeto.

En primer lugar, los condenados al cumplimiento de la pena privativa de libertad en régimen cerrado serán obligatoriamente sometidos a diagnósticos en el inicio de cumplimiento de la pena con el fin de clasificar a los internos y establecer el tratamiento adecuado dentro de la cárcel. Para formular su informe, la Comisión Técnica de Clasificación (CTC) podrá, según el Artículo 9º de la Ley de Ejecución penal, requerir informaciones, entrevistar personas y realizar todas las demás providencias que considere imprescindibles para el laudo interdisciplinar. Los trabajos de la CTC, presididos por el director del establecimiento penitenciario, también servirán de acompañamiento a los trámites de progresión o regresión de los regímenes o de conversión de penas, siempre que el Juez de la Ejecución lo entienda conveniente.

En la exposición de motivos del proyecto del Código Penal brasileño constaba la obligatoriedad añadida de que un perito evalúe la superación de las “condiciones y de las consecuencias que lo llevaron a delinquir”. Sin embargo, durante los debates en torno al proyecto en el Congreso, se eliminó de la redacción final del código penal la necesidad de apurar los motivos y consecuencias que condujeron al condenado a delinquir, dependiendo de la petición del juez, cuando éste entienda que se hace necesario y oportuno. Es importante subrayar que, aunque requerida por el magistrado, la realización del examen criminológico no tiene obviamente que determinar su decisión, sirviendo tan sólo como complemento de los fundamentos de su decisión judicial.

El pronóstico de no delincuencia, específico para la concesión de la libertad condicional, completa el cuadro de funciones del equipo interdisciplinar, exigiendo un examen criminológico más sofisticado y decisivo en los casos de criminalidad violenta, con vistas a la protección preventiva de la seguridad pública. Si el análisis del perfil del condenado muestra signos considerables de que mantiene su peligro social, aunque el magistrado no esté obligado a seguir su parecer, muy probablemente este individuo estará destinado a terminar el periodo determinado por la pena reclusa en el centro penitenciario.

Una de las críticas en torno al pronóstico del examen de no delincuencia se centra en la discusión del fondo que estos procedimientos deben asumir. Analizando solamente el binomio delito - delincuente no resta otro camino que no sea evaluar, aunque la ley no lo pida, la motivación criminal y con ella todos los factores que ayudan a comprender el desarrollo de la dinámica delictiva, es decir, las conclusiones tendrán un diagnóstico criminológico. En este sentido, el trabajo de los peritos consiste en la reconstitución de la vida del condenado, lo que en general trae consigo de fuera, directa o indirectamente, prejuicios estigmatizados, etiquetas y, algunas veces, incluso una especie de determinismo causal para el crimen que dificulta la reinserción del condenado, por el hecho de ser tratado como un enfermo sin cura violando, así, principios fundamentales como la formación de la propia personalidad, la libertad de pensamiento, de opción y el derecho a la intimidad.

En la realidad práctica brasileña, los psicólogos, psiquiatras, pedagogos y trabajadores sociales aún concretan sus estudios de caso utilizando conceptos como “propensión al delito”, “causas de delincuencia”, “personalidad destinada al crimen”, y acaban por construir un discurso moralista y lleno de segregación que reproduce la violencia institucional a través del refuerzo de la identidad criminal. Sobre el tema, son valiosas las impresiones de BATISTA⁵²⁴ cuando revela, en su estudio sobre los operadores secundarios del sistema penal, que los profesionales que llegaron para humanizar el tratamiento penitenciario acaban haciendo aflorar la intensa influencia lombrosiana y darwinista que figura en sus diagnósticos. Por lo tanto, a pesar de formar parte de un discurso científico, esta postura no es neutral, o por lo menos imparcial, ya que se fortalece por el destaque de estereotipos.

⁵²⁴ BATISTA, Vera Malagutti, *O proclamado e o escondido: a violência da neutralidade técnica*, en *Discursos Sediciosos (03)*, Editora Revan, Rio de Janeiro, 1997, p. 77.

Además de esa mirada estigmatizadora del cuerpo técnico, se delega en la Comisión de Clasificación la decisión de permanencia o salida de la cárcel. En la mayoría de las peticiones, el juez responsable por decidir sobre el salvoconducto o denegación del beneficio de la libertad condicional sólo homologa los laudos técnicos presentados. FOUCAULT⁵²⁵ define este fenómeno como la legitimación de las decisiones judiciales por medio de la criminología, sosteniendo así, argumentos convincentes que le permitan mantener su buena conciencia de deber cumplido.

El sentido del parecer eminentemente criminológico no observa la ejecución de la pena de forma más cercana y acaba por dejar de percibir la involución o evolución del sentenciado en la terapia penal, objetivos más próximos a los fines propuestos por la Constitución Federal. La técnica criminológica, al autodefinirse como parámetro más importante en la búsqueda de la verdad, resucita el extinto método de pruebas tarifadas, típico de los sistemas inquisitivos, que provoca el aislamiento de los datos, la indiferencia frente a la amplia defensa y, por lo tanto, una visión parcial de la realidad.

La regla aquí analizada estaba destinada a los crímenes cometidos con violencia o grave amenaza como el homicidio, el robo, la extorsión, el secuestro, la violación y otros que incluyen la fuerza física o la promesa de un mal injusto y serio como elemento básico de su tipo criminal. Sin embargo, al proceder a esta separación entre crímenes violentos o amenazadores por su peligrosidad, el párrafo único olvidó la inclusión de episodios como los de homicidios cometidos sin violencia contra la persona como, por ejemplo, con el uso del veneno⁵²⁶.

Este requisito específico para la concesión de la libertad condicional posee serios fallos que hacen más difícil la libertad anticipada. En primer lugar, ningún examen puede asegurar con altos niveles de seguridad, quién tiene más probabilidades de cometer delitos. ZAFFARONI⁵²⁷ critica la intención demasiado pretenciosa y equivocada de medir la peligrosidad de los individuos. Para el penalista porteño los pronósticos estadísticos no pasan de una cantidad más o menos numerosa de reincidentes que son estudiados y con relación a este número se cuantifican causas y se proyectan conductas futuras. No deja de ser apenas una previsión que puede o no convertirse en algo real.

⁵²⁵ FOUCAULT, Michel, *Sobre a Prisão*, en *Microfísica do poder*, 6ª ed., Editora Graal, Rio de Janeiro, 1986, p. 138.

⁵²⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p. 324.

⁵²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Criminología: Aproximación desde un Margen*, Temis, Bogotá, 1988, p.244.

Este discurso de pronósticos criminológicos ya fue tratado por Cesare Lombroso, entre otros, y ha traído al inconsciente colectivo un proceso odioso de discriminación, dejando como herencia la estigmatización de etnias y razas enteras. Además, lo que se busca con este presupuesto, de manera disfrazada, es la antigua presunción de peligrosidad y que las decisiones judiciales necesitan estar basadas en hechos concretos, siendo incompatibles con meras presunciones o probabilidades.

Tal vez la discusión más importante sobre este requisito específico para los crímenes violentos se concentre en las teorías y técnicas que se van a utilizar para concluir si existe la probabilidad o improbabilidad de que el penado vuelva al mundo de la delincuencia, que serán discutidas más profundamente en el capítulo referente al tratamiento penitenciario.

En realidad, la función del equipo multidisciplinar no puede reducirse a la fabricación de laudos técnicos y etiquetas sobre los penados. El papel más importante de los profesionales dentro de las cárceles, cada cual en su especialidad, es preparar al condenado para que tenga una vida mejor fuera de la prisión. Para eso, hay que establecer un programa gradual y humanizado de tratamiento, que pueda detectar problemas personales o estructurales y ayudar a resolverlos. Constituye tarea de la Comisión Técnica de Clasificación, además de ser la responsable de los laudos, encaminar al recluso hacia programas específicos de acuerdo con el delito cometido; promover la reparación del daño o reencuentro con la víctima, cuándo esté recomendado; fortalecer los vínculos familiares, realizar actividades instructivas, culturales o de recreación; todo eso con el propósito de minimizar los daños provocados por la vida prolongada en un ambiente cerrado.

3. PROCEDIMIENTOS Y CONDICIONES DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

La libertad condicional necesita ser solicitada por el interesado, pero también tendrán legitimidad para pedirla su cónyuge, pariente de primer grado, el director del establecimiento penitenciario o el consejo penitenciario, de acuerdo con el Art. 712 del Código de Procedimiento Penal. La petición será enviada con los cálculos relativos al descuento de la pena por trabajo, en caso de que lo haya, y tiempo efectivamente cumplido, junto con los antecedentes criminales o una declaración del director del establecimiento. También es esencial, por fuerza de la Ley de Ejecuciones Criminales, el informe del Ministerio Público y que sea escuchado el Defensor del

recluso. A petición del juez se adjuntará también el examen criminológico y el informe del Consejo Penitenciario, que con la nueva redacción del Art. 112 de la LEP, como ya se ha mencionado, pasaron a ser facultativos, dependiendo de la complejidad del caso. Es por esta secuencia de fases cautelares que la libertad condicional no permite la solicitud de *habeas corpus*, ya que este derecho constitucional se planteó para casos de urgencia y no admite la investigación probatoria⁵²⁸.

Después de concedida la petición de libertad condicional se explicarán al condenado las condiciones a que deberá someterse y se emitirá la carta de libertad (Art. 136, LEP) con copia integral tanto para la autoridad administrativa responsable de la ejecución como para el Consejo Penitenciario. En el momento de su salida se hará la entrega al liberado de un cuadernillo o “salvo-conducto”, con su identificación, las reglas relativas a la libertad condicional y sus obligaciones específicas. Comenzará entonces, el periodo de prueba.

En otros ordenamientos, el periodo de prueba tiene un mínimo de duración, a ejemplo de Austria que lo limitó a tres años. Holanda y Bélgica optaron por el cumplimiento de más de lo que queda por cumplir, un año más y el doble, respectivamente. En nuestra legislación penal corresponde al tiempo que queda por cumplir de la pena aplicada en la sentencia condenatoria. Durante este periodo de libertad vigilada, el liberado deberá quedar bajo la observación cautelar de la asistencia social penitenciaria o alguna entidad no-gubernamental que haga su función. Las condiciones a las que queda vinculado el liberado se dividen en obligatorias y facultativas, como se verá a continuación.

3.1 CONDICIONES OBLIGATORIAS

Las condiciones de imposición obligatoria están enumeradas en el Art. 132, §1º de la Ley de Ejecución Penal y son llamadas condiciones generales, porque se aplican igualmente a todos los liberados. Éstas son: obtener ocupación lícita en tiempo razonable, ser apto para el trabajo, comunicar al juez, periódicamente, su ocupación y no cambiar de ciudad sin autorización judicial. Cada punto será visto por separado:

⁵²⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p. 325.

3.1.1 OBTENER OCUPACIÓN LÍCITA DENTRO DE PLAZO RAZONABLE

La Ley de Ejecución Penal establece como una de las condiciones obligatorias de la libertad condicional “*obtener ocupación lícita, dentro de un plazo razonable, si es apto para el trabajo*”. Acertó el legislador al utilizar la expresión “plazo razonable”. Sería incoherente exigir del egreso un plazo muy corto cuando en todo el mundo las tasas de desempleo crecen a grandes pasos y los técnicamente capacitados encuentran dificultades para conseguir trabajo. Además, el liberado tendrá todavía que vencer los estigmas que le persiguen al incorporarse al mercado formal o informal. El liberado debe, en el mínimo tiempo posible, obtener una ocupación lícita e informar a los órganos de ejecución competentes. Tal vez, la mejor expresión sería “la demostración de efectiva búsqueda de empleo”, con la documentación adecuada de los intentos reales efectuados, demostrando que si no ha conseguido trabajo no ha sido por falta de esfuerzo o voluntad para conseguirlo.

La Ley de Ejecución Penal tuvo el cuidado de apreciar la condición orgánica del liberado, advirtiendo sobre la situación de aquellos que poseen algún tipo de deficiencia física o necesidad especial, y, por este motivo, estarían imposibilitados temporal o permanentemente para trabajar. El Código Penal no ha observado esta situación peculiar. Entre tanto, no hay antinomias o incongruencias entre los dos dispositivos legales, lo que quiere decir que la previsión de la Ley de Ejecución Penal tiene aplicación asegurada, no siendo perjudicado el que sea incapaz para el trabajo, que tendrá concedida su libertad condicional.

3.1.2 COMUNICAR AL JUEZ PERIODICAMENTE SU OCUPACIÓN

Esa condición es una consecuencia de la condición anterior, porque al salir del establecimiento penitenciario, el liberado deberá ser vigilado para que se compruebe que de hecho posee medios materiales y morales para mantenerse fuera de la criminalidad. Para ese seguimiento, debe presentarse ante el juez de las ejecuciones, demostrando la permanencia y la asistencia al empleo o curso técnico y, en caso de que eso no sea posible, justificar los motivos y dificultades encontrados para reingresar en la vida activa fuera de la prisión. El juez de las ejecuciones fijará el intervalo entre los encuentros, que suelen ser mensuales con la finalidad de no causar disturbios en los horarios relativos a la nueva relación de empleo del egreso (Art.26, II, de la LEP).

Muchas veces el puente para estos encuentros lo tiende la asistencia social, que establece una selección haciendo participe al juez, a través de informes, de aquellos casos que necesitan más atención.

3.1.3 NO SALIR DEL TERRITORIO DE LA REGIÓN SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Como medida de seguridad y para un mejor seguimiento y comunicación entre el Poder Judicial y el egreso, el cambio de espacio territorial estará siempre condicionado a la previa autorización del juez de la ejecución de la pena. Dentro de los parámetros de normalidad que se desean para el excarcelado, no se le impide frecuentar otras ciudades por trabajo o conocer nuevos sitios en sus días de descanso, siempre que este periodo sea caracterizado como corto, equivalente a una visita. Eso significa que el liberado necesita pedir autorización judicial para obtener el cambio de domicilio a otra comarca, siempre que tenga una razón aceptable y la medida sea recomendada. Si el magistrado da su consentimiento al cambio, se remitirá copia de la sentencia de libertad condicional al Juzgado del lugar donde el egreso haya establecido su residencia, así como al responsable por la observación y protección cautelar (Art. 133 da LEP).

El egreso deberá presentarse periódicamente ante estas autoridades, a partir del cambio de domicilio. Sin embargo, según MIRABETE⁵²⁹, eso no implica una transferencia de la competencia para la ejecución. El juez de la región continúa respondiendo por los incidentes procesales o alteraciones que se deriven de la ejecución de la pena, como la revocación del propio beneficio de libertad condicional. La función del juez de la comarca a donde se trasladó el egreso es controlar las imposiciones constantes en la sentencia de libertad condicional e informar al Juzgado de las ejecuciones penales de cualquier hecho que escape a su control administrativo y reclame acciones jurisdiccionales del juzgador original de la ejecución.

3.2 CONDICIONES FACULTATIVAS

Más allá de las condiciones obligatorias, la ley ha previsto la posibilidad de uso de condiciones de imposición facultativa, que dependen de la necesidad y oportunidad detectadas en cada proceso por la autoridad judicial. Por esta razón,

⁵²⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p. 342.

también se llaman condiciones judiciales. Una vez determinadas por el juez, se convierten en obligatorias para el liberado que asumió el compromiso de cumplirlas en la ceremonia de liberación, durante la lectura de la sentencia (Art. 137, III, de la LEP). La Ley de la Ejecución Penal exhibe un rol ejemplificativo de condiciones y menciona las siguientes:

3.2.1 NO CAMBIAR DE RESIDENCIA SIN COMUNICÁRSELO AL JUEZ Y A LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE LA OBSERVACIÓN Y PROTECCIÓN CAUTELAR

A diferencia de la condición obligatoria de solicitar previamente el permiso judicial para transferir su domicilio a otra región, esta trata del cambio de residencia dentro de la propia zona, y no depende de autorización judicial anterior. El único paso exigido es que el liberado informe al juez y a los órganos asistenciales de la ubicación de su nueva vivienda. Esta preocupación viene a consolidar la voluntad del legislador de propiciar de forma eficaz la ayuda y la vigilancia de la nueva vida del liberado, responsabilidad de los órganos de asistencia pos-penitenciaria.

3.2.2 RECOGERSE EN SU DOMICILIO A LA HORA FIJADA

La razón de esta condición complementaria es prevenir la recaída en el crimen influido por ambientes no recomendables y malas compañías. Esta condición debe ser aplicada cuando la personalidad del liberado o el tipo de crimen cometido por el mismo así lo aconsejen. Para eso, es esencial que se consideren los informes interdisciplinarios entregados al juez de las ejecuciones criminales, evaluando tanto la disposición física como las alteraciones psicológicas que necesiten de una mejor supervisión y mayores restricciones.

3.2.3 NO FRECUENTAR DETERMINADOS LUGARES

Determinadas infracciones son consecuencia de un historial de vicios o de mala formación moral del individuo. El juez, percibiendo estas circunstancias, tendrá que prohibir que el liberado frecuente los lugares que instigan ese lado oscuro que el egreso necesita vencer. Tenemos como ejemplo las casas de juego, prostitución o

incluso los lugares que venden bebidas alcohólicas para los que sufren de dependencia química. No se obstaculiza con esta condición la participación del liberado en los espectáculos y las diversiones públicas o privadas, puesto que el acceso a la cultura es un derecho de cualquier ciudadano y un elemento esencial para una reinserción digna del ser humano.

Estas son, sin embargo, algunas de las condiciones posibles que se aplicarán, pero no son las únicas. Las condiciones judiciales pueden ser agregadas en este rol. También podrán ser modificadas por el juez durante la ejecución, ex-officio, por petición del Ministerio Público o por representación del Consejo Penitenciario, siempre que sean razonables y justificadas por el magistrado. En todos estos acontecimientos será informado y escuchado el liberado que, solamente si es consciente de sus obligaciones, podrá ser punido en caso de desobediencia.

4. CAUSAS DE REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

La libertad condicional es un periodo de entrenamiento para la reintegración del individuo y la realización de orden jurídico. Estando el sujeto libre y consciente de las condiciones que le han sido impuestas para este período de reajuste, y no satisfaciéndolas, sufrirá como consecuencia la regresión de su período de entrenamiento y la revocación de su ventaja, haciendo que cumpla la pena en régimen más riguroso. Los Artículos 86 y 87 del Código Penal recogen, respectivamente, las hipótesis de la revocación obligatoria y de la revocación facultativa. El Art. 88 prevé los efectos de la revocación que deben ser estudiados en conjunto con los dispositivos antes mencionados. La revocación obligatoria es automática, porque se basa en decisiones definitivas. Las revocaciones facultativas necesitan de la decisión del juez en cada caso concreto. Para la revocación, en cualquier hipótesis, respetando los principios constitucionales de la amplia defensa y el principio contradictorio, es esencial que el liberado sea escuchado⁵³⁰.

⁵³⁰ NUCCI, Guilherme, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p. 502. En posición contraria BITTENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal*, ob. cit., p. 814.

4.1 CAUSAS DE REVOCACIÓN OBLIGATORIAS

4.1.1 CONDENA POR CRIMEN COMETIDO EN LA VIGENCIA DEL BENEFICIO

La primera hipótesis de la revocación obligatoria regula los casos en que el liberado, después de recibir el beneficio, comete un nuevo crimen y es condenado definitivamente, es decir, la sentencia pasa por el juzgado. Se produce entonces una ruptura de la relación de confianza que se había iniciado entre él y el Estado, cuando se le anticipó la libertad. La práctica del crimen certifica la incapacidad del agente para continuar conviviendo con la comunidad, pudiendo representar una amenaza para la seguridad pública y desacreditar a la máquina del Estado para ejercer su *jus puniendi*. Desviado socialmente, el condenado ya no es merecedor de la flexibilidad en la ejecución de su pena.

Publicada la decisión irreversible, el agente será recogido inmediatamente en prisión y todo el tiempo en que estuvo suelto se ignorará para fines del cómputo del tiempo de cumplimiento de la pena. Todavía como consecuencia por su mal comportamiento, no tendrá la posibilidad de la concesión de una nueva puesta en libertad referente a la pena anterior, que será cumplida integralmente y no será añadida a la nueva suma para fines de libertad condicional. Después de su deslealtad, la única posibilidad que le queda al condenado es un nuevo beneficio referente al delito posterior, si se satisfacen todos los requisitos legales.

4.1.2 CONDENA POR CRIMEN COMETIDO ANTES DE LA VIGENCIA DEL BENEFICIO

La otra hipótesis de la revocación obligatoria es la condena irrecurrible a la pena privativa de la libertad, como consecuencia del crimen cometido antes del principio de la libertad condicional. Aunque sea un delito grave, ya que éste fue castigado con las penas privativas de libertad, supuestamente las más severas del Código Penal, no hay una pérdida de confianza. La causa de la condena es anterior a la ventaja. Por desgracia, con la falta de agilidad existente en el sistema judicial brasileño, es posible que el proceso que resulta de crimen cometido en el pasado solamente se aclare cuando su autor ya se encuentre disfrutando de la libertad condicional referente a la otra condena.

Al hacerse evidente que no hay prueba de recaída o de inadecuación en su nueva y última etapa de la ejecución criminal, a diferencia de lo sucedido con relación al crimen cometido durante la libertad condicional, la pena impuesta será añadida a la pena anterior y podrá mantenerse la ventaja, si realizada la unificación de la pena, los requisitos de la libertad condicional todavía continuaran en vigor⁵³¹. En el caso de no satisfacer el tiempo reglamentario para permanecer en libertad, las penas, ya integralmente sumadas, servirán como nuevo beneficio en relación a la primera o la segunda pena aplicada. Eso sucede porque en la hipótesis del Art. 86, II, el período durante el que el sentenciado estaba libre será contado como pena efectivamente consumada.

4.2 CAUSAS DE REVOCACIÓN FACULTATIVAS

La revocación facultativa podrá ser observada cuando el liberado deje de obedecer cualquiera de las obligaciones constantes en la sentencia (CP, Art. 87, I) o en caso de que sea condenado de manera irrecurrible, por crimen o contravención, a una pena que no sea privativa de libertad (CP, Art. 87, II). En estos episodios el juez podrá, como alternativa al decreto de encarcelamiento, advertir al liberado o modificar las condiciones de la libertad condicional, endureciéndolas más. Para esta conclusión, el magistrado dependerá de la evaluación de algunos factores, como la gravedad del hecho sucedido, el comportamiento del liberado y las consecuencias que su desobediencia o infracción han producido.

4.2.1 INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES IMPUESTAS EN LA SENTENCIA

En estos casos la negativa del condenado a respetar las condiciones que permiten su libertad y que habían sido aceptadas deliberadamente por él durante la ceremonia de liberación, vienen a corroborar que el individuo todavía no posee el equilibrio y la madurez suficientes para obedecer las reglas mínimas para su seguridad y la de otros, demostrando problemas con la autoridad y seguramente causando problemas en caso de estar suelto en las calles. Es aconsejable, por lo tanto, que antes de revocar la ventaja el juez escuche al acusado en una audiencia apropiada, de modo que, si es posible, pueda justificarse. Si los argumentos son razonables, el magistrado podrá

⁵³¹ GRECO, Rogério, ob. cit., p.716.

modificar o endurecer las condiciones facultativas para dar una nueva oportunidad al liberado. En caso negativo, no podrá conseguir una nueva liberación en lo que se refiere a esta pena y, además, el tiempo que ha pasado en periodo de prueba no será considerado como pena cumplida (142 del LEP).

4.2.2 CONDENAS POR CRIMEN O CONTRAVENCIÓN A PENA QUE NO SEA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La práctica de una infracción penal, aunque no esté revestida de la gravedad típica de los crímenes amenazados con las penas privativas de la libertad, insinúa una imperfección en la recuperación del individuo a prueba, que no corresponde a las expectativas depositadas en él, si se involucra en hechos ilícitos. En la visión de REALE JÚNIOR “*Si el ciudadano, culpablemente, ocasionó la pérdida de su libertad, ya no se puede restituir tal condición, bajo pena de intolerable renuncia al deber de punir que es inherente al Estado*”⁵³².

Evidentemente, siguiendo el razonamiento de mantenimiento de la confianza entre liberado y Estado, si el delito menor no contemplado con pena privativa de libertad ocurre antes de la validez de la libertad condicional, se computa el periodo de prueba como tiempo de cumplimiento de la pena y se permite la suma de las penas para efecto de la nueva ventaja penitenciaria, según el Art. 141 de la LEP. Por otra parte, cuando se trata de una infracción cometida durante el periodo de libertad condicional, perderá todo el tiempo que estuvo libre y no podrá conseguir una nueva puesta en libertad en lo que respecta a la pena anterior.

Con relación a las contravenciones criminales, amenazadas con la pena privativa de libertad el legislador de la reforma de 1984 dejó una laguna. Las contravenciones castigadas con penas restrictivas de derechos y las de multas fueron reguladas como causas facultativas de revocación de la libertad condicional y en lo referente a las más graves hay una omisión. Este descuido del legislador ha generado para algunos autores⁵³³ la idea de que esta omisión legal no puede ser subsanada por el juez, por dañar el principio de la prohibición de la analogía *in malam partem*. Este argumento no procede. Más allá de consistir en la exposición de las razones del Código

⁵³² REALE JUNIOR, Miguel, *Instituições de Direito Penal, Parte Geral*, Vol. II, Editoria Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 256. (Traducido por la autora).

⁵³³ JESUS, Damásio E. de, *Comentários ao Código Penal*, Editora Saraiva, São Paulo, 1985, p. 732; DELMANTO, Roberto, *Código Penal comentado*, ob. cit., p. 135.

Penal, la voluntad del legislador de establecer como causa facultativa de la revocación la condena por contravención, independientemente de la especie de la sanción aplicada (Art. 76), en Derecho, también hay un principio de que el que puede más, puede menos. Si es posible la revocación en casos de condena pagadas con multa, mucho más se podría en casos de pena privativa de la libertad como afirman, entre otros, BITTENCOURT⁵³⁴, MIRABETE⁵³⁵ y DOTTI⁵³⁶. Además tratándose de contravenciones, recibiendo el condenado la pena privativa de libertad tendrá que acatarla en primer lugar, por ser la más grave, como advierte el Art. 76 del Código Penal, haciendo impracticable el ejercicio de la libertad condicional que lleva a la conclusión de que la condena a la cárcel por simple contravención también podrá conducir a la revocación de la libertad condicional.

5. SUSPENSIÓN Y PRÓRROGA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

Siempre que el sentenciado responda a un proceso por crimen cometido durante la validez de la libertad condicional, se prorroga automáticamente el periodo de prueba, como ocurre en el *sursis*, hasta que se constate si es motivo de revocación de la ventaja, aplicando, en caso afirmativo, las consecuencias del Art. 88 del Código Penal. La prolongación, mientras tanto, será solamente válida durante el periodo de espera hasta la decisión final del proceso aún en marcha. Las condiciones legales o judiciales no subsisten si ya expiró el tiempo del periodo de prueba⁵³⁷.

Aunque nuestro sistema legislativo prevea la revocación obligatoria cuando exista la condena solamente con efectos definitivos, la ley dispone expresamente (145 del LEP) que cometido un delito, el juez puede decretar la prisión del liberado, después de escuchar siempre al representante del Ministerio Público y al Consejo Penitenciario, suspendiendo el curso de la libertad condicional. En caso de que se emita una condena irreversible, el individuo continúa detenido y se revoca definitivamente la libertad condicional. En casos de absolución, vuelve a cumplirse el plazo de prueba de la libertad condicional. Se observa que el Art. 89 del Código Penal determina que: “*El juez no podrá declarar extinta la pena, mientras que no pase al juzgado la sentencia en proceso de la que responde el liberado, por crimen cometido en vigencia de la libertad*

⁵³⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, ob. cit., pp.816-817.

⁵³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p. 353.

⁵³⁶ DOTTI, René Ariel, *As novas linhas do livramento condicional e da reabilitação*, ob. cit., p. 299.

⁵³⁷ DELMANTO, Roberto, *Código Penal Comentado*, ob. cit., p. 136.

condicional”⁵³⁸. Es imprescindible que el liberado esté respondiendo a un “proceso”, y esto no corresponde a la simple práctica de delito o incluso a la realización investigativa policial, que se define como parte informativa en la legislación procesal criminal brasileña. Por lo tanto, se observa la gran importancia de la distinción entre la “suspensión” y la prórroga.

Completado el periodo de prueba sin revocación, salvo la excepción que fue explicada en el párrafo anterior, el juez, ex-officio, a petición del interesado, del Ministerio Público o del Consejo Penitenciario, declarará extinta la pena (CP, Art. 90). El término decisivo de extinción de la pena es el cumplimiento del plazo de prueba y no la fecha de la declaración judicial. Por eso, en caso de que se cometa una infracción penal durante el periodo de libertad condicional, aunque la suspensión del beneficio se haya concretado a través de una prisión preventiva, si no fue iniciada la acción penal, expirado el periodo de prueba, el acusado tendrá que ser puesto en libertad en seguida y la pena será suprimida, ya que ha transcurrido el tiempo límite del Estado sin la revocación de la libertad condicional.

Para corregir esta imperfección BITTENCOURT⁵³⁹ señala como solución la posibilidad de que el magistrado fije, como condición judicial, la obligación de no cometer delitos. Este penalista explica que, como condición judicial sería facultativa. De este modo, en cada petición evaluada, de acuerdo con las circunstancias, el juez decidiría la revocación o el mantenimiento de la libertad condicional.

⁵³⁸ La traducción fue realizada por la autora de este trabajo de investigación.

⁵³⁹ BITTENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal*, ob. cit., p. 818.

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE BRASIL Y ESPAÑA

1. ASPECTOS FORMALES: DIFERENCIAS SIGNIFICATIVAS

Durante el transcurso de esta investigación, se han analizado, desde el inicio, estructuras legales y requisitos objetivos y subjetivos semejantes para la concesión de la libertad condicional en las legislaciones brasileña y española. No obstante, se revelaron algunas discordancias presentes en sus respectivos sistemas penal y penitenciario que pueden, como en todo estudio comparado, dar lugar a valiosas contribuciones para ambos ordenamientos jurídicos.

La primera diferencia técnica a ser analizada entre las legislaciones de Brasil y España trata del establecimiento de un límite temporal para la concesión de la libertad condicional. En Brasil, sólo se aplica el beneficio penitenciario si hay una condena a la pena privativa de libertad igual o superior a dos años. En España, por su parte, el anterior requisito objetivo que requería penas privativas de libertad superiores a un año para solicitar la libertad condicional fue definitivamente suprimido del Código penal en 1995. La alternativa española parece más acertada. A pesar de que el argumento de que las penas iguales o inferiores a dos años (un año en el caso español) ya poseen la posibilidad de suspensión de la condena no se justifique por sí sólo, se considera que en los casos no susceptibles de *sursis* o de la sustitución por penas restrictivas de derechos se privaría de la libertad condicional a aquellos sentenciados que no presentan un alto nivel de delincuencia, condenándolos a la prisión con todos los males aquí ya debidamente subrayados.

Un segundo punto a ser destacado remite a la cuestión del adelantamiento de la libertad condicional en España, una vez que esta figura no existe en el ordenamiento penal brasileño. Las modalidades anticipadas de la libertad condicional merecen una valoración positiva en la medida que permiten reducir el tiempo obligatorio de condena a cumplir de las 2/3 partes hasta la mitad cuando se desarrollan continuamente actividades laborales, culturales, ocupacionales o, además de éstas, el penado participa de forma efectiva en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación. Estas medidas, en cierto modo, facilitan la

formación del individuo y su respectiva reinserción social. Además, estos han sido los plazos habituales en las modalidades básicas en el ámbito europeo, con la posibilidad de presentarse más acentuados debido a los problemas de masificación penitenciaria.

Otro aspecto a ser analizado en el sistema penal español, que tampoco posee ningún correspondiente jurídico en Brasil, es el supuesto especial de libertad condicional para septuagenarios y enfermos graves incurables. La excarcelación anticipada tiene como finalidad razones humanitarias, para que el condenado anciano o enfermo pueda disfrutar de los últimos instantes de vida junto a su familia y amigos. Sin embargo, aunque se valore la compasiva intención del legislador, hay una inadecuación del medio utilizado para conseguir la finalidad pretendida por la Ley.

Para la concesión de la libertad condicional, con excepción de haber extinguido las tres cuartas partes de la pena o, en su caso, las dos terceras partes, los mayores de 70 años o enfermos en fase terminal deben reunir los demás requisitos enumerados en el Artículo 90 del Código Penal. Parece inapropiado exigir buena conducta o pronóstico favorable de reinserción social a quien posee poco tiempo de vida, corriéndose el riesgo de que muera en prisión a la espera de un informe positivo. Al mismo tiempo la doctrina denuncia que en los casos de penados enfermos muy graves e incurables, por consistir en un requisito demasiado amplio, no se efectúan diagnósticos médicos bastante rigurosos, lo que da lugar a la concesión de libertades condicionales sin las garantías legales suficientes de baja peligrosidad del sujeto.

Ante la latente necesidad de cambios en la regulación para los penados septuagenarios y los enfermos muy graves incurables hay algunas alternativas posibles. La primera de ellas sería transformar este supuesto en una medida de premio, a través del indulto. El indulto, gracia otorgada por el Jefe del Estado, concedería la remisión total o parcial de la pena, o su sustitución por otra de carácter más leve debido a la grave enfermedad o edad avanzada del recluso y su consecuente improbabilidad de delinquir⁵⁴⁰. Otra solución posible sería la concesión de un permiso de salida excepcional, dado al interno por cuestiones humanitarias que tendría una duración ilimitada, sin vinculación con los plazos ordinarios de permiso de salida por buen comportamiento. El permiso duraría el periodo de recuperación del penado o hasta su muerte, siempre que no reincidiese en una conducta delictiva. En estos casos el Juez de Vigilancia valoraría la cantidad de tiempo concedida con la ayuda de los Equipos

⁵⁴⁰ FERNANDÉZ GARCÍA, Julio, *Manual de Derecho Penitenciario*, ob. cit., p. 145.

Técnicos y la Junta de Tratamiento. Por último, y lo que parece ser la forma más aconsejable de conciliar su carácter humanitario y la coherencia de las limitaciones legales, sería transformar la institución del supuesto excepcional de libertad condicional en suspensión condicional de la pena, donde la discrecionalidad es mucho mayor y con sujeción a pocos requisitos. Sería una oportunidad viable de poner a prueba la capacidad del individuo de mantenerse al margen del delito sin someterlo a los efectos perjudiciales de la prisión⁵⁴¹.

Las últimas divergencias técnicas entre las dos legislaciones examinadas tratan de la revocación de la libertad condicional, instrumento imprescindible para la eficacia del beneficio, porque siendo una institución de prueba, orienta la actuación del Estado cuando el condenado ya no está dentro de la estructura física de los centros penitenciarios.

En Brasil la revocación de la libertad condicional puede ser obligatoria o facultativa. La revocación se producirá de forma obligatoria si el liberado es condenado en sentencia definitiva a una pena privativa de libertad por un crimen cometido antes o durante la vigencia del beneficio. Por otra parte, la revocación facultativa se hace efectiva si el liberado deja de cumplir cualquiera de las condiciones que constan en la sentencia o acaba condenado definitivamente por un crimen o contravención recibiendo una pena distinta a la privativa de libertad. En los casos de revocación facultativa, el Juez de Vigilancia tiene la posibilidad de no eliminar el beneficio, advirtiéndolo al liberado, agravando, sustituyendo o estableciendo más reglas de conducta, con el fin de evitar el regreso del liberado a la cárcel cuando las circunstancias no lo aconsejen. En cuanto a los efectos de la revocación, excepto cuando la condena tenga como objeto un delito cometido antes de la concesión de la libertad condicional, no se descuenta de la pena el periodo en que el condenado estuvo en libertad.

En España la revocación se dará cuando el liberado no cumpla las reglas de conducta impuestas o vuelva a delinquir. La ampliación del catálogo de reglas de conducta aplicables durante el periodo de libertad condicional es una de las reformas efectuadas por la LO7/2003 que han merecido una evaluación positiva. Sin embargo, las reglas de conducta podrían haber recibido un fundamento más, orientado al objetivo reeducador de la pena. Su imposición debe incidir siempre en proteger al excarcelado de las circunstancias que le lleven o faciliten la reincidencia en la actividad delictiva. Un

⁵⁴¹ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., p. 274.

nuevo aspecto que también debería ser considerado en la Ley española es la oportunidad de que el magistrado, dependiendo de las circunstancias y gravedad de la regla de conducta inobservada, encuentre otras formas sustitutivas y viables de no disminuir la tutela del Estado sobre el individuo, pero sin necesariamente hacer volver a la vida en prisión a quien necesita acostumbrarse gradualmente a la libertad. Sobre el vocablo «delinquir», la postura más acertada parece ser la que defiende una interpretación restrictiva de tal término, despreciando las conductas consideradas como faltas, por sí solas, para fines de revocación de la libertad condicional.

Concerniente al tema de los efectos de la revocación hay un avance de España con relación a legislación brasileña. Anteriormente, la regla española era la pérdida del tiempo en caso de reincidencia genérica o específica. Con el Código de 1995 se igualan los efectos legales de las causas de revocación que consisten en el reingreso en prisión, la regresión en el periodo de tratamiento al grado ordinario, como regla, y el cómputo del tiempo disfrutado durante la libertad condicional. Esta modificación ha supuesto una significativa mejoría legal porque elimina el trato discriminatorio entre los condenados internos y excarcelados, no ignorando el tiempo cumplido anteriormente a la práctica del delito, que posee naturaleza de pena cumplida de forma idéntica a la situación de estar encarcelado, por lo que no computarla sería violar el principio “*ne bis in idem*”.

2. REQUISITOS SUBJETIVOS: EL PROBLEMA DEL RELATIVISMO

Concluidos los comentarios referentes a las distinciones sustanciales existentes entre las legislaciones brasileña y española sobre la libertad condicional, es necesario mencionar los problemas semejantes y las posibles soluciones. El punto inicial de este abordaje intenta exponer las dificultades originarias de la aplicación, en ambos sistemas penales, de requisitos subjetivos de concesión como es la buena conducta en España y el satisfactorio comportamiento carcelario en Brasil. En este sentido, los términos amplios serán siempre problemáticos pues dependerán de los conceptos construidos por la Administración penitenciaria. Sobre la evaluación de la buena conducta, RENART GARCÍA⁵⁴² concluye:

⁵⁴²RENART GARCÍA, Felipe, *Libertad Condicional: Nuevo Régimen Jurídico*, ob. cit., p. 112.

(...) este requisito por cuanto que sigue presentando un contenido vaporoso, carente de concreción y con un componente valorativo cargado de subjetivismo que en nada beneficia a la seguridad jurídica que debe dimanar de las normas jurídicas en general y de las penales en particular. Pese a la aparente sencillez de su formulación y a la saludable modernización de la terminología utilizada, lo cierto es que nos seguimos hallando ante un concepto jurídico indeterminado que genera cuantiosos problemas hermenéuticos en orden a su delimitación. En ese sentido, determinadas voces doctrinales llegan incluso a cuestionar su oportunidad al considerar que se trata de una valoración más propia del viejo sistema progresivo que del actual sistema de individualización científica (...).

En primer lugar, para aprovechar al máximo este requisito subjetivo habrá que entender buena conducta/comportamiento carcelario satisfactorio como el comportamiento regular del penado en prisión. Entendemos que no se debe vincular la calificación de la buena conducta del interno a la ausencia de faltas disciplinarias. Reforzamos la corriente mayoritaria de la doctrina que defiende que un estudio individualizado del interno puede aconsejar la concesión de la libertad condicional aunque el interno haya sido sancionado por la comisión de faltas disciplinarias⁵⁴³. Es importante destacar que la libertad condicional es un instrumento de reinserción social dentro de un sistema de progresión hacia la libertad del individuo y, por tanto, la existencia de alguna o algunas sanciones no deben excluir completamente la posibilidad de que el interno reciba la libertad condicional⁵⁴⁴, como si fuera regla el cumplimiento integral de la pena en prisión.

A través de la clasificación en grados se materializa la progresividad del régimen penitenciario, consistente en la fijación de diversas fases de evolución que suponen un aumento de la confianza en el interno, la mayor atribución de responsabilidades y un mayor nivel de libertad. Cuando se haya concluido el tratamiento o esté cercana la salida del interno de la cárcel, se prevé la emisión del pronóstico final donde deberán estar reflejados los resultados obtenidos y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en el expediente para la concesión de la libertad condicional. Así, el tratamiento penitenciario y el pronóstico de reinserción social asumen una importancia significativa en la valoración del Juez de

⁵⁴³FERNANDEZ GARCÍA, Julio, *Manual de Derecho Penitenciario*, ob. cit., p. 191.

⁵⁴⁴ En este sentido están: BUENO ARÚS, Francisco, *Una nota sobre la libertad condicional*, ob. cit., p. 157; TAMARIT SUMALLA, José M^a, *Curso de Derecho Penitenciario*, ob. cit., p.262; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Individualización científica y libertad condicional*, ob. cit., p. 1295; ASECIO CANTISÁN, *Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional*, ob. cit., pp. 997-1007; MAPPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., p.147.

Vigilancia Penitenciaria respecto a la personalidad del penado y de su merecimiento de los beneficios penitenciarios o la reducción de la pena privativa de libertad.

Desde un plano teórico se ha explicado la libertad condicional como una medida preventivo-especial en el sentido de corrección de la persona condenada. Sin embargo, a partir de la observación detallada de la aplicación de la Ley de los dos países se puede concluir que la institución acaba por tener más fines disciplinarios que reformadores y está instrumentalizada para el mantenimiento del orden en prisión. En la práctica, la institución acaba actuando como un poderoso elemento inhibitor de faltas disciplinarias transformándose en un medio eficaz para la tranquilidad carcelaria. La no obediencia a las actividades previstas por el Equipo de Tratamiento tiene como consecuencia directa la buena o mala conducta del interno y la evaluación de su reforma, lo que, invariablemente, tendrá repercusiones en sus permisos de salida, comunicaciones y demás beneficios.

La naturaleza de la intervención del Equipo de Tratamiento debe tener fines terapéuticos y asistenciales para aquellos que necesitan cuidados específicos. El tratamiento debe construirse de manera que pueda consolidar la autonomía del interno para que en el futuro pueda elegir las conductas que no lleven al crimen. En este sentido es imperativa la realización de una rigurosa selección y entrenamiento de los profesionales responsables de la emisión de estos pronósticos, una vez que si no poseen el nítido límite de sus funciones existe el peligro de que los psicólogos y trabajadores sociales se conviertan en máquinas de manipulación, imponiendo al penado valores morales personales e interfiriendo en la parcela de libertad del individuo que aún le queda por derecho⁵⁴⁵.

La individualización científica y la consecuente progresión del régimen de la pena no pueden depender preponderantemente del tratamiento, porque inducirá a muchos de los internos a simular un buen comportamiento dentro de los criterios de normalidad establecidos por el Estado para obtener ventajas. La eficacia de esta medida tropieza en todo tipo de inconvenientes, teniendo en cuenta las diversas críticas contra las técnicas de predicción empleadas, además de la dificultad inherente a la emisión de un pronóstico sobre una actuación humana. Sobre este juicio siempre restará un poco de incertidumbre para el magistrado que decide sobre la concesión de la libertad condicional.

⁵⁴⁵ RODRIGUÉZ GOMÉZ, Carmen, ob. cit., p. 74.

Como forma de facilitar la tarea decisoria del Juez de Vigilancia Penitenciaria el pronóstico favorable debe contener un vocabulario más accesible indicando claramente las circunstancias favorables y desfavorables que concurren en relación a la persona candidata al beneficio. Con el objetivo de mejorar la efectividad del informe pronóstico, la doctrina mayoritaria⁵⁴⁶, con la que estamos de acuerdo, ha sugerido que éste deba ser limitado a una cantidad de tiempo, pues los inconvenientes de una predicción aumentan cuando ésta es a largo plazo. Eso, por otra parte, hace imprescindible un serio y dinámico programa de asistencia post-penitenciaria, lo que por regla forma parte de los puntos olvidados por las Administraciones penitenciarias, en Brasil e, incluso, en España. Las medidas de control se resumen en informes mensuales y visitas programadas en espacios de tiempo generalmente largos. No hay de hecho para todos los excarcelados un apoyo en la búsqueda de empleo o en el restablecimiento de las relaciones familiares.

Cabe resaltar que en estas evaluaciones personales el sistema no ha formulado hasta hoy respuestas claras en lo que respecta al tratamiento de colectivos que no aceptan la resocialización como los responsables de delitos terroristas o delincuentes por convicción. Por su peligrosidad e inadecuación social extrema se ha forjado la idea de que además de suprimir beneficios penitenciarios, como el adelantamiento de la libertad condicional, no hay posibilidades de aplicar ningún tratamiento o programa resocializador⁵⁴⁷, negando, de este modo a las personas, derechos básicos como la dignidad humana, la libertad⁵⁴⁸ y la igualdad de oportunidades. Este comportamiento institucional es inaceptable porque frustra todos los compromisos firmados en los tratados internacionales de derechos humanos y en las propias Constituciones española y brasileña. La función reeducativa de la pena queda entonces reducida a la letra de la ley, siendo los resultados prácticos casi todos contrarios a los intereses de reinserción social marcados en los Estados democráticos.

⁵⁴⁶ FERNANDÉZ GARCÍA, J, *Manual de Derecho Penitenciario*, ob. cit., p. 192; RENART GARCÍA, Felipe, *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español*, ob. cit., p.41; TAMARIT SUMALLA, José M^o, *Curso de Derecho Penitenciario*, ob. cit., p.262; MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, ob. cit., p. 218; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Criminología: Aproximación desde un Margen*, ob. cit., p. 244; NUCCI, Guilherme, *Manual de Direito Penal*, ob. cit., p.497; ISHIDA, Kenji Válter, ob. cit., p.169; BATISTA, Vera Malagutti, *O proclamado e o escondido: a violênci da neutralidade técnica*, ob. cit., p. 77.

⁵⁴⁷ ZÚÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política Criminal y Prevención del Delito*, ob. cit., p. 179.

⁵⁴⁸ FERNANDÉZ GARCÍA, Julio, *Manual de Derecho Penitenciario*, ob. cit., p. 193.

3. FALTA DE MEDIOS MATERIALES Y PERSONALES: INDICADORES DE UN SISTEMA DE SELECCIÓN SOCIAL

La mayor de todas las dificultades para la concretización del ideal de resocialización se encuentra generalmente en la escasez de medios materiales y humanos en la estructura carcelaria. En este sentido, la disparidad entre Brasil y España se muestra de forma asombrosa. Los centros penitenciarios de los dos países reflejan de forma exacta la realidad social y económica en que viven sus ciudadanos y los niveles de desigualdades y exclusión que cada uno de ellos presenta.

En España, de acuerdo con los números mensuales del Ministerio del Interior, hasta el mes de diciembre de 2012 las instituciones penitenciarias tenían un total de 68.685. Los últimos datos que constan de enero del presente año muestran una pequeña disminución de la población carcelaria hasta los 68.608⁵⁴⁹.

La Unión Europea estableció que una densidad penitenciaria superior a 120% representa un estado de hacinamiento crítico. En países como Brasil, Argentina y México existen en las diversas unidades federativas índices del 300, 400 y hasta 900%.⁵⁵⁰ Una investigación hecha en América Latina acerca del número de personas presas por 100.000 habitantes, desde 1992 hasta 2008, constató que la media de las tasas indica que por cada 100.000 ciudadanos cerca de 200 estarían en prisión. Son tasas muy superiores a las registradas en Europa que, con excepción de Rusia (633 por 100.000), oscilan entre 75 y 100. España, Inglaterra y Escocia presentan un considerable incremento alcanzando la media de 150⁵⁵¹.

En Brasil, según el censo penitenciario realizado por el Ministerio de Justicia, la población carcelaria ha crecido sustancialmente en los últimos años. En diciembre de 2010 eran 496.251 encarcelados; en diciembre de 2011 esta cifra aumentó hasta los 514.582 y en junio de 2012, la última actualización oficial sumaba un total de 549.577 penados, entre personas presas en las penitenciarías federales, estatales y la Policía⁵⁵², dando lugar a una tasa de 288,14 presos por cada 100.000 habitantes. El incremento del número de presos en la fase de ejecución penal fue de cerca de 35 mil personas en sólo seis meses. El problema es que no se han construido

⁵⁴⁹ <http://www.institucionpenitenciaria.es>, acceso en 04/02/2013.

⁵⁵⁰ BENITO DURÁ, Mauricio, ob. cit., p. 491-492.

⁵⁵¹ BENITO DURÁ, Mauricio, ob. cit., p. 489-490.

⁵⁵² Datos presentados por el Departamento Penitenciario Nacional, Sistema Integrado de Instituciones Penitenciarias (InfoPen), disponible en la web <http://www.portal.mj.org.br>.

proporcionalmente más establecimientos ni se han habilitado otras plazas para acoger a los nuevos individuos sujetos a la reclusión. Hay en Brasil actualmente un déficit de 240.503 plazas⁵⁵³ y sería necesario construir como mínimo 481 centros penitenciarios con capacidad para 500 personas en cada uno de ellos.

Las poblaciones carcelarias brasileñas exceden dos, y hasta tres veces la capacidad oficial en la mayor parte de los estados de la federación. Se trata de un hacinamiento fuera de todos los límites aceptables, lo que configura una tortura institucional practicada por el Estado. Cuanto menos, sería un tratamiento deshumano y degradante contra aquellas personas que cumplen pena privativa de libertad. A pesar de la ratificación hecha por el país, el 23 de mayo de 1989, de la Convención contra la tortura y otros tratamientos o penas crueles, la situación continua siendo caótica, generando una conflictividad que desemboca, no pocas veces, en motines y reyertas que se resuelven en muchos casos con la muerte de varios reclusos⁵⁵⁴, algo que queda generalmente en la impunidad.

La ejecución penal tiene por objetivo cumplir las disposiciones de la sentencia o decisión criminal y proporcionar, de acuerdo con la Ley, las condiciones para la armónica integración social del condenado. En las condiciones en que se encuentra el sistema penal no son alcanzados los propósitos del Artículo 59 del Código penal brasileño que busca reprobado y prevenir la conducta delictiva. La pena, en la práctica, tiene solamente naturaleza retributiva. Y al castigar, el Estado lo hace de forma degradante y cruel, olvidando cualquier finalidad preventiva general o especial e ignorando todo lo que la sociedad sufrirá cuando individuos sin la más mínima capacidad de adaptación social regresen a la vida libre.

Otra importante violación de los derechos humanos en Brasil se da en lo que respecta a los presos provisionales. El Consejo Nacional de Justicia (CNJ) informa que de los 549.577 penados, aproximadamente 191.000 están en la cárcel sin una condena definitiva, lo que representa 34,7% de la población carcelaria⁵⁵⁵. Son individuos sobre los cuales rige la protección de la presunción de inocencia, hasta que sean considerados culpables y, lógicamente, no pueden tener ninguna restricción definitiva, antes de una sentencia condenatoria firme. El Pacto de San José de Costa Rica, firmado por el

⁵⁵³ [http:// www.portal.mj.gov.br](http://www.portal.mj.gov.br)

⁵⁵⁴ Para contener una rebelión en el presidio del Carandiru, la policía militar invadió el centro penitenciario provocando la muerte de 111 presos. El Coronel Ubiratan, responsable de la operación policial, fue considerado inocente de todas las acusaciones, causando indignación en la sociedad brasileña y, principalmente entre los defensores de los derechos humanos.

⁵⁵⁵ [http:// www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)

gobierno brasileño y la propia Ley de Ejecución Penal exigen el tratamiento adecuado a la condición de los internos provisionales, separándolos de los otros, medida que, por la superpoblación, es absolutamente impracticable.

Así, todo el sistema de ejecución criminal brasileño, de progresión gradual, ideado con maestría, en regímenes cerrado, semiabierto y abierto, con la posibilidad de salidas temporales y la libertad condicional, queda completamente perjudicado. Para que el penado pase de una fase a la siguiente necesita cumplir parte de la pena (2/5 para los crímenes hediondos y 1/6 para los demás) y al mismo tiempo presentar buen comportamiento carcelario. Los plazos tan largos y la inexistencia de condiciones mínimas para la ejecución de la pena en la práctica conducen muchas veces a la admisión de la libertad condicional en el momento inadecuado.

La Ley de Ejecución Criminal fue prevista y elaborada para ser aplicada en condiciones ideales, es decir, preservando la dignidad de la persona humana detenida. Sin embargo, en la medida que obliga a un preso a dormir en una celda que supera la capacidad máxima de ocupación, en pésimas condiciones de higiene, con asistencia precaria a la salud, trabajo y educación, no se puede exigir que éste presente un comportamiento meritorio una vez que no ve respetados mínimamente sus derechos más básicos y vive en condiciones infrahumanas.

A excepción de las penitenciarías federales de seguridad máxima, los establecimientos penitenciarios son edificaciones antiguas, en general construidas arquitectónicamente para otros fines, lo que dificulta la adaptación de las actividades carcelarias, sobre todo en el caso de las mujeres y madres en prisión. En muchos centros penitenciarios no hay celdas separadas, sino pabellones formados por inmensos corredores y con cubículos improvisados con sábanas, maderas u otro material disponible para intentar conseguir alguna intimidad en medio de la vida colectiva. En algunas unidades distritales ya se han detectado casos de presos que hacen turnos a la hora de dormir por insuficiencia de camas. Como el mantenimiento de los centros es precario o nulo, no es raro que falten elementos esenciales para el funcionamiento de la prisión como abastecimiento de agua o energía eléctrica.

Los detenidos corren peligro de contraer enfermedades mortales como la tuberculosis o el SIDA y aquellos que ya las sufren no reciben un tratamiento satisfactorio. Reclusos con discapacidades físicas graves han muerto bajo la custodia estatal por negligencia en la asistencia médica. Hacinados en celdas insalubres, viven

con el temor a ser atacados por otros reclusos o incluso por los propios agentes responsables de la seguridad del establecimiento.

Tal tratamiento penitenciario obstaculiza que se exija al individuo encarcelado un comportamiento adecuado, excusando al Juez de Vigilancia Penitenciaria de la evaluación del requisito subjetivo, por no haber cumplido el Estado con las condiciones esenciales que permiten un buen comportamiento en la cárcel. La concesión de los beneficios penitenciarios, entre ellos la libertad condicional, se limita, de esa manera, a observar simplemente el decurso del plazo legal de ejecución de la pena en régimen cerrado.

La crisis en el sistema penitenciario brasileño es tan alarmante que la prensa internacional publicó, en el año 2006, una decisión inédita de una Corte alemana que había condenado al ingeniero Karl Heinz Chaab a cinco años de prisión por divulgar en Bagdad informaciones secretas sobre el enriquecimiento de uranio con fines militares. Por las condiciones carcelarias degradantes que Karl se vio obligado a soportar antes de la extradición, la Corte alemana multiplicó por tres los quince meses de cárcel cumplidos en Brasil y así consideró que ya se habían satisfecho los 2/3 de pena exigidos bajo privación de libertad⁵⁵⁶.

La falta de los derechos básicos garantizados por la Constitución, el Código Penal y la Ley de Ejecución Penal es el punto débil de los delincuentes considerados comunes. El poder público no posee condiciones de aplicar las normas jurídicas y pactos internacionales con los cuales se ha comprometido. Esta ausencia ha promovido el surgimiento de innumerables organizaciones criminales, en su gran parte mantenidas por el tráfico de drogas.

Los líderes de las facciones criminales que están encarcelados se aprovechan, básicamente, de la pésima actuación del Estado en los centros penitenciarios para proporcionar información, medicinas, alimentos y seguridad a los que los necesiten y así permanecen en el poder con la dirección de los diversos pabellones o secciones del establecimiento.

Es voz unánime en la doctrina y en la experiencia mundial que la criminogénesis específica del crimen organizado es la ausencia del Estado, es decir, el crimen organizado florece allí donde el Estado está ausente o dividido. Sin embargo, a partir del instante en que el preso común reconoce en el líder de la facción a su único

⁵⁵⁶ Noticia divulgada en el periódico brasileño "Jornal da Paraíba", el 26 de Febrero de 2006.

referente de seguridad y de expectativas, le deberá obediencia. El crimen organizado ha conseguido la complicidad de las clases más pobres porque más allá del miedo a sufrir represalias, recibe de la organización criminal servicios básicos que el Estado no proporciona. Cuando un preso que veía su seguridad y necesidades cubiertas por el crimen organizado consigue la libertad, deja la unidad penitenciaria en deuda con la facción criminal y se convierte en un colaborador de esa organización.

Otro aspecto extremadamente preocupante, consecuencia de la superpoblación en las prisiones brasileñas, es la falta de agentes de seguridad en cantidad compatible con el número de presos. Considerando el alto nivel de tensiones existente en estructuras como estas, se puede fácilmente perder el control en una rebelión.

A título de ejemplo podemos mencionar la masacre ocurrida en Octubre de 1992 en la Casa de Detención del Carandiru, donde murieron 111 presos tras la entrada de la Policía en la penitenciaría para contener una rebelión generalizada. El 29 de mayo de 1998 empezó una lucha entre bandas rivales en la prisión de seguridad máxima de Barreto Campelo, en Pernambuco. El saldo final fue de 22 presos muertos y 13 heridos. El secretario de Justicia del estado comentó que ese tipo de incidentes era "usual" y culpó al exceso de reclusos y a la escasez de personal. Había 23 agentes penitenciarios y 09 policías militares para controlar una prisión con más de mil presos, el doble de la capacidad máxima permitida⁵⁵⁷.

Más allá de los trastornos y daños materiales y personales, la rebelión tiene consecuencias que desbordan la violencia *intra muros*, por lo tanto todo el entorno del establecimiento carcelario se ve influido. Una sola rebelión puede generar efectos en otras unidades penitenciarias, causar disturbios en las calles, más allá de la venganza por parte del crimen organizado.

Los motivos determinantes de esta situación tan desordenada en las prisiones brasileñas parten de una constatación más profunda que analiza aspectos socio-económicos y culturales. A pesar de no sufrir conflictos bélicos, los países de América Latina poseen los índices más elevados del mundo de violencia y criminalidad⁵⁵⁸. Esta frustrante revelación está directamente asociada a las increíbles

⁵⁵⁷ AMNISTIA INTERNACIONAL, *Relatório anual 1999, Brasil, "Aqui Ninguém Dorme Sossegado" – Violações dos direitos humanos contra detentos*, Seção Brasileira da Anistia Internacional, São Paulo, 1999.

⁵⁵⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe 2007, El estado de los derechos humanos en el mundo*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), Original inglés, 2007.

desigualdades sociales que están presentes en la estructura política y económica latinoamericana.

Después de vencer la dictadura militar y empezar un proceso de redemocratización en 1988, Brasil fue, poco a poco, convirtiéndose en un Estado mínimo, haciéndose eco de una ideología neoliberal que ha fortalecido la apertura de mercados y rebajado las inversiones en políticas sociales.

Un conjunto de factores desestabilizadores como la mala calidad de la educación, la precaria asistencia sanitaria, la falta de empleos para jóvenes y la desintegración familiar debida a las dificultades económicas afectó de forma drástica a los sectores más desprotegidos de la sociedad. La crisis económica permanente y los altos niveles de inflación generados por el proceso de globalización sólo agravaron la distancia entre ricos y pobres, éstos últimos cada vez más marginalizados. El incremento del número de personas viviendo por debajo de la línea de pobreza tuvo como una de sus consecuencias el avance de la delincuencia.

Las políticas utilizadas para reducir las tasas de criminalidad adoptaron como prioridad un conjunto de medidas represivas a corto plazo como la tipificación de nuevos delitos, penas más duras y una expansión de la red penal en lo que respecta a la actuación preventiva de la Policía y al fortalecimiento del uso de prisiones provisionales. La atención policial se centró en las clases con bajos recursos y de las áreas más marginadas donde estaban los indigentes, pequeños infractores, menores abandonados o figuras estereotipadas como criminales como los negros y los pardos, por ejemplo. Cuando se trata de Latinoamérica, y lógicamente de Brasil, este perfil de criminal “en potencia” corresponde a millones de personas que se encuentran en situación de pobreza o miseria, un segmento que abarca entre el 40% y el 60% de los ciudadanos.

En la dinámica neoliberal, segregar a las poblaciones consideradas problemáticas se convierte en la solución más útil, aunque los problemas hayan sido creados por la falta de políticas de inclusión. Los gobiernos recurren a las soluciones penales para hacer frente a la criminalidad en las poblaciones marginales porque es más fácil y barato punir que intentar solucionar las causas sociales y económicas de su marginalización. Las medidas de “tolerancia cero” son populares porque aplacan de forma temporal la indignación de la sociedad y el miedo común a los cambios en las estructuras sociales y económicas fundamentales. Así, los controles y las condenas se

concentran en los grupos marginados, dejando libres de regulación las prácticas de los mercados y de las clases sociales más aventajadas.

Esta dinámica perversa de exclusión social que genera criminalidad y es combatida con más violencia y prisión no es un hecho nuevo o aislado. Tratando de los orígenes de la cárcel, MELOSSI y PAVARINI⁵⁵⁹ alertan sobre los efectos del capitalismo en el proceso de marginalización y encarcelamiento de los más pobres, estableciendo así un nuevo tipo de control social sobre ellos:

(...) como actividad económica la penitenciaría nunca ha sido "útil", y en este sentido no es correcto hablar de la cárcel como manufactura o como fábrica (de mercancías). Más correctamente se debe decir que, en lo que se refiere a la cárcel, la primera realidad históricamente realizada se estructuró (en su organización interna) sobre el modelo de la manufactura, sobre el modelo de la fábrica. Pero una finalidad —si queremos "atípica"— de producción (léase: transformación en otra cosa de mayor utilidad) fue perseguida por la cárcel, al menos en sus orígenes, con éxito: la transformación del criminal en proletario. (...) o sea la producción de sujetos aptos para una sociedad industrial, la producción, en otras palabras, de *proletarios* a través del aprendizaje forzado, en la cárcel, de la disciplina de fábrica. Después de una atenta observación del fenómeno desviante (léase: la cárcel como lugar privilegiado de observación criminal) — la cárcel es capaz de transformar al criminal violento, febril, irreflexivo (sujeto real), en detenido (sujeto ideal) disciplinado y mecánico.

Durante las últimas tres décadas las políticas globalizadas han creado una situación de control creciente sobre los más pobres para que afecten cada vez menos a la economía de mercado. Por otra parte hay una serie de incentivos para los integrantes de la clase media y alta como la reducción de impuestos, subsidios para negocios o vivienda, buscando que el sector que obtiene lucros con su trabajo participe y contribuya cada vez más al mantenimiento de la circulación de riquezas.

Tratando específicamente de la clase media y trabajadora GARLAND⁵⁶⁰ alerta que este grupo ha perdido paulatinamente su fe en el Estado de bienestar, considerándolo una estructura burocrática e ineficaz que redistribuye los resultados financieros de su trabajo a una masa no merecedora de beneficios porque es perezosa e irresponsable, reforzando la idea de que la pobreza es una elección. Este sentimiento de victimización de la sociedad "productiva" con relación al Estado del bienestar y a los pobres que de él necesitan tiene serios reflejos en la concepción de la lucha contra los delitos.

⁵⁵⁹ MELOSSI y PAVARINI, *Cárcel y Fábrica, Los orígenes del sistema penitenciario* (siglos XVI-XIX), traducción de Xavier Massimi, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, S.A., 1980, p. 189.

⁵⁶⁰ GARLAND, David, ob. cit., p. 319.

En efecto, la eliminación física del transgresor no deseado reforzó la política del control por medio del terror⁵⁶¹ y la cárcel se ha transformado una vez más, al menos teóricamente, en la solución preventiva y represiva para frenar la destrucción de la seguridad colectiva. Sin embargo, la realidad penitenciaria no experimentó grandes cambios en su estructura física, ni en las condiciones de salud, higiene o servicios sociales, ni tampoco se mejoraron los presupuestos para capacitar a los profesionales que trabajan y administran la estructura carcelaria. Esto se produce porque la selección social de los que serán encarcelados tiene lugar antes incluso que la tipificación de las conductas delictivas en la ley penal.

En el plan ideal, la norma penal estaría destinada a todos los ciudadanos, no importando a que clase social o grupo político pertenezcan, y las conductas consideradas como delitos serían aquellas que violan los bienes jurídicos más valiosos y relevantes para la sociedad como un todo. El Derecho Penal cumpliría así el deber de garantizar el orden y la seguridad jurídica por medio de la sanción criminal, utilizando el ejemplo para prevenir nuevas transgresiones. Dentro de esta perspectiva de proporcionalidad entre la sanción penal y la violación de los valores sociales tutelados por el Estado, cuanto más relevante sea el bien jurídico a ser protegido, más severa sería la calidad y cantidad de la pena a aplicar.

En el campo práctico, existe una sorprendente incoherencia entre la concreción de la norma penal y la gravedad de las conductas reconocidas como crímenes. Lamentablemente, la gran mayoría de las penas impuestas revelan un inexcusable comprometimiento del legislador con las clases más ricas o influyentes en perjuicio de los sectores más marginalizados de la población⁵⁶². Según MUÑOZ CONDE⁵⁶³ *“determinadas clases o grupos sociales desarrollan estrategias de contención o neutralización de las normas penales, cuando éstas pueden afectar a sus intereses de clase”*. Gran parte de los parlamentarios llegaron al poder financiados por las elites económicas y una vez elegidos ignoran la voluntad y necesidades de sus electores. Los tipos penales son seleccionados, por lo tanto, de acuerdo con las prioridades de las estructuras dominantes y de las instituciones más poderosas de una determinada época.

⁵⁶¹ MELOSSI y PAVARINI, *Cárcel y Fábrica, Los orígenes del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 194.

⁵⁶² COUTINHO DE AMORIM, Pierre Souto Maior, *Seletividade da norma penal*, en *Revista Jurídica Consulex*, Año X, n° 226, 15/06/2006, p. 61.

⁵⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Direito Penal e Controle Social*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, pp.25-26.

La primera gran diferencia de trato entre ricos y pobres se da en relación a los delitos contra el patrimonio. Constituye una regla fundamental de cualquier Estado democrático la prevalencia del interés público en detrimento del interés privado. Sin embargo, la violación a la propiedad privada recibe en el ordenamiento brasileño una respuesta punitiva más rigurosa y eficaz que la violación al patrimonio público. A pesar de los constantes escándalos de corrupción con el desvío de millones de reales destinados a la salud pública, educación, seguridad social o seguridad, el legislador mantiene para estos casos penas blandas, procedimientos llenos de posibilidades de recursos y plazos largos que, no por casualidad, caen en el olvido de la población. Por falta de debida instrucción, la sociedad no reflexiona sobre la gravedad del daño colectivo causado por estas prácticas de improbidad administrativa ni sobre cuántas personas dejaron de beneficiarse o incluso murieron sin asistencia médica o financiera adecuada.

Señalando la relativización del concepto de moralidad media, el magistrado y profesor CARVALHO⁵⁶⁴ compara en la legislación de Brasil la importancia de los valores jurídicos, es decir, honra, incolumidad física y patrimonio a través de delitos específicos y sus respectivas penas. El delito de injuria (Art.140, CP) tiene como objetivo punir a aquel que ofende la dignidad o decoro de alguien y prevé pena de detención de 1 a 6 meses o multa. El delito de lesión corporal (Art. 129, CP) pune la conducta de ofender la integridad física o salud del otro con pena de detención de 3 meses a 1 año. Por otra parte, el delito de robo (Art.157, CP), es decir, sustraer para sí o para terceros cosa ajena y mueble por medio de violencia o grave amenaza a la persona es condenada a una pena de reclusión de 4 a 10 años y multa.

Según los datos del Ministerio de Justicia, el 48,8% de los crímenes cometidos en Brasil son de orden patrimonial, principalmente hurtos y robos. Obviamente, el delito de robo, más duramente castigado, es practicado por individuos pertenecientes a las clases más pobres de la población. Sin embargo, en el delito de usurpación posesoria (Art. 161, CP), que consiste en invadir un terreno o edificio ajeno por medio de violencia o intimidación a la persona, paradójicamente a pesar del mayor valor patrimonial del inmueble en relación a la cosa mueble, tiene una pena menor que el robo, variando de 1 a 6 meses de detención y multa. Esto se explica por el hecho de que los sujetos activos del crimen de usurpación son, en gran parte, los poderosos

⁵⁶⁴ CARVALHO, Amilton Bueno, *Magistratura e Direito Alternativo*, 6ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, pp. 27-28.

dueños de latifundios del país, con representación declarada en el Congreso Nacional. Curiosamente, como diversas organizaciones de “sin-tierra” empiezan a ocupar algunas de las propiedades rurales exigiendo la reforma agraria, falsos demócratas, que se dicen preocupados por la seguridad en el campo, prontamente presentaron un proyecto con la finalidad de aumentar la sanción penal en estos casos, fortaleciendo así el poder de los grupos que ya poseen prestigio y recursos suficientes para aprobar las medidas que consideran más provechosas para sus objetivos.

Mientras se endurecen las penas para los crímenes contra la propiedad privada, los delitos contra la Hacienda Pública reciben día a día más tolerancia por parte del Estado. Prueba de esta pasividad con la clase de los empresarios es el uso del principio de la insignificancia en la Medida Provisoria nº 449/08, de 3 de Diciembre, posteriormente convertida en la Ley nº 11.941/09, de 27 de Mayo. La Ley determina que serán perdonados todos los débitos de ejecución fiscal inscritos como deuda activa de la Hacienda Nacional de valor consolidado igual o inferior a R\$ 10.000,00, el equivalente aproximadamente a unos 3.650 euros. Esta disminución en los impuestos o débitos públicos interfiere directamente en la esfera penal, configurando la extinción de la punibilidad para los delitos de contrabando⁵⁶⁵ que no superen en mercancías prohibidas o impuestos no pagados el límite establecido por la Ley 11.941. No obstante, no se puede utilizar el principio de insignificancia por debajo este límite para los casos de hurto, cometidos generalmente por la clase más baja y que compone la mayoría de la población brasileña.

En España, a pesar de la excelente estructura física de las prisiones y las impresionantes cifras de inversiones en las políticas públicas y penitenciarias, en lo que respecta a la tipificación y punición de delitos, se produce en la legislación criminal una demostración semejante de selección social y marginalización de clases específicas de la población de acuerdo con los intereses de las clases dominantes. El Código Penal actúa de forma más flexible con los delitos de “cuello blanco” o los casos de corrupción que implican el nombre de altos funcionarios públicos, representantes de los poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial u otros integrantes del sector más privilegiado de la sociedad. Con todo, las reglas son más severas en la represión de infracciones típicas de

⁵⁶⁵ El delito de contrabando consiste en importar o exportar mercancía prohibida o disimular, en todo o en parte, el pago del derecho o impuesto debido por la entrada, por la salida o por el consumo de mercancía. Pena de reclusión de 1 a 4 años.

la delincuencia callejera, sexual, terrorista e inmigrante⁵⁶⁶. Como ejemplo se puede mencionar una vez más la reforma implementada en el Código Penal a partir de 2010, y que prevé reglas muy duras para delitos terroristas, promoviendo la confiscación de bienes, estableciendo medidas de libertad vigilada, obligatoriedad del periodo de seguridad y declarando incluso su imprescriptibilidad cuando hubieran causado la muerte de una persona⁵⁶⁷.

Con relación a los delitos cometidos por inmigrantes, de forma especial, se pueden hacer algunas consideraciones importantes. La salida reciente de una dictadura y todos los cambios que derivan de la entrada en una democracia, han transformado a la sociedad española de forma profunda en los aspectos cultural, económico y político. La entrada del País en la Comunidad Europea, en el año de 1985, consolidó el proceso de globalización de los mercados e incorporó rápidamente a la vida de la clase media el crecimiento de su nivel de bienestar. La prosperidad alcanzada ha atraído a un considerable número de extranjeros en busca de un futuro más digno, alcanzando en el año 2008 el porcentaje del 11, 3% del total de habitantes⁵⁶⁸.

Con el incremento de los índices de violencia, las comunidades españolas progresivamente alimentaron el miedo y la ansiedad ante a los nuevos tiempos y desarrollaron una actitud de rechazo frente a los inmigrantes, considerados desde entonces como amenazas, protagonistas del fenómeno de la delincuencia callejera y co-responsables de la pérdida de los puestos de trabajo. Aunque esta preocupación no corresponda a la realidad de las tasas de criminalidad o de encarcelamiento, el inmigrante ha sido perjudicado en la última reforma con una posibilidad más de expulsión por la imposición de penas de menos de 6 años de prisión. Para aquellos que cumplen pena privativa de libertad la concesión de beneficios se ve dificultada una vez que no poseen domicilio fijo, familia, papeles u oportunidades de trabajo más amplias como ocurre con los nacionales. Pese a la falta de documentos para la permanencia en el país, el procedimiento de empadronamiento se torna cada vez más complicado y costoso.

Se puede concluir que la sanción penal y el sistema carcelario, de la manera en la que están concebidos actualmente, solamente reproducen las desigualdades económicas y culturales de una colectividad extremadamente dividida en clases

⁵⁶⁶ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política Criminal y Prevención del Delito*, ob. cit., p. 161.

⁵⁶⁷ Proyecto de Ley Orgánica aprobado en mayo de 2010 por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (121/000052).

⁵⁶⁸ ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura, *Política Criminal y Prevención del Delito*, ob. cit., pp. 163-164.

antagónicas, reforzando aún más el proceso de exclusión social e institucional de los ciudadanos más desamparados por medio del estigma de criminal.

4. SIGNOS DE ESPERANZA: ALTERNATIVAS A LA TENDENCIA DE PUNITIVISMO Y PRISIONIZACIÓN

4.1 MÓDULOS DE RESPETO

En España, han empezado a funcionar en los últimos años en el Centro Penitenciario de la Provincia de León los llamados Módulos de Respeto. Esta innovadora forma de administrar la vida cotidiana de los internos tiene como filosofía reeducadora el compromiso con el trabajo y la convivencia en grupos, incentivando el diálogo como fuente de solución de conflictos y el respeto para con los demás como medio de fortalecer el sentido de responsabilidad para la futura vida en libertad.

En primer lugar, las tareas de funcionamiento ordinarias como la limpieza general y el reparto de comida son desempeñadas y organizadas por los penados, de forma sistemática y rotativa, de modo que todo es incumbencia de todos, incluso la obligación de vigilar que los demás hagan el uso adecuado de las áreas o elementos comunes. Esto supone una notable reducción de los gastos de mantenimiento y conservación de la institución penitenciaria.

Los módulos son divididos de acuerdo con los objetivos del programa específico para cada individuo y circunstancias coyunturales, a ejemplo de la proximidad de celdas o coincidencia en cuanto a los grupos de intervención y trabajo. Cada módulo tendrá un responsable elegido por el equipo técnico de centro que desempeñará la función de orientar a los miembros del grupo, además de organizar sus ocupaciones durante la jornada laboral, incluso en las horas de ocio.

El tratamiento está compuesto de actividades obligatorias, que son las relacionadas con las intervenciones exigidas en el programa individualizado de cada integrante del módulo (alfabetización, deshabituación, programas de agresores sexuales, de violencia doméstica, extranjería, formación profesional, etc.) y las actividades voluntarias, de libre elección del recluso dentro de las propuestas, y posibilidades discutidas por ellos de forma conjunta favoreciendo la participación y los canales de comunicación con la Administración Penitenciaria. En este sentido, es importante resaltar la existencia de una asamblea de representantes de los internos, órgano de

participación voluntaria que se reúne de forma periódica para tratar de temas relacionados con el funcionamiento del módulo y de sus actividades, sugiriendo medidas para la mejora de su funcionamiento.

Como forma de impulsar la capacidad de determinación y el sentido colectivo de los encarcelados, en paralelo a las actividades diarias, se constituyen diversas comisiones. La comisión de acogida está encargada de recibir a los participantes recientemente llegados a un módulo dado y explicar de manera detallada el funcionamiento del mismo, presentar a los nuevos compañeros y guiarlos hasta la definición de un grupo en concreto. Por otro lado, la comisión de convivencia es responsable de intermediar en cualquier tipo de conflicto que se produzca entre los internos. En caso de que el conflicto no pueda ser solucionado a través de esta Comisión, se recurrirá entonces al personal del Equipo Técnico. Finalmente, las comisiones de área tendrán como finalidad coordinar e impulsar las actividades relacionadas con cultura, deporte, ocio, medioambiente, etc.

Según BENITO DURÁ⁵⁶⁹, estos cambios significativos realizados en la gestión penitenciaria de León han aportado diversos beneficios, entre ellos el aumento de la calidad de trabajo y satisfacción personal de los profesionales del centro y la disminución de los conflictos y problemas de seguridad interna. Los éxitos alcanzados ya sirven como ejemplo y paulatinamente el método de tratamiento está siendo adoptado en otras provincias de España.

Otra experiencia exitosa puesta en práctica es la conciliación de la estructura de la ejecución penitenciaria de los tradicionales centros penitenciarios de seguridad media y máxima. Son los Centros de Inserción Social (CIS). Estos últimos establecimientos están destinados a los penados que por su tipología delictiva o evolución en el tratamiento han obtenido una evolución suficiente para ser considerados de baja peligrosidad. La estructura del CIS está basada en la auto-disciplina de los internos y contempla la posibilidad de salidas externas para ir al trabajo o a cursos de instrucción/profesionalización.

⁵⁶⁹ BENITO DURÁ, Mauricio, ob. cit., p. 257.

4.2 LA APLICACIÓN DE PENAS ALTERNATIVAS EN ESPAÑA

De acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 32 del Código Penal español, las penas que pueden imponerse al individuo que haya cometido un delito, bien con carácter principal, bien como accesorias, son las penas privativas de libertad, las penas privativas de otros derechos (a ejemplo de la suspensión de empleo o cargo público, la privación del derecho a portar armas o los trabajos en beneficio de la comunidad) y la pena de multa.

Son consideradas penas privativas de libertad la prisión propiamente dicha, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y la localización permanente. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del Código o de la legislación penal especial. La responsabilidad personal por impago de multa tiene lugar en casos de no satisfacción voluntaria de la multa impuesta al condenado, y siendo la pena privativa de libertad no superior a cinco años, pagará con un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente. La localización permanente, por su parte, obliga al penado a permanecer una cantidad de días continuos o alternos en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia, así como en un momento posterior siempre que haya un auto motivado.

En la búsqueda de respuestas más eficaces a las cuestiones penales y a la necesidad del incremento de las penas alternativas ante las ya comprobadas desventajas de la pena de prisión, uno de los aspectos importantes de los que se ha ocupado la última reforma del Código Penal⁵⁷⁰ ha sido la ampliación de las posibilidades de utilización de la pena de localización permanente.

El primer cambio se da con la incorporación de la localización permanente en el rol de alternativas para la sustitución de las penas privativas de libertad. La nueva redacción del artículo 88 del Código Penal determina que los jueces o tribunales podrán sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan los seis meses, también por localización permanente. La ejecución de la sustitución de penas se

⁵⁷⁰ Proyecto de Ley Orgánica aprobado en mayo de 2010, por el que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (121/000052).

hace computando cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 del Código Penal, por tiempo que no podrá exceder la duración de la pena sustituida. Aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, el juez puede proceder a la sustitución cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen.

El artículo 88.1 regula también, de forma excepcional, la sustitución por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, en casos de penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social.

Atendiendo a las demandas sociales y a los altos números de violencia contra la mujer en España, innova el legislador cuando prevé que en casos de condena del reo por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. El nuevo apartado 4 del artículo 37 dispone que para garantizar el cumplimiento efectivo de la sanción penal de localización permanente, el juez o tribunal podrá determinar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo. En los supuestos de violencia de género, el Juez o Tribunal podrá imponer adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del artículo 83 del Código Penal.

Por otro lado, en los casos en que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado. Según el Preámbulo del Proyecto de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, el cumplimiento excepcional de la localización permanente en el centro penitenciario trata de ofrecer una respuesta más dura a la reincidencia de infracciones y a un mismo tiempo

ser compatible con la naturaleza leve de la sanción, evitando así los efectos desocializadores de la cárcel.

4.3 LA APLICACIÓN DE PENAS ALTERNATIVAS EN BRASIL

El sistema de sanción criminal en Brasil está dispuesto de acuerdo con tres tipos de penas: las privativas de libertad, las restrictivas de derechos y la pena de multa. Todas las sanciones que no se constituyan como privativas de libertad, o sea, prisión en régimen cerrado, semiabierto o abierto, son consideradas como penas alternativas. Es decir que la aplicación de las penas alternativas se da de forma autónoma, cuando están previstas en el hecho típico o en sustitución de la pena de prisión. Las penas restrictivas de derechos sustituirán a las penas privativas de libertad cuando la pena aplicada no sea superior a cuatro años; el delito no constituya práctica de violencia o intimidación a la persona o la infracción penal sea culposa; el condenado no sea reincidente en crimen doloso y las circunstancias como antecedentes, personalidad, conducta social, motivación y consecuencias sean favorables al condenado. En consecuencia, están dentro de la posibilidad de sustitución por penas alternativas los delitos de lesión corporal leve, hurto simple, amenaza, accidentes de tránsito, desacato a la autoridad, calumnia y difamación entre otros previstos en la legislación penal brasileña.

Las medidas y penas alternativas en Brasil están condensadas en la prestación pecuniaria y en la prestación de servicios a la comunidad⁵⁷¹. La prestación pecuniaria consiste en el pago de dinero a la víctima, a sus familiares o a la entidad pública o privada con destino social de la cantidad fijada por el magistrado entre 1 y 360 salarios mínimos. En caso de anuencia del beneficiario la cuantía monetaria puede ser compensada por prestación de otra naturaleza. Por otro lado, la prestación de servicios a la comunidad se fundamenta en la atribución al condenado de tareas gratuitas en entidades asistenciales, hospitales, escuelas, orfanatos u otros establecimientos semejantes, en programas comunitarios o estatales.

La implementación de las penas alternativas exige acciones planeadas y coordinadas en materia legislativa e institucional. La Ley n° 9099/95 y la Ley n° 10529/2001 crearon los Juzgados Especiales Civiles y Criminales en el ámbito de la Justicia Estatal y Federal, destinados a resolver los casos de poca complejidad y delitos

⁵⁷¹ Las otras penas restrictivas de derechos son la confiscación de bienes y valores, la interdicción temporal de determinados derechos y la limitación de fin de semana.

de menor potencial ofensivo. Estos juzgados poseen un procedimiento más rápido y oral y posibilitan la reparación consensual de los daños generados por la infracción penal. Las Leyes de los Juzgados Especiales también viabilizan la aplicación de diversas penas restrictivas de derechos y permiten la suspensión condicional del proceso, y posteriormente su extinción, siempre que el acusado cumpla adecuadamente los requisitos exigidos durante el periodo de prueba ofrecido por el Fiscal del Ministerio Público.

El sistema de justicia está formado por el Tribunal de Justicia, el Ministerio Público y la Defensoría Pública, pero el ejercicio del control social de estas actividades depende de la constitución de una efectiva coordinación entre los tres poderes del Estado para que se ofrezcan las plazas y los servicios necesarios para la estructuración y el control de la ejecución de esta institución penal. Los recursos proporcionados por el Ministerio de Justicia a partir del año de 2003 permitieron la celebración de convenios nacionales y con varias unidades federales del país con la implementación de una infraestructura física y organizativa mínima para la ejecución de las medidas y penas alternativas.

Como forma de emprender la integración de los penados de menor peligrosidad y propiciar la participación de la comunidad en ese proceso de inclusión, el Estado y la sociedad civil organizada empiezan a realizar en conjunto políticas públicas de rehabilitación y prevención de la criminalidad, por medio de la constitución de una red social de apoyo a la ejecución de los sustitutos penales. La red social cuenta con la colaboración de entidades representativas de la sociedad que legitiman e inciden en esta práctica como la Organización de Abogados de Brasil (OAB), universidades y organizaciones no gubernamentales orientadas al área de justicia, desarrollo social, ciudadanía y derechos humanos.

Estas prácticas además de condicionar la participación de la comunidad en el tratamiento penal consiguen paulatinamente informar a las personas acerca de los males del encarcelamiento. Investigaciones en la ciudad del Río de Janeiro⁵⁷², una de las más violentas de Brasil, respaldan el dato de que cuando la población es informada sobre el funcionamiento de las penas restrictivas de derechos apoyan y optan por estas en detrimento a la pena de prisión. Medidas alternativas a la cárcel, añadidas a la

⁵⁷² LEMGRUBER, Julita, *La Necesidad de Penas Alternativas en América Latina*, en Conferencia Latinoamericana sobre Reforma Penal y Penas Alternativas a la Prisión, Reforma Penal Internacional y Ministerio de la Justicia de Costa Rica, Memoria 2002.

ejecución de políticas sociales de base por parte de los gobiernos, repercuten de forma muy benéfica en materia de salud, escolarización, profesionalización y generación de empleos, principalmente en las áreas más carentes de ayuda material. Los buenos resultados obtenidos en algunas de las unidades federales impulsan, aunque de forma lenta, la expansión por parte del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) de programas de integración del Estado con la sociedad, incluso para los liberados condicionales. Por supuesto, aún queda mucho por hacer.

CAPÍTULO VII

LA ASISTENCIA POSTPENITENCIARIA Y EL PROCESO DE EXCARCELACIÓN DEL LIBERADO CONDICIONAL

La excarcelación de un penado puede ocurrir a través de la liberación definitiva, aprobada por el Tribunal sentenciador, por medio de un indulto o por Auto de libertad condicional ordenado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Una vez satisfecha la pena se promoverá la liberación del condenado, salvo si ya está disfrutando de la libertad condicional, en cuyo caso cesarán las medidas de seguimiento y control a las que eventualmente estuviera subordinado⁵⁷³. Así, el individuo que haya cumplido su condena o que de alguna otra forma haya extinguido su responsabilidad penal debe ser plenamente reintegrado en el ejercicio de sus derechos como ciudadano⁵⁷⁴.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por el Consejo de las Naciones en Resolución nº 663 CI (XXIV), de 31 de julio de 1957, establecen en su recomendación nº 64 que “*el deber de la sociedad no acaba con la liberación del recluso*”. En otras palabras, la asistencia al preso, extensiva al liberado, es deber del Estado, con el objetivo de prevenir los delitos y orientar el retorno a la convivencia en sociedad⁵⁷⁵. De forma semejante, otros textos internacionales, a ejemplo de la Recomendación nº R (87) 3 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre Reglas Penitenciarias, contienen referencias específicas a la necesidad de que el Estado asuma la responsabilidad de la liberación de los reclusos sin, con todo, desentenderse de su destino posterior, confiriendo a la asistencia postpenitenciaria especial relevancia.

En conformidad con los supuestos de los tratados internacionales de derechos humanos constitucionalizados, se instituye que la finalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad “en todas sus modalidades” será conseguir que el condenado alcance la capacidad de comprender y respetar la ley “buscando su adecuada reinserción social”⁵⁷⁶, añadiendo que a esos fines, la agencia penitenciaria deberá

⁵⁷³ Art. 17.3 de la Ley Orgánica 01/1979, de 26 de septiembre, Ley General Penitenciaria española.

⁵⁷⁴ Art. 73 de la Ley Orgánica 01/1979, de 26 de septiembre, Ley General Penitenciaria española.

⁵⁷⁵ Art. 10 de la Ley nº. 7210/1984, de 11 de julio, Ley de Ejecución Penal brasileña.

⁵⁷⁶ MAPPELLI CAFFARENA, Borja, *Pena privativa de libertad*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XIX, Seix Editor, Barcelona, 1989, p. 449.

utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios del tratamiento interdisciplinario oportunos para orientar la actividad de los operadores penitenciarios y judiciales⁵⁷⁷.

Según JIMENEZ⁵⁷⁸ el Trabajo Social tiene por objeto el estudio y transformación de una realidad circunstancial, utilizando determinados métodos y procedimientos científicos con el fin de ayudar a los individuos a superar dificultades y conflictos derivados de su interrelación con el entorno y con otros individuos. Su desarrollo podrá producirse en diferentes ámbitos de intervención (menores, tercera edad, discapacidad, reclusos, etc.) pero siempre se realizará respetando los principios profesionales básicos de autonomía, justicia social, aceptación, confidencialidad y actitud exenta de juicios, utilizando las técnicas de observación, documentación, entrevistas, planificación, evaluación y estadística, entre otras.

En este sentido, los preparativos para el retorno a la vida libre de un sujeto deben empezar con bastante antelación. En caso de penas cortas privativas de libertad, con más razón, estas medidas de precaución deberían ser implementadas incluso desde el ingreso del penado en el centro penitenciario⁵⁷⁹. Se deberá disponer, por consiguiente, de los servicios desarrollados por órganos gubernamentales o privados de modo que puedan ofrecer al recluso puesto en libertad una ayuda postpenitenciaria capaz de disminuir los prejuicios de la cárcel y que le permitan readaptarse paulatinamente a la comunidad⁵⁸⁰.

La asistencia postpenitenciaria, por tanto, no es sino una institución destinada principalmente a compensar los efectos desocializadores de la pena privativa de libertad continuada. Su papel primordial es ayudar a solucionar los problemas laborales, de ubicación y sociales a que se debe enfrentar todo liberado al finalizar su condena. Se trata, en verdad, de concretar el ideal resocializador mencionado en tantos

⁵⁷⁷ CESANO, José Daniel, *Derecho Penitenciario: aproximación a sus fundamentos, Principios generales, axiología constitucional y fuentes*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2007, pp. 108-110.

⁵⁷⁸ JIMENEZ, Gloria, *Profesionales y entidades que trabajan en los servicios sociales de asistencia a las personas sujetas a medidas penales*, en *Servicios Sociales: Alternativas a la actual cultura punitiva*, Editora Salhaketa, Vitoria-Gasteiz, 2005, p. 181.

⁵⁷⁹ BENITO DURÁ, Mauricio, *Sistemas Penitenciarios y Penas Alternativas en Iberoamérica*, ob. cit., p. 96.

⁵⁸⁰ Regla nº. 64 para tratamiento de reclusos, adoptada por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

documentos jurídicos de orden democrático, presente en el artículo 25.2 de la Constitución española y en el artículo 1º de la Ley de Ejecución Penal brasileña⁵⁸¹.

Según lo establecido en el artículo 74 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), el Ministerio del Interior español, a través de la Comisión de Asistencia Social, prestará a los internos, los liberados condicionales y definitivos y a los familiares de unos y otros la asistencia social necesaria para mitigar las repercusiones materiales y emocionales que derivan de una condena criminal. Esta previsión está construida conforme al modelo de Estado Social de Derecho y con el intento de progresivamente caminar hacia un grado más coherente de humanización en los sistemas penales⁵⁸².

1. FUNCIONES DE LA ASISTENCIA SOCIAL

Entre las competencias más relevantes de las Instituciones Penitenciarias está la de amparar a internos y liberados, preparándoles para el retorno a la libertad. La asistencia a los presos, provisionales o condenados, es condición básica para concebir la pena como proceso de diálogo entre los delincuentes y la sociedad⁵⁸³.

La asistencia social al interno consiste en orientar su proceso de adaptación al periodo de encarcelamiento obligatorio y proporcionarle los medios para desarrollar las condiciones materiales y profesionales necesarias para vivir sin cometer delitos. En el campo penitenciario, según MIOTTO⁵⁸⁴, la asistencia social tiene fines paliativos, curativos, preventivos y constructivos. Comenta la jurista que el fin paliativo busca aliviar los sufrimientos consecuentes de la condición de condenado. El fin curativo objetiva propiciar a los penados condiciones para vivir equilibradamente, en las diversas perspectivas del ser humano (biológica, psicológica y espiritual), de modo que, recuperada la libertad, no vuelvan a delinquir, sino que vivan de acuerdo con las normas. El fin preventivo tiene como meta impedir que problemas o conductas desviadas sirvan de estímulo para la comisión de delitos. Finalmente, la finalidad constructiva pretende mejorar las condiciones socio-económicas de los condenados, elevando dentro y fuera de la prisión su nivel de vida.

⁵⁸¹ MARCÃO, Renato, *Curso de Execução Penal*, 8ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2010, pp. 56-57.

⁵⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini, *Execução Penal*, Max Limonad, São Paulo, 1987, p. 07.

⁵⁸³ MARCÃO, Renato, *Lei de Execução Penal anotada e interpretada*, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 41.

⁵⁸⁴ MIOTTO, Armida Bergamini, *Curso de Direito Penitenciário*, Vol. II, Editora Saraiva, São Paulo, 1975, pp. 416-417.

La asistencia al liberado, por otro lado, busca facilitar su reinserción en la fase de excarcelación, satisfaciendo sus necesidades básicas más inmediatas y trabajando de forma continua para fortalecer sus relaciones personales e institucionales. En este contexto, la acción social procura solucionar los inconvenientes que el ingreso en prisión siempre lleva inherentes, tanto para el propio interno como para su familia⁵⁸⁵.

La actuación de la Asistencia Social se estructura a partir de la formación de órganos colegiados que se reúnen periódicamente para trazar las líneas generales de las prestaciones sociales, colaborando de forma permanente con instituciones dedicadas a ayudar a los penados desde diversas perspectivas y a la rehabilitación de los excarcelados, estableciendo de esta manera un control ante las redes nacionales, regionales y locales de servicios sociales. De este modo, la Administración Penitenciaria promoverá la conexión de los servicios sociales penitenciarios con las redes públicas de asistencia social e impulsará el acceso de los penados clasificados en tercer grado, de los liberados condicionales y definitivos, y de sus familiares, a las rentas de inserción establecidas por las leyes en el ámbito de la ejecución penal⁵⁸⁶.

En España, la Comisión de Asistencia Social es un órgano colegiado único integrado en el Organismo Autónomo “Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo”, encargado de divulgar en todos los Centros Penitenciarios la Instrucción 4/2000, de 7 de febrero, modificada por Resolución de 18 de mayo de 2001, concerniente al Manual de Procedimiento y Pautas de Funcionamiento de las Líneas de Actuación de Trabajo Social. Esta instrucción establece los pilares para la organización definitiva de los Servicios Sociales Penitenciarios y explicita la importancia de que cada Centro Penitenciario cuente con un Departamento de Trabajo Social para atender la demanda interna, y en cada provincia exista, al menos, un Servicio Social localizado fuera del Centro Penitenciario, con la función de atención a la demanda externa⁵⁸⁷.

Sobre los servicios sociales españoles, el artículo 229. 1 del Reglamento Penitenciario determina que éstos asistirán a las personas que ingresen en prisión y elaborarán una ficha social para cada interno, que formará parte de su protocolo personal. El apartado siguiente del dispositivo legal ya mencionado encomienda que los trabajadores sociales que presten servicio en el interior de las prisiones o incluso fuera

⁵⁸⁵ GOULART, Henry, *Penologia I*, May Love, São Paulo, 1975, p. 102.

⁵⁸⁶ BLANCO LOZANO, Carlos y TINOCO PRASTANA, Ángel, *Prisión y resocialización*, ob. cit., p.129.

⁵⁸⁷ SANZ MULAS, Nieves, *La libertad y la asistencia social postpenitenciaria*, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo VI, Derecho penitenciario, Editorial Iustel, Madrid, 2010, p. 253.

del Centro Penitenciario atenderán a las solicitudes formuladas por los internos, liberados condicionales adscritos al Establecimiento y las familias de unos y otros. Los servicios sociales velarán también por mantener la documentación de los internos que estén afiliados a la Seguridad Social y realizarán las gestiones pertinentes para que en los organismos competentes se reconozca el derecho a la asistencia sanitaria gratuita a los internos que reúnan los requisitos requeridos⁵⁸⁸.

Cabe resaltar que con la Orden INT/4067/2005, de 22 de diciembre, se ratificaron las bases reguladoras de concesión de ayudas asistenciales a internos en prisión o liberados condicionales para la realización de cursos de inserción socio-laboral, tratamiento socio-sanitario ambulatorio, gastos en documentación, transporte, salidas programadas, concesión de premios y recompensas para los internos en prisión, en el ámbito de las competencias del Ministerio del Interior⁵⁸⁹.

El Asistente Social, en su misión de amparar a las personas que ingresen o salgan de la prisión, además de constituir un agente mediador entre la Administración Penitenciaria y la red asistencial extrapenitenciaria, posee, según el artículo 301 del Reglamento Penitenciario español de 1981, que subsistente en virtud de la disposición transitoria 3ª del actual RP, las siguientes tareas:

a) Entrevistarse con los internos observados o tratados, con sus familiares y en general con las personas que los conozcan, trasladándose si es necesario al domicilio de los mismos, recogiendo por todos los medios a su alcance la mayor información periférica posible acerca de aquellos;

b) Escribir solicitando datos sobre los internos o familiares o personas de la localidad donde hayan vivido, Centros o Empresas donde hayan permanecido o trabajado, y en general a quienes puedan proporcionar información para el estudio de la personalidad del recluso;

c) Emitir el informe propio de su especialidad y aportarlo a las reuniones del Equipo, así como las que se les solicite la Dirección del Establecimiento;

d) Asistir como Vocales a las reuniones de los Equipos de Observación y de Tratamiento, participando en sus acuerdos y actuaciones;

e) Colaborar en la ejecución de los métodos de tratamiento, en especial por medio de métodos sociales;

⁵⁸⁸ Art. 229.3 del Reglamento Penitenciario español, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 09 de febrero.

⁵⁸⁹ SANZ MULAS, Nieves, *La libertad y la asistencia social postpenitenciaria*, ob. cit., p. 261.

f) Gestionar a los internos del Establecimiento la ayuda que precisen en asuntos propios o referentes a su familia;

g) Recoger toda la documentación obtenida en el desempeño de su función, archivándola y custodiándola en su departamento;

h) Mantener las relaciones profesionales adecuadas con los demás Asistentes Sociales que trabajen en Instituciones Penitenciarias, y sobre todo con la Comisión de Asistencia Social;

i) Cumplir cuantas tareas se les encomienden por el Director o Subdirector-Jefe del Equipo dentro del campo estrictamente profesional.

No se puede olvidar que hay una vinculación ineludible entre asistencia y el tratamiento dispensado al individuo durante su internamiento. Si el tratamiento es un derecho del penado, consiste, al mismo tiempo, en una obligación de la Administración Pública y debe desarrollar en los internos la capacidad de respetar normas mínimas de convivencia. Cabe registrar que ya en 1965, con ocasión del Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en Estocolmo, se concluía que *“el tratamiento dentro y fuera de los establecimientos penitenciarios es un proceso continuo, por lo que debe planearse como un programa ininterrumpido de reeducación y readaptación a la sociedad”*⁵⁹⁰.

La consecuencia lógica es que esta preocupación asistencial y reintegradora prosiga después de la liberación del individuo, incluso porque a veces en los casos de libertad condicional, todavía no ha expirado la pena en su totalidad y el tratamiento forma parte integrante indispensable de ese cumplimiento⁵⁹¹. En el mismo sentido, la legislación penitenciaria en Brasil apunta la necesidad de realizar un trabajo continuo de atención a los procesos de encarcelamiento, intentando minimizar los perjuicios causados por la estancia en la cárcel. Según el artículo 23 de la Ley de Ejecución Penal brasileña incumbe al servicio de asistencia social:

a) conocer los resultados de los diagnósticos y exámenes;

b) relatar, por escrito, al director del establecimiento penitenciario, los problemas y las dificultades enfrentados por el asistido;

c) acompañar el resultado de los permisos de salida o salidas temporales;

⁵⁹⁰ BUENO ARÚS, Francisco, *Naturaleza, contenido y eficacia jurídica de la asistencia social*, Revista Eguzkilore, Número extraordinario, Enero de 1998, pp.195-196.

⁵⁹¹ CAPEZ, Fernando, *Direito Penal, Parte Geral*, ob. cit., pp. 521-522.

d) promover, en el establecimiento, con los medios disponibles, la recreación;

e) promover la orientación del asistido, en la fase final de cumplimiento de la pena, y del liberado, a fin de facilitar su retorno a la libertad;

f) facilitar la obtención de documentos, de los beneficios de la seguridad social y del seguro por accidente de trabajo;

g) orientar y amparar, cuando sea necesario, a la familia del preso, del internado y de la víctima.

Varias de estas tareas de custodia y reinserción ya mencionadas tendrían de ser, en principio, desarrolladas desde las propias instituciones penitenciarias o desde de la red pública correspondiente, pero las actividades desempeñadas por los funcionarios de prisiones se limitan a cumplir funciones burocráticas⁵⁹² o de seguridad y parte de estas responsabilidades queda en manos de asociaciones de la iniciativa social⁵⁹³.

2. ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES Y OTRAS ENTIDADES COLABORADORAS

La mayor amplitud asistencial tiene lugar respecto a los liberados, en situación de libertad condicional o definitiva, por su especial circunstancia de retorno a la sociedad, iniciando, de hecho, su camino hacia la reinserción social. En el proceso de excarcelación, e incluso antes, debido a la demanda de personas encarceladas y la insuficiencia de recursos materiales y humanos para cumplir de forma ideal el proyecto de resocialización del penado a través de la pena de prisión, es imprescindible que la Administración Penitenciaria construya alianzas con organizaciones no gubernamentales locales, asociaciones de ex detenidos y organismos oficiales que realicen visitas a los privados de libertad, manteniendo o restableciendo los lazos con el

⁵⁹² En Argentina, por ejemplo, existe un grave problema presupuestario y orgánico- funcional en el servicio de asistencia al egreso brindado por los patronatos. Según BUJÁN y FERRANDO, “estas instituciones se han transformado en entes administrativos burocráticos que se limitan a registrar la asistencia, administrar parte de los fondos provenientes del peculio de los reos y controlar el cumplimiento de las condiciones de libertad condicional” (BUJÁN, Javier Alejandro y FERRANDO, Víctor Hugo, *La cárcel argentina: Una perspectiva crítica*, Ad- Hoc Editorial, Buenos Aires, 1998, p. 105).

⁵⁹³ RUIZ DE PINEDO, Iñaki, *Programas institucionales e iniciativas de la red asociativa en el ámbito de apoyo social a las personas penadas y sus familias*, en *Servicios Sociales y Cárcel: Alternativas a la actual política punitiva*, Editora Salhaketa, Vitoria-Gasteiz, 2005, p. 175.

mundo exterior, empezando por la convivencia familiar, amigos, comunidad y las actividades laborales⁵⁹⁴.

Con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto a los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en mejores condiciones de vivir de acuerdo con las normas estatales⁵⁹⁵. En este sentido, todas las instituciones y asociaciones públicas y privadas interesadas en colaborar con la asistencia a los reclusos deberán presentar la correspondiente solicitud a la Administración Penitenciaria con su propuesta concreta de intervención penitenciaria, expresando claramente los objetivos, la duración, el colectivo de reclusos objeto de la intervención, la lista de voluntarios en participar, bien como los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de un trabajo efectivo de resocialización y reincorporación del delincuente al cuerpo social⁵⁹⁶.

La Administración Penitenciaria debe fomentar, incluso, la colaboración de las asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los reclusos extranjeros, facilitando la cooperación de las entidades sociales del país de origen del recluso, por medio de las correspondientes Autoridades consulares⁵⁹⁷.

Una vez aprobada la solicitud del programa por los órganos competentes, la institución o asociación que esté ejecutando acciones de asistencia al interno o al liberado deberá elaborar evaluaciones periódicas de los resultados obtenidos con el fin de apoyar un tratamiento más individualizado de los penados y material más consistente a las Juntas de Tratamiento en la concesión de los beneficios penitenciarios⁵⁹⁸.

En el caso español, la Instrucción 4/2007, de 7 de febrero, creada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, reafirma la relevancia de la colaboración entre las instituciones y organismos no gubernamentales, asociaciones públicas y privadas y la estructura penitenciaria oficial, y persigue unificar los criterios de abordaje, homogenizando las intervenciones en los diversos establecimientos penitenciarios, a fin de conseguir la plena reintegración de los internos y liberados. Del

⁵⁹⁴ BENITO DURÁ, Mauricio, *Sistemas Penitenciarios en Iberoamérica*, ob. cit., p. 96.

⁵⁹⁵ Principios básicos para el tratamiento de los reclusos (Principio 10)

⁵⁹⁶ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, Francisco Javier y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Vicente, *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Textos Legales, Colección Jurídica, Editorial MAD, Sevilla, 2008, p. 165.

⁵⁹⁷ MANZANOS BILBAO, César, *Trabajo social y educación social con inmigrantes en países receptores y de origen*, Ediciones Aljibe, Málaga, 2004, pp. 82-83.

⁵⁹⁸ BLANCO LOZANO, Carlos y TINOCO PRASTANA, Ángel, *Prisión y resocialización*, ob. cit., pp.95-96.

mismo modo, esta Instrucción 4/2007, permite la participación de las ONGs en programas de apoyo a la ejecución de medidas alternativas, como el trabajo en beneficio de la comunidad o la reparación y/o compensación del daño, en la aplicación de medidas de seguridad (tanto privativas como no privativas de libertad), y en la suspensión de la ejecución de pena⁵⁹⁹.

Los programas propuestos por la red alternativa de tratamiento del delincuente en el ámbito interno o postpenitenciario contemplan variadas perspectivas de la reeducación y apoyo a los penados a ejemplo de los programas de atención a drogodependientes, prevención del SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, programas educativos de formación y difusión cultural, programas de integración social, con la disposición de pisos de acogida para permisos, libertad condicional y definitiva, asesoramiento personal y jurídico, formación profesional ocupacional y actividades dirigidas a colectivos específicos (grupos étnicos, mujeres, niños y extranjeros)⁶⁰⁰.

En la realidad penitenciaria mundial, y con la organización de la sociedad en nichos políticos e ideológicos, es cada vez más común que organizaciones extraoficiales asuman funciones de amparo y reinserción en el ámbito carcelario. Las asociaciones que con mayor frecuencia acuden a los Centros Penitenciarios pueden ser divididas en tres grandes tipos: de orientación religiosa, de orden terapéutica y de carácter humanitario general. Obviamente esta división no es tajante, siendo perfectamente posible que asociaciones religiosas, por ejemplo, se dediquen a proporcionar terapias grupales al mismo tiempo en que divulgan su doctrina⁶⁰¹.

El primer grupo posee una orientación religiosa y busca transmitir la doctrina y la fe de la confesión que representa. Con la propuesta de un estilo de vida espiritual que ayude a soportar el encarcelamiento, adoptan un código de conducta y comportamiento como solución para los conflictos personales experimentados por los internos. El segundo tipo tiene un perfil terapéutico y trata problemas específicos como la dependencia química o la falta de acogida en el mundo exterior. Para estos casos se alternan técnicas psicológicas, con la utilización de terapia de grupo o individual, conforme la necesidad del caso, y métodos de carácter humanitario, intentando establecer una comunicación abierta con el interno. Por último, existen las prácticas de

⁵⁹⁹ SANZ MULAS, Nieves, *La libertad y la asistencia social postpenitenciaria*, ob. cit., pp. 254-255.

⁶⁰⁰ MIR PUIG, Carlos, *El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2011, pp. 67-68.

⁶⁰¹ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, Francisco Javier y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Vicente, *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, ob. cit., pp. 165-166.

apoyo humanitario general que concentran a grupos muy heterogéneos que pretenden minimizar los efectos disgregadores inevitables en cualquier privación de la libertad del individuo. Así, prestan asistencia material a los internos y sus familiares, así como asesoramiento jurídico en la defensa de sus derechos ante la Administración⁶⁰².

Es saludable que, para un mejor seguimiento, coordinación e impulso de la participación de las ONGs y entidades colaboradoras en el ámbito penitenciario, la Dirección de las Administraciones Penitenciarias estructuren comisiones de seguimiento del Voluntariado en Instituciones Penitenciarias con la función de evaluar posibles grietas en la ejecución de las actividades conjuntas desarrolladas por el Estado y la sociedad civil, y de esta forma pueda proponer medidas que mejoren la colaboración de las ONGs y establezca canales abiertos de información entre todas las entidades implicadas en la tarea de reinsertar a aquel individuo marginado por su delito⁶⁰³.

Es cierto que la creciente presencia de profesionales, contratados o voluntarios, en distintos frentes de colaboración ha mejorado considerablemente la estructura y la calidad de las intervenciones penitenciarias, una vez que se ha pasado a dedicar proporcionalmente más tiempo a cada interno y esta comunicación con tonos más afectivos resulta extremadamente benéfica en un ambiente naturalmente hostil y desocializador⁶⁰⁴. Además, la asistencia dispensada por determinadas organizaciones particulares puede perdurar durante toda la fase de prisión y acompañar el momento de semilibertad, estableciendo los fundamentales puentes con la sociedad⁶⁰⁵.

Las ONGs y asociaciones de familiares y amigos de las personas privadas de libertad han sido, en realidad, las instituciones responsables de canalizar las denuncias sobre las condiciones de detención. A pesar de las constantes quejas sobre el rechazo por parte del personal penitenciario a la participación ciudadana en la reforma del delincuente, estos organismos han representado una contribución valiosa en la lucha

⁶⁰² ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, Francisco Javier y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Vicente, *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, ob. cit., p. 166.

⁶⁰³ ACEVEDO, José Antonio, *Reflexiones acerca del trabajo social en las cárceles*, Espacio Editorial, Argentina, 2003, pp. 46 y ss.

⁶⁰⁴ ELIAS ORTEGA, Ángel, *Logros y carencias de las políticas sociales como alternativa a las políticas criminales: algunos datos*, en *Servicios Sociales y Cárcel: Alternativas a la actual política punitiva*, Editora Salhaketa, Vitoria-Gasteiz, 2005, p. 169.

⁶⁰⁵ GONZÁLEZ BARBERO, María Ángeles, *La intervención social en prisiones, Ejes centrales y metodología*, Por una pastoral de Justicia y Libertad, Actas del VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, realizado en Madrid, de 15 a 17 de septiembre de 2000, *Corintios-Revista de Teología y Pastoral de la Caridad XIII*, nº. 97 y 98, Enero-Junio/2001, p. 72.

contra las vulneraciones de derechos humanos y favorecen un control adicional de los niveles de transparencia y legalidad en las actividades estatales⁶⁰⁶.

No obstante, hay que prestar atención a la inestabilidad de algunos trabajos voluntarios que, por basarse en el altruismo humano, carecen de obligatoriedad y acaban por proporcionar ayudas esporádicas, sin la continuidad necesaria para un proceso eficaz de reinserción social, lo que no raras veces se traduce en frustración para los internos que sienten defraudadas sus expectativas. Basados en la buena fe y la disponibilidad de entes extraños a la estructura técnica del Estado, algunos programas pecan de ausencia de un método definido y de falta de rigor en la realización del trabajo rehabilitador con los penados⁶⁰⁷.

Otra precaución a tener en cuenta es el exceso de protagonismo de algunas organizaciones de asistencia, oficiales o voluntarias, que pueden acabar por interferir en decisiones que no son de su incumbencia, generando conflictos entre los reclusos y los representantes de la Administración Pública. El desconocimiento de la legislación penitenciaria por parte de personas que prestan asistencia en prisiones puede conducir a la transmisión de informaciones equivocadas y dar lugar a un cuadro de desconfianza e inseguridad jurídica para aquellos que todavía no son aptos para la libertad⁶⁰⁸.

La ayuda prestada al individuo que cometió delitos no puede convertirse, como aún suele pretenderse, en una función de simple caridad o beneficencia. No puede ser tampoco objeto de un humanismo ajeno a criterios lógicos. El deber general de cooperación debe ser impulsado por el Estado o entidades mixtas que asistan al liberado sin pasiones, buscando reintegrar y proteger derechos humanos sin olvidar, con todo, límites legales y la especial sujeción a que el penado está sometido⁶⁰⁹.

Sin embargo, el éxito en las políticas de asistencia social penitenciaria y postpenitenciaria depende, principalmente, de una gradual toma de conciencia de la colectividad que, inevitablemente, un día recibirá a los individuos libres de sus deudas con el sistema penal. Aunque los modelos de tratamiento y apoyo socio-económico se

⁶⁰⁶ SALINAS RAMOS, Francisco, *Pastoral Social y Pastoral Penitenciaria: espacios comunes y coordinación*, Por una pastoral de Justicia y Libertad, Actas del VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, realizado en Madrid, de 15 a 17 de septiembre de 2000, Corintios-Revista de Teología y Pastoral de la Caridad XIII, nº. 97 y 98, Enero-Junio/2001, p. 87.

⁶⁰⁷ RUIZ DE PINEDO, Iñaki, *Programas institucionales e iniciativas de la red asociativa en el ámbito de apoyo social a las personas penadas y sus familias*, ob. cit., pp. 176-177.

⁶⁰⁸ ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, Francisco Javier y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Vicente, *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, ob. cit., pp. 166-167.

⁶⁰⁹ BUJÁN, Javier Alejandro y FERRANDO, Víctor Hugo, *La cárcel argentina: Una perspectiva crítica*, ob. cit., p. 105.

realicen dentro de parámetros ideales, si al salir de la prisión el excarcelado fuera sometido a la marginación y el prejuicio de una sociedad cerrada y rencorosa, volverá a delinquir. El apoyo de la comunidad debe continuar cuando el penado vuelve a actuar en su medio libre, persiguiendo así un doble fin: proteger al liberado contra las tentaciones delictuosas y preservar a la sociedad, por medio de la vigilancia y tutela justificadas por los antecedentes del sujeto⁶¹⁰.

3. FACTORES NEGATIVOS EN LA REINSERCIÓN SOCIAL DEL LIBERADO CONDICIONAL

La realidad problemática presentada como regla en los establecimientos penitenciarios de régimen cerrado por sí misma justifica la preocupación constante de la doctrina científica en viabilizar alternativas a la cárcel tradicional o, al menos, desarrollar sistemas de ejecución de la pena privativa de la libertad con características más atenuadas. En la búsqueda de retirar gradualmente el protagonismo a la pena de prisión en los sistemas penales contemporáneos, la propuesta de semilibertad es considerada un instrumento penológico por excelencia, porque permite conciliar las exigencias de cumplimiento de la pena sin olvidar su meta resocializadora, favoreciendo así la disminución de los efectos negativos generados en el individuo a partir del fenómeno inevitable de la encarcelación⁶¹¹.

Aliada a la finalidad de implementar una ejecución de condena lo más próxima posible a las condiciones de vida en libertad, diversos ordenamientos jurídicos atribuyen al trabajo un papel relevante en la consecución del régimen de semilibertad como instrumento que dignifica al ser humano y lo identifica dentro de la comunidad⁶¹². La actividad laboral del penado, dentro o fuera del establecimiento carcelario, además de consistir en una modalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad con la que específicamente se “pone a prueba” al individuo, proporciona un provechoso

⁶¹⁰ SANZ MULAS, Nieves, *La libertad definitiva y la asistencia postpenitenciaria*, Manual de Derecho Penitenciario, Universidad de Salamanca, Colex, Madrid, 2001, p. 408.

⁶¹¹ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *Resocialización y semilibertad*, ob. cit., pp. 66-67.

⁶¹² Art. 48 de la Ley 354/75, Ordenamiento Penitenciario de Italia; Art.132-25 del Código Penal de Francia; Art. 86.1 del Reglamento Penitenciario de España; Art. 36.1 del Código Penal de Brasil; Art. 48 del Código de Ejecución Penal de Perú; Art. 105 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios de Chile; y Art. 148 del Código Penitenciario y Carcelario de Colombia, entre otras.

reintegró ulterior al medio libre, ya sea a través de la libertad condicional, o en su caso, a través de la libertad asistida⁶¹³.

El trabajo es usado conjuntamente con la educación como pilar y herramienta fundamental de que dispone la Administración Penitenciaria para concretar la reintegración del individuo y, por eso, no tendrá carácter aflictivo ni será aplicado como medio de corrección. Se puede afirmar que este carácter del trabajo como medio de perfeccionamiento abarca una doble función utilitaria, una vez que favorece el proceso de reconstrucción de la autoestima del penado y de forma concomitante beneficia al Estado, reduciendo costos y ayudando a mantener el orden y la disciplina durante la ejecución de la pena⁶¹⁴.

De acuerdo con las legislaciones brasileña y española, como parte del tratamiento penitenciario el interno deberá recibir durante su periodo de encierro la formación y capacitación adecuadas para un oficio, arte o profesión que le puedan ser útiles cuando salga de la prisión. Al servicio de Asistencia Social cabe incluso colaborar con el egreso para la obtención de trabajo⁶¹⁵. Sin embargo, son diversos los elementos que dificultan el proceso de reinserción social del liberado, sobre todo en lo que se refiere al aspecto laboral, punto clave para la construcción de una nueva vida lejos de la criminalidad.

Entre los factores que atentan contra la plena vigencia de la institución de la libertad condicional, y en lo que concierne también al trabajo⁶¹⁶, en atención a los fines perseguidos por la penología reintegradora del individuo excarcelado, podemos

⁶¹³ Algunos países, incluso, han reducido el ámbito de la semilibertad al aspecto laboral, como ocurre en Argentina. A diferencia de legislaciones extranjeras que también incluyen en la semilibertad los aspectos familiares, sociales y educativos, la normativa penitenciaria argentina, los comprende dentro del régimen de salidas transitorias recogido en el art. 16 LEP (VÁSQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tomo I, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 07).

⁶¹⁴ MARCO DEL PONT, Luis, *Penología y Sistemas Carcelarios*, Depalma, Buenos Aires, p. 226.

⁶¹⁵ Art. 27 de la Ley 7.210/1984, de 11 de Julio (Ley de Ejecución Penal brasileña).

⁶¹⁶ Expresaba Juan Carlos García Basalo "Se pueden distinguir cuatro periodos históricos del trabajo penitenciario a saber: 1) El trabajo como pena; 2) El trabajo como parte integrante de esa pena; 3) El trabajo como medio de promover adaptación social y 4) El trabajo considerado como parte del trabajo en general. La primera acepción del trabajo equivalente a la pena, es la más antigua e inhumana forma de trabajo penitenciario. Eran tareas rudas, pesadas y penosas, sin retribución ni compensación ninguna. El segundo caso constituye en sí una agravación dolorosa o mortificante de la ejecución penal. Pena es trabajo forzado y privación de libertad. En tanto el trabajo como tratamiento resocializante no es considerado como parte de la pena sino como herramienta del tratamiento y parte del proceso de reforma y readaptación del interno. Por último la consideración del trabajo carcelario como parte del trabajo en general de la vida libre, es una mera aspiración del humanitarismo penal que pretende igualar las condiciones del ejercicio del trabajo en la cárcel y en la sociedad" (BASALO GARCÍA, Juan Carlos, *La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional incluida la remuneración de los reclusos*, Conferencia proferida en el Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado desde 08 a 20 de Agosto de 1960, pp. 04-07).

mencionar de manera general la deficiente formación laboral ofrecida en los establecimientos penales, la excesiva burocratización administrativa y la estigmatización sufrida por el excarcelado⁶¹⁷. Pasamos a continuación a analizar de forma más detenida cada uno de los puntos mencionados:

3.1 DEFICIENTE FORMACIÓN LABORAL EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENALES

Un primer problema a ser mencionado es la insuficiencia de puestos de trabajo en relación a la cantidad de internos alojados en los centros penitenciarios y la falta de algún sistema de rotación que permita la capacitación y el perfeccionamiento laboral de un número más significativo de penados. En la mayor parte de los establecimientos penales los talleres de formación profesional no se encuentran en pleno funcionamiento, principalmente debido a la carencia de recursos materiales y humanos. Además, la organización penitencia del trabajo, salvo raras excepciones, es rudimentaria y falta de un modelo de producción integradora⁶¹⁸.

En el campo práctico, el trabajo penitenciario acaba por ejercer una función extraoficial de recompensa que otorgan las administraciones de prisiones de acuerdo con la buena conducta y la disciplina del interno y la amenaza de su pérdida es experimentada como un castigo adicional, lo que en nada atiende a los principios de tratamiento que pretendidamente se le asignan. El modelo actual de trabajo penitenciario no está orientado a proporcionar condiciones de readaptación, sino a recrear un patrón de control interno del establecimiento basado en premios y castigos que desvirtúa las funciones manifiestas de la ejecución penal⁶¹⁹.

En una realidad global castigada por constantes crisis sociales y económicas, las cárceles no dejan de ser un reflejo de la falta de oportunidades reales

⁶¹⁷ KUHN, Christian, *Los derechos humanos en los sistemas penitenciarios de Europa*, ob. cit., p. 393.

⁶¹⁸ Según MARCO DEL PONT, “Fuera la falta de trabajo suficiente para todos los reclusos, de los escasos recursos para comprar materias primas, nuevas maquinarias y reacondicionar las antiguas que actualmente existen en uso, hay un problema primordial, cual es el del ocio improductivo que crea la falta de todos estos elementos” (MARCO DEL PONT, Luis, *Penología y Sistemas Carcelarios*, ob. cit., p. 239).

⁶¹⁹ El artículo 28 de la Ley de Ejecución Penal determina que el trabajo del condenado, como deber social y condición de dignidad humana, tendrá finalidad educativa y productiva. De forma semejante, en la Ley General Penitencia española, el artículo 26 asevera que “el trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento”. De acuerdo con el modelo normativo argentino el trabajo penitenciario es obligatorio para los penados y facultativo para los procesados, pretendidamente moralizante y reeducativo (BUJÁN, Javier Alejandro y FERRANDO, Víctor Hugo, *La cárcel argentina: Una perspectiva crítica*, ob. cit., pp. 92-93).

para determinadas clases reiteradamente marginadas de la población de un país. Lo contradictorio es que, precisamente, esta capacitación profesional del penado, conforme a sus habilidades y expectativas laborales, es la que permitirá al excarcelado proveer de forma lícita la subsistencia de su familia, así como recobrar el respeto de terceros y de sí mismo, completando el proceso de resocialización aspirado por el Estado⁶²⁰.

En el nuevo panorama trazado a partir de la excarcelación se definen con urgencia las necesidades básicas del liberado y, evidentemente, la obtención de recursos e ingresos ocupa el primer lugar en este rol. El reto más inmediato consiste en acceder al mercado laboral, a la vivienda y a la posibilidad de construir una nueva red familiar y social. La falta de atención del Estado a la preparación adecuada para la salida de la prisión implica que muchos de los penados se sientan desorientados y vulnerables para afrontar los nuevos desafíos propios del mundo libre⁶²¹.

La relación entre delito y precariedad económica es bastante clara tanto entre hombres como mujeres y se constata que la situación económica generalmente empeora con el encarcelamiento. Por tanto, el hecho de disponer o tener posibilidades de obtener recursos económicos mínimos que garanticen la subsistencia del individuo en el momento de la liberación condicional o definitiva es un elemento clave para un retorno social exitoso⁶²².

En la lucha contra la reincidencia, el trabajo representa definitivamente una de las herramientas cruciales para una reinserción social cierta y duradera de los excarcelados. La desocupación, al revés, representa uno de los mayores obstáculos para una mejor operatividad del tratamiento y reintegración de los condenados. Cuando se aspira a funcionar como un verdadero Estado de Derecho respetuoso de los derechos del ser humano, la problemática carcelaria tendrá, necesariamente, que ser prioridad y la Administración Penitenciaria debe ocuparse de forma incansable y articulada con otras entidades públicas para proporcionar de su parte oportunidades al ex recluso de no volver a delinquir⁶²³.

⁶²⁰ BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El marco constitucional del trabajo penitenciario*, Editorial Nomos, Fundación Bancaja, Valencia, 2002, pp. 122 y ss.

⁶²¹ CRUELLES, Marta; IGAREDA, Noelia y TORRENTS, Miriam, *Trayectorias de las personas presas a la salida de prisión*, en *Servicios Sociales y Cárcel: Alternativas a la actual política punitiva*, Editora Salhaketa, Vitoria-Gasteiz, 2005, pp. 195-196.

⁶²² SURT MIP; *Mujeres, Integración y Prisión*, Proyecto financiado por la CE bajo el V Programa Marco de I+ D, 2002-2005, ver página www.surt.org/mip, acceso en 31 de mayo de 2012.

⁶²³ BLANCO LOZANO, Carlos y TINOCO PASTRANA, Ángel, *Prisión y Resocialización*, ob. cit., p. 99.

En este sentido, una alternativa viable, y ya prevista en algunas legislaciones penitenciarias como es el caso de la brasileña, es la utilización del trabajo de penados en obras públicas, imponiendo a la empresa beneficiaria la obligación de contar con un determinado porcentaje de penados dentro de su plantilla. Según el artículo 36 de la Ley de Ejecución Penal de Brasil, el trabajo externo será admisible para los presos en régimen cerrado solamente en servicio u obras públicas realizadas por órganos de la Administración directa o indirecta o, excepcionalmente, entidades privadas, siempre que el preso exprese su consentimiento y sean tomadas las medidas necesarias contra la fuga y a favor de la disciplina. Por una cuestión de seguridad, el límite máximo de presos será del 10% del total de empleados en la obra⁶²⁴.

Por medio de incentivos fiscales, el Estado podrá también conceder a empresas privadas espacios de la unidad penal para la instalación y el funcionamiento de extensiones de su actividad económica. El trabajo tendrá entonces un carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales y capacitará internos para actividades técnicas específicas con la condición de continuar la relación laboral en su sede de producción localizada en el medio libre en el momento del acceso a la semilibertad⁶²⁵.

El establecimiento penitenciario puede prever asimismo, por medio de la Sección de Trabajo Social, la sistematización de un registro de empleadores interesados en firmar contratos de trabajo, temporales o por tiempo indeterminado, con los penados, medida esa que representará un provechoso servicio para los internos que vayan a pedir pronto su libertad condicional o definitiva y que no cuenten con personas conocidas en el radio geográfico de su lugar de detención⁶²⁶.

Cabe resaltar que según las Reglas Mínimas para Tratamiento de Reclusos el trabajo del penado deberá ser remunerado de una manera equitativa (Regla 76. 1), imposibilitando así la utilización de la mano de obra carcelaria en régimen de trabajo esclavo. La remuneración podrá ser utilizada por el penado, al menos en parte, para adquirir objetos destinados a su uso personal y enviar otra parte a su familia, y el reglamento de cada ordenamiento jurídico deberá igualmente prever que la administración reserve una parte de la remuneración a fin de constituir un fondo que

⁶²⁴ MARCÃO, Renato, *Curso de Execução Penal*, ob. cit., p. 62 (La traducción de este dispositivo legal fue realizado por autora de esta investigación).

⁶²⁵ ARANDA CARBONEL, María José, *Contenido del Tratamiento Penitenciario, Reeducación y Reinserción social, Tratamiento Penitenciario, Análisis técnico y aproximación práctica*, Ministerio del Interior, Madrid, 2006, ob. cit., p. 124.

⁶²⁶ GUILAMONDEGUI, Luis Raúl, *Resocialización y Semilibertad*, ob. cit., p. 283.

será entregado al recluso al ser puesto en libertad. En conformidad con las directrices básicas de derechos humanos, las legislaciones brasileña y española determinan que el trabajo directamente productivo realizado por el penado será siempre remunerado, garantizándose a éste los beneficios regulares de la Seguridad Social⁶²⁷.

3.2 BUROCRATIZACIÓN ADMINISTRATIVA

El camino a libertad puede consumir un largo periodo de tiempo si los trámites para la excarcelación se revisten de una formalidad exagerada. Muchas veces la tardía liberación de un penado y, consecuentemente, la pérdida de días de libertad garantizada por las normas penales y penitenciarias, pueden ser atribuidas a agentes carcelarios y judiciales que olvidan su función de instancia socializadora y de ayuda en los procesos de rehabilitación de personas⁶²⁸.

Los problemas burocráticos más frecuentes suelen aparecer en la fase de análisis del presupuesto de la adecuada ocupación, exactamente donde la Administración Pública, como un todo, peca continuamente y, vulnerando sus propias reglas, no cumple con el deber de proporcionar actividades laborales a los internos o aquellos que serán puestos a prueba en la ejecución de la pena a través de la libertad condicional. Los obstáculos con el papeleo aparecen por ejemplo cuando el empleador no se presenta o no aparece a tiempo de detallar el ámbito laboral ofrecido y en algunos casos sucede que la Administración rechaza la solicitud de liberación antes incluso de que llegue a la consideración del órgano jurisdiccional, responsable de evaluar los requisitos objetivos y subjetivos de cada individuo y, concedido el beneficio penitenciario, orientar al interno, al empleador y a los funcionarios penitenciarios sobre el alcance de los presupuestos legales, a fin de procurar su pronta judicialización y oportuna resolución⁶²⁹.

Otra traba en la liberación de penados deriva de los informes procedentes de otros entes administrativos (División de Antecedentes Personales de las fuerzas policiales y Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal) y judiciales. La falta de interés por el penado y su tiempo de prisión se manifiesta desde la petición de

⁶²⁷ Vide art. 39 del Código penal brasileño; art. 26.f y 27.2 de la Ley Orgánica 01/1979, de 26 de septiembre (Ley General Penitenciaria Española).

⁶²⁸ KAUFMANN, Hilde, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 55.

⁶²⁹ KENT, Jorge, *La resocialización de los penados, Un desafío en el nuevo milenio*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 24-25.

informes al órgano competente hasta la demora en contestar las vistas fiscales. Estos factores añadidos a la saturación laboral y los efectos indirectos de la prisión soportados por los funcionarios penitenciarios, terminan por reforzar el concepto casi inconsciente en el cuerpo social del penado como un sujeto de derechos de segunda categoría, conforme alerta RIVERA BEIRAS⁶³⁰.

3.3 ESTIGMATIZACIÓN SOCIAL

La gravedad de los efectos negativos de la estancia en prisión depende de manera proporcional de la cantidad de tiempo de encarcelamiento. La incisiva sensación de alienación social que el individuo experimenta al salir del establecimiento penitenciario define en gran medida muchos de estos efectos nocivos. Una de las principales manifestaciones de desocialización es una fuerte percepción subjetiva del estigma y una falta de identificación con los vínculos exteriores antes valorizados⁶³¹.

El miedo y la inseguridad suelen estar muy presentes y la conciencia del estigma que comporta el hecho de haber estado cumpliendo una condena condiciona la interacción del excarcelado con otras personas, e incluso cuando nadie sabe de su paso por prisión, existe la impresión de que algo en su actitud puede revelarlo. En este momento se evidencia el peso de la pena privativa de libertad y los profundos cambios que puede causar en el ser humano⁶³².

A este cuadro de pérdidas, se puede añadir la extrema desvinculación de la sociedad en lo que se refiere a la resocialización de los delincuentes y lo que ocurre dentro de las prisiones, por entender que esta misión es exclusivamente del Estado. Sobre esta posición de indiferencia colectiva, CARNELUTTI⁶³³ afirma que “...la pena... no termina nunca. Quien ha pecado está perdido. Cristo perdona, pero los hombres no...”. Dentro de esta concepción, muchas veces compartida por el delincuente, nos cabe a nosotros intensificar los debates sobre el tema y conseguir que

⁶³⁰ RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, La construcción de un ciudadano de segunda categoría*, Bosch, Barcelona, 1997.

⁶³¹ CRUELLES, Marta; IGAREDA, Noelia y TORRENTS, Miriam, *Trayectorias de las personas presas a la salida de prisión*, en *Servicios Sociales y Cárcel: Alternativas a la actual política punitiva*, ob. cit., p. 200.

⁶³² Luis Raúl Guillamondegui ilustra la situación de punitivismo social con el caso de un grupo de vecinos en Argentina que se opusieron a un proyecto gubernamental, requerido por la autoridad jurisdiccional, tendiente a acondicionar un edificio dentro de su barrio de residencia destinado a albergar penados incorporados al régimen de semilibertad, atendiendo a las prescripciones legales pertinentes. (GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *Resocialización y semilibertad*, ob. cit., p. 285.).

⁶³³ CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Ejea, Buenos Aires, 1959, p.97.

la comunidad perciba que el problema penitenciario no es patrimonio exclusivo de sus ocasionales moradores ni de los responsables de su custodia y rehabilitación, sino de toda la sociedad en su conjunto⁶³⁴.

La seguridad ciudadana tan procurada en los tiempos de histeria en que vivimos hoy mejorará en la medida en que también se fortalezca el desarrollo de la operatividad de los institutos de egresos anticipados, aumente la preocupación de los diferentes especialistas de los ámbitos penitenciario y judicial por los resultados de sus decisiones, y el Estado se abra también a las distintas organizaciones no gubernamentales comprometidas con la temática, trabajando de forma conjunta y responsable en pro de perfeccionar el sistema de ejecución penal y la protección de la colectividad⁶³⁵.

Por ello, creemos relevante mencionar las palabras del Presidente Nelson Mandela, en el discurso pronunciado el año de 1995, en la ciudad de Barcelona, sobre el tratamiento dispensado a los reclusos: *“Suele decirse que nadie conoce realmente como es una nación hasta haber estado en una de sus cárceles. Una nación no debe ser juzgada por el modo en que se trata a sus ciudadanos de más alto rango, sino por la manera en la que trata a los de más bajo”*⁶³⁶.

⁶³⁴ KENT, Jorge, *La resocialización de los penados, Un desafío en el nuevo milenio*, ob. cit., p.25.

⁶³⁵ GARCÍA AYA, Merche, *Preparación a la libertad*, Por una pastoral de Justicia y Libertad, Actas del VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, realizado en Madrid, de 15 a 17 de septiembre de 2000, Corintios-Revista de Teología y Pastoral de la Caridad XIII, nº 97 y 98, enero-junio de 2001, p. 159.

⁶³⁶ BENITO DURÁ, Mauricio, *Sistemas Penitenciarios y Penas Alternativas en Iberoamérica*, ob. cit., p.07.

CAPÍTULO VIII

CONTROL ELECTRÓNICO Y REINSERCIÓN SOCIAL

1. LA SITUACIÓN ACTUAL: RESOCIALIZAR ENTRE REJAS

A pesar del desmedido incremento de la prevención general intimidatoria y del aumento significativo de control y exasperación de las penas en varios países considerados democráticos⁶³⁷ la población reclusa sigue creciendo a ritmo preocupante. Como señalamos anteriormente, estas medidas destinadas a la inocuización del delincuente peligroso ni se justifican político-criminalmente ni se traducen siempre en una disminución de la delincuencia.⁶³⁸

De otro lado, más allá del ideal resocializador y del optimismo expresado en las declaraciones supraconstitucionales y las legislaciones internas de diversos países, no podemos olvidar el pendiente debate acerca de si la prisión y el medio carcelario son los recursos estatales indicados para alcanzar la finalidad rehabilitadora que se propone la pena⁶³⁹. A respecto de esto, hace tiempo ya innumerables autores presentaron sus ideas sobre la imposibilidad de “educar para la libertad en condiciones de encierro”⁶⁴⁰, registrando su postura sobre las posibilidades reales del régimen y tratamiento penitenciarios como instrumentos de resocialización⁶⁴¹.

Actualmente es incontestable el fracaso de la idea tradicional de la prisión y de las formas inadecuadas utilizadas por el Estado para aplicarla dentro de una

⁶³⁷ Según SANZ MULAS, “La pena inmersa en un modelo de Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, sólo puede estar justificada en cuanto medio de prevención de futuros delitos, y siempre limitada por la exigencia de proporcionalidad entre delito y pena derivada del respeto a la dignidad humana” (SANZ MULAS, Nieves, *La pena privativa de libertad y sus alternativas*, ob. cit., pp. 13-14).

⁶³⁸ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel y PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, Fundación Konrad- Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, p. 1071.

⁶³⁹ KENT, Jorge, *La resocialización de los penados, Un desafío en el nuevo milenio*, ob. cit., p. 39.

⁶⁴⁰ Para Ferrajoli, el tratamiento penitenciario es una institución profundamente esquizofrénica y sostiene que aunque la pena mantenga una finalidad pedagógica junto a la finalidad retributiva, la jurisdicción penal, en su conjunto, y la jurisdicción de vigilancia en particular, todos los integrantes de la jurisdicción penal están atrapados por esa esquizofrenia (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 410). En el mismo sentido, DOÑATE MARTÍN, Antonio, *Jurisdicción de Vigilancia penitenciaria: Naturaleza, órganos y competencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º. 33, pp. 11 y ss.

⁶⁴¹ Entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *La supuesta función resocializadora de Derecho Penal*, ob. cit., 1979, pp. 645-700; MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., pp. 126-130; BUJÁN, Javier Alejandro y FERRANDO, Víctor Hugo, *La cárcel argentina, Una perspectiva crítica*, ob. cit., p. 54 y ss.

orientación resocializadora⁶⁴². Es cierto que el confinamiento forzoso y prolongado provoca efectos ruinosos en la personalidad del condenado⁶⁴³ como la separación de la familia, amigos y trabajo⁶⁴⁴. Estudios estadísticos ya confirmaron que el

⁶⁴² Según RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, “el gran cáncer que ha debilitado la idea de la cárcel tradicional no ha sido la dureza, sino el desengaño por su falta de efectividad a la hora de abordar la idea de rehabilitación” (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental*, Revista del Poder Judicial, nº. 79, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 129-130). Vide también SALILLAS, Rafael, *La vida penal en España*, Analecta Editorial, Madrid, 1999, pp. 383-384. El autor afirma: “La cárcel formada por una necesidad social se ha desenvuelto en el abandono, y siendo buena en el principio, la hicieron mala sus guardianes y sus huéspedes. La maldad de la cárcel tuvo su comienzo en la lentitud, incuria y abusos del régimen procesal (...), y en las atribuciones abusivas a los Alcaldes, sin contar la mala condición de los edificios”. También GARCÍA VALDÉS (GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Estudios de Derecho penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 87), afirma que la gran contradicción surge cuando razonamos si resulta útil preparar para la libertad al hombre en un ambiente hermético, opresor y agresivo, aún así se mantienen los establecimientos cerrados... la presente regulación se encuentra destinada al fracaso porque las premisas sobre las que se sustenta vician toda la obra posterior. Del mismo modo FOUCAULT (FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir*, ob. cit., p. 269) sostiene que “las prisiones no disminuyen la tasa de criminalidad y se pueden extender, aumentar o multiplicar y la cantidad de crímenes y criminales se mantiene estable y lo que es peor aumenta”. A su vez, BACIGALUPO ZAPATER (“*Alternativas a la pena privativa de libertad en Derecho Penal Europeo actual*, Revista del Poder Judicial 2ª/3ª Época, Núm. 43-44, Madrid, 1996. (II), p. 119) se acuerda del viejo axioma de Liszt cuando en pleno Siglo XIX afirmaba que *el sistema de la pena privativa de libertad en nuestra legislación imperial es la gran mentira oficial*. En su artículo “*Derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad. Un análisis del deber ser*”, RODRÍGUEZ SAÉZ se muestra favorable a la abolición de la cárcel, pues la concibe como una entidad administradora de sufrimiento entre los reclusos, y que, en consecuencia, debería desaparecer (en RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Cárcel y Derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los derechos humanos de los reclusos*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994, p. 195) BERISTAÍN IPIÑA, A., asevera que “quienes trabajamos o colaboramos con instituciones penitenciarias aunque no estemos en su nómina, tenemos la conciencia intranquila pues la estructura carcelaria, en sí misma, con o sin nuestro asentimiento, no protege suficientemente al privado de libertad” (“*El papel de la(s) víctima(s) en la ejecución penal*”(I Congreso Europeo de Derecho penitenciario, X Jornadas penitenciarias de Andalucía, Tomo II, Jaén, 2002, p. 189). En este sentido, LANDROVE DÍAZ manifiesta su abierto descontentamiento hacia la realidad carcelaria, entendiendo que hoy en día se puede hablar de victimización carcelaria (*La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 161 y ss.) Finalmente, RÍOS MARTÍN manifiesta que: “Las cárceles están diseñadas de tal modo que «es imposible cualquier labor educativa», se organizan para que la persona interiorice determinadas formas de conducta especialmente polarizadas” (RÍOS MARTÍN, Juan Carlos, *Manual de Ejecución Penitenciaria: Defenderse de la Cárcel*, 6ª ed., Colex, Madrid, 2006, p. 89). En contra de este posicionamiento está BARQUÍN SANZ, J. que escribe: “Contra las posturas críticas, aparentemente mayoritarias entre penalistas y criminólogos, que abogan por un Derecho penal en el que la privación de libertad no sea la sanción de referencia... nuestra postura es la radical defensa de la preeminencia de la sanción de privación de libertad entre las sanciones penales” (“*Alternativas a las penas privativas de libertad : algunas quiebras del principio de legalidad en la regulación de los sustitutivos penales*”, I Congreso Europeo de Derecho penitenciario, X Jornadas penitenciarias de Andalucía, Tomo II, Jaén, 2002, p. 114).

⁶⁴³ En España, por ejemplo, la mortalidad penitenciaria crece a un ritmo preocupante. Según los datos de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, de Enero de 2000 a Noviembre de 2005, 806 reclusos han muerto bajo custodia de las instituciones carcelarias. Después de las muertes naturales, los suicidios se han convertido ya en la primera causa de defunción en los centros, por encima de las peleas o las sobredosis de droga. El número de internos que se ha suicidado se ha multiplicado por dos, mientras que la población penitenciaria ha crecido apenas un 25% (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Nuevas penas: Comparación de los resultados de la vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión en los países de nuestro entorno*, Revista de Derecho y Proceso Penal, n. 15, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 138).

⁶⁴⁴ GAINNEY, Randy R. y PAYNE, Brian K., *Changing attitudes toward house arrest with electronic monitoring: The impact of a single presentation?*, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, nº. 2, Vol. 47, 2003, pp. 196-209.

comportamiento de los penados encarcelados se vuelve más agresivo y antisocial, actuando como un factor criminógeno, que acaba por obtener el efecto contrario al esperado de una institución destinada a rehabilitar personas⁶⁴⁵.

Resulta paradójico compatibilizar la idea de castigo y reclusión con la colaboración voluntaria del interno en un tratamiento para la vida en libertad⁶⁴⁶. Retiramos a un individuo de la convivencia social para corregirlo, sin embargo al someterlo a una institución cerrada e impregnada de animosidad e influencias negativas, difícilmente se podrán alcanzar resultados positivos con el tratamiento. En estos casos la mejor medicina para el interno debería ser la propia sociedad⁶⁴⁷. El hecho de prescindir del contacto con otras personas, sumado a la situación de desamparo de los que se encuentran en prisión produce consecuencias extremadamente degradantes en los internados. Tal como denuncia CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁶⁴⁸, los establecimientos cerrados generan un ambiente propicio a la formación de unos seres alienados y resentidos, inadaptados a la sociedad cuando son liberados y con la salud física y mental gravemente perjudicadas por la realidad impuesta en la cárcel. En este sentido, cabe recordar las palabras del más célebre penitenciario español, el coronel Montesinos, que en pleno siglo XIX aseveró que:

Perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable; todo lo que tienda a destruir o entorpecer su sociabilidad, impedirá su mejoramiento. Por esto las penas, lejos de atacar su sociabilidad deben favorecer este principio, fomentando su acrecentamiento. El objeto de los castigos no es la expiación del crimen sino la enmienda, porque el oficio de la justicia no es vengar sino corregir⁶⁴⁹.

Para TAMARIT SUMALLA⁶⁵⁰, como institución total, la prisión termina por imponer su propia lógica, según la cual el individuo tendrá que adaptarse durante el tiempo que ejecute su pena. La sumisión necesaria para mantener el buen orden en un

⁶⁴⁵ CAMP, Scott D. y GAES, Gerald G., *Criminogenic Effects of the Prison Environment on Inmate Behaviour: Some Experiential Evidence*, Crime & Delinquency, nº. 3, Vol. V, Julio, 1995, p. 437.

⁶⁴⁶ Para GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMBER, "dar de palos para enseñar a respetar y ser pacíficos es una necesidad. Enseñar a ser libre privando de libertad es una contradicción insalvable" (GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMBER, Esther, *La nueva Ley de Justicia Juvenil en España: Un reto para el año de 2000*, en Coord. por la autora Legislación de Menores en el Siglo XXI: Análisis del Derecho Comparado, Estudios de Derecho Judicial, nº. 18, Madrid, 1999, p. 153).

⁶⁴⁷ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Cárcel electrónica: De la cárcel física a la cárcel mental*, ob. cit., p. 130.

⁶⁴⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Contestaciones de derecho penal al programa de judicatura, Parte especial, Temas 27 a 60*, Colex, Madrid, 1998, p.597.

⁶⁴⁹ MONTESINOS Y MOLINA, Manuel, *Bases en las que se apoya mi sistema penal*, Reproducido por la REP nº. 159(Homenaje al Coronel Montesinos), octubre-diciembre, 1062, p. 290.

⁶⁵⁰ TAMARIT SUMALLA, José María, *Curso de Derecho Penitenciario*, ob. cit., p. 33.

establecimiento penitenciario, no raras veces, se dará de bruces con las exigencias de libertad y autorresponsabilidad del mundo exterior que está por venir.

Más allá de los efectos desocializadores de la cárcel, la reclusión implica un proceso inevitable de estigmatización del delincuente frente a la sociedad. Estudios realizados con delincuentes drogadictos certifican que el encierro tiende a estigmatizar y ello hace restringir drásticamente las posibilidades de resocialización, sobre todo cuando los penados pertenecen originariamente a las clases económicamente más pobres de la población los índices de recuperación son aún más bajos⁶⁵¹.

En este proceso, es imprescindible romper con la creencia de que internamiento es siempre sinónimo de tratamiento. Sin embargo, no ha llegado todavía el momento en que se pueda relegar totalmente la pena privativa de libertad. La pretensión de resocializar a un individuo apartado de la comunidad parecer ser una postura incoherente. No obstante, excarcelar al delincuente sin un mínimo de garantías de seguridad para los demás es una medida irresponsable. Por ahora, es imposible prescindir de la cárcel como centro de reclusión, porque se hace necesario mantener establecimientos destinados a criminales que han ocasionado serios daños sociales. El encierro sí está justificado en los primeros estadios de clasificación del interno, dentro de la estructura de regímenes penitenciarios⁶⁵².

No es recomendable la excarcelación inmediata de delincuentes que hayan cometido delitos graves o de los que a pesar de que ya cumplieron largos periodos en prisión continúan presentando conductas inadecuadas para la vida en libertad. Parece innegable que antes de excarcelar a un individuo, aunque sea gradualmente, el condenado debe haber observado un comportamiento mínimamente ciudadano, dentro de las reglas más básicas de convivencia⁶⁵³.

Así, dependiendo de la gravedad del delito y de los progresos demostrados por los internos deberá existir un periodo más o menos largo de apartamiento social, sin olvidar, sin embargo, que toda la programación penitenciaria necesita estar comprometida y orientada a reintegrar al liberado en la comunidad. Ante los

⁶⁵¹ FISCHER, Dennis G., REYNOLDS, Grace L., WOOD, Michele M., JOHNSON Mark L., *Reliability of arrest and Incarceration, Questions on the risk behaviour assessment, Crime & Delinquency*, nº. 01, Vol. 50, Enero de 2004, pp. 24-25.

⁶⁵² RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *La cárcel de Lelystad: otro modelo de cárcel electrónica*, Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XVI, nº. 706, 01 de Junio de 2006, p. 04.

⁶⁵³ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Vigilancia electrónica, criminalidad y sociedad de riesgos: la difícil compatibilización del proyecto de nueva ley francesa antiterrorista y los derechos fundamentales individuales*, Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XVI, nº. 698, 09 de Febrero de 2006, p. 13.

descubrimientos sobre los efectos desocializadores de la cárcel y los cambios sustanciales de los nuevos tiempos, se persiguen opciones viables y convincentes para la paulatina minimización del uso de la pena de prisión⁶⁵⁴.

En la búsqueda de elaborar un elenco de alternativas al encierro como sanción penal ha empezado hace tiempo, tanto en la doctrina como en la legislación comparada, la defensa de un proceso gradual de paso de la prisión cerrada a la prisión abierta⁶⁵⁵. Según VEGA ALOCÉN⁶⁵⁶ este proceso aperturista tiene su reflejo en una cadena de instituciones jurídicas progresistas, que permiten al penado recuperar la libertad antes del cumplimiento integral de la pena privativa de libertad, cuando se observan determinados requisitos legales. Son ejemplos de esta tendencia los permisos de salida ordinarios y el adelantamiento de la libertad condicional.

En este sentido, los regímenes penitenciarios adoptados en las legislaciones de Brasil y España son estructurados en cuatro etapas de modo que la cárcel, propiamente dicha, pueda restringirse apenas a los delincuentes más peligrosos que, por la gravedad de sus crímenes, necesitan una reacción más enérgica por parte del Derecho penal.

En la primera etapa, dentro de un régimen cerrado se establece un periodo de observación, consistente en un estudio interdisciplinario preliminar del individuo, a fin de formular el programa de tratamiento a aplicar, así como el tipo de centro penitenciario donde deberá alojarse. Dentro de la segunda etapa, se confirma el periodo de tratamiento, durante el que se intentará fortalecer en el interno el principio del autogobierno y el respeto a las normas necesarias para una saludable convivencia social. A medida en que el condenado va cumpliendo parte de su condena y demuestra una buena conducta, experimentará una progresión de régimen, pasando a establecimientos de menor rigor en la ejecución de la pena. El período de prueba, tercera etapa de este sistema escalonado, representa para el condenado la incorporación a un establecimiento abierto con la posibilidad real de acceder a salidas temporales y el acceso al régimen de semilibertad. Finalmente, el periodo de la libertad condicional concede al condenado la

⁶⁵⁴ SANZ MULAS, Nieves, *La pena privativa de libertad y sus alternativas*, ob. cit., p. 18.

⁶⁵⁵ LEGANÉS GOMÉZ, Santiago, *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 105.

⁶⁵⁶ VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, Editorial Comares, Granada, 2010, p. XVIII (Presentación).

posibilidad de la anticipación de libertad, siempre que cumpla determinadas condiciones hasta el cumplimiento definitivo de su pena⁶⁵⁷.

La clasificación en el tercer grado implica la aplicación del régimen abierto, que representa la semilibertad. El régimen abierto se ha aplicado tradicionalmente a las prisiones abiertas, es decir, que no presentan obstáculos físicos a la fuga del penado tal como muros, rejas o vigilancia exterior. En este régimen las instituciones se guían de acuerdo con el principio de la autorresponsabilidad de los internos. En la práctica, supone vivir en libertad durante el día y dormir en la prisión por las noches. Las actividades, horarios y medidas de disciplina son aceptados voluntariamente por el interno que podrá moverse sin vigilancia en las entradas y salidas al trabajo, disfrutando de una rutina más próxima a la vida en libertad⁶⁵⁸.

La inclusión del condenado en el período de prueba del régimen progresivo penitenciario admite un análisis más minucioso de los resultados buscados en el periodo de tratamiento⁶⁵⁹, y conlleva una modificación significativa en la modalidad de la ejecución de su pena privativa de libertad, lo que se traduce en una considerable atenuación de la coerción propia del encierro, continuando la progresividad en condiciones de menor control y mayor comunicación con el mundo exterior con la intención de minimizar los efectos dañinos de la encarcelación, consecuencia directa de la subcultura carcelaria y de las condiciones de vida institucional en la personalidad de los penados⁶⁶⁰.

Se puede definir la semilibertad como el instrumento penológico por excelencia, tendente a promover la reinserción del condenado, o, al menos, de manera más realista⁶⁶¹, como una propuesta que permite conciliar las exigencias del

⁶⁵⁷ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *Resocialización y Semilibertad, Análisis legal, jurisprudencial y criminológico*, ob. cit., p.03

⁶⁵⁸ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y FERNANDÉZ GARCÍA, Julio, *Los Establecimientos Penitenciarios*, en Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal, Tomo VI, Derecho Penitenciario, Iustel, Madrid, 2010, p. 100.

⁶⁵⁹ El objetivo del tratamiento es que cuando el interno sea finalmente incorporado al régimen de semilibertad haya fortalecido su autoestima a través de las técnicas terapéuticas-asistenciales desarrolladas en el tratamiento y sea también capaz de reflexionar sobre su pasado delictivo, y esté dispuesto a cambiar de comportamiento, y no delinquir más. (HADDAD, Jorge, *Derecho Penitenciario*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pp. 301-304 y 314-315).

⁶⁶⁰ En lo que respecta a los factores de incidencia e investigaciones realizadas, KAUFMANN, Hilde, *Ejecución penal y terapia social*, Trad. Juan Bustos Ramírez, Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 119-129.

⁶⁶¹ Por desgracia, es innegable que los fondos penitenciarios son destinados en gran parte a la satisfacción de necesidades en el ámbito de seguridad. Así, restan pocos recursos para la inversión debida en programas de reeducación. Por otro lado, las normas establecidas entre los presos, manifestación de la conocida subcultura carcelaria, la inserción cada vez más preocupante de la droga en las prisiones, la propagación del SIDA, etc., nos llevan a decir que la prisión hoy, en los moldes que presenta, sólo puede

cumplimiento de la pena con la mitigación de los efectos negativos de la encarcelación⁶⁶². Esta modalidad del período de prueba se encuentra encuadrada dentro de los denominados “métodos transicionales” dentro del régimen progresivo, que consienten en que el condenado subordinado inicialmente a un tratamiento institucional pueda dejar el establecimiento penitenciario de forma temporal, conforme previsión legal anterior, para desarrollar una actividad social, laboral o cultural que facilite el proceso de regreso a su antigua convivencia familiar y proporcionar más oportunidades de integración post-penitenciaria⁶⁶³.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del régimen de prueba, existe un significativo consenso en la doctrina nacional y extranjera en considerar la semilibertad como un derecho del condenado, extendiéndose este concepto a las salidas temporales⁶⁶⁴, por su localización común en el periodo de prueba y a semejanza de la moderna concepción de análoga naturaleza reconocida a la libertad condicional⁶⁶⁵. Ante la satisfacción de los requisitos legales obligatorios, el condenado tiene el derecho a requerir su concesión, y el órgano jurisdiccional a concederlo⁶⁶⁶ abandonando así la ultrapasada concepción de acto de gracia o discrecional del magistrado como representante del Estado⁶⁶⁷. La concesión de los beneficios penitenciarios o incluso la progresión en los regímenes de cumplimiento de la condena no son simple facultad del

tener como resultado la marginación de los internos (DE LA CUESTA ARANZADI, José Luis, *El régimen abierto*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIX, Madrid, 1996, pp. 59-60.

⁶⁶² CESANO, José Daniel, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, 1997, p. 172.

⁶⁶³ GARCÍA BASALO, Juan Carlos, *Algunas tendencias actuales de la ciencia penitenciaria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 29.

⁶⁶⁴ De esta forma, “la mayoría de la doctrina científica considera los permisos de salida ordinarios como un derecho subjetivo condicionado al cumplimiento de los requisitos legales (...). Por eso, cuando se ha comprobado la ocurrencia de los requisitos legales y reglamentarios, sólo hay en este caso una solución justa, la concesión del permiso de salida ordinario, pues sólo así se satisface su finalidad: la preparación para la vida en libertad” – Instituto penitenciario español compatible con nuestras salidas transitorias y semilibertad, en VEGA ALOCÉN, Manuel, *Los permisos de salida ordinarios*, Comares, Granada, 2005, pp. 66-67.

⁶⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio, ALAJIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 915. En este sentido, cabe reforzar la posición adoptada en la VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, de septiembre de 1993, donde los magistrados españoles acordaron que “la libertad condicional es una forma específica de cumplimiento de la condena de privación de libertad, que se configura como un derecho del interno, condicionado a que concurran los requisitos establecidos por la ley (...)”.

⁶⁶⁶ Con relación a las salidas temporales y la semilibertad, de forma reiterada se defiende que “se trata de un derecho adquirido, único modo que el sistema progresivo sea dirigido por la propia conducta del interno” (CERUTI, Raúl A. y RODRIGUÉZ, Guillermina B., *Ejecución de la pena privativa de libertad, Ley 24.660*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1998, p.88. Entre otros, LAJE ANAYA, Justo y GAVIER, Enrique, *Notas al Código Penal*, Tomo I, Lerner, Córdoba, 1994, p. 68.

⁶⁶⁷ ALDERETE LOBO, Rubén A., *La libertad condicional en el Código Penal argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 54-64.

juez, sino un poder-deber, legitimado por la adecuación de las condiciones del individuo a los presupuestos legales mínimos⁶⁶⁸.

Una otra manera posible de la clasificación en el tercer grado que conjuga la pena privativa de libertad con las modernas técnicas de seguimiento y ejecución es la aplicación de instrumentos telemáticos. Esta modalidad dispensa al penado de la obligación de dormir en la prisión. A cambio, se someterá a una vigilancia electrónica o a otros medios de control. La vigilancia electrónica se propone ser, de esa manera, un medio para facilitar el acceso al tercer grado, al beneficio de la libertad condicional y la excarcelación de delincuentes con menor potencial ofensivo, sin dejar de proporcionar garantías de seguridad al cuerpo social. En el ámbito de las medidas de seguridad puede proporcionar el contacto de internos sujetos a la medida del internamiento forzoso con su familia y facilitar también la supervisión de enfermos crónicos en lo que respecta al cumplimiento adecuado de las prescripciones de medicación continua.

ROXIN⁶⁶⁹ ponderó que con los modernos sistemas electrónicos de seguridad el arresto domiciliario pasaría a funcionar como una nueva pena atenuada frente a la prisión en establecimientos penales. Eso porque, el control electrónico puede ser utilizado tanto como alternativa a las penas de corta duración como en las condenas largas para propiciar el adelantamiento de la excarcelación del penado. Vale mencionar que con la debida previsión legal, la vigilancia electrónica podrá ser aplicada sobre la base de una sentencia judicial o como una alternativa para evitar que se ejecute la condena.

Sobre la vigilancia electrónica NISTAL BURÓN⁶⁷⁰ respalda su posicionamiento favorable señalando algunas considerables ventajas del sistema tal como el bajo coste, la posibilidad de que el condenado continúe trabajando y así resarcir más fácilmente a la víctima y por fin, la eliminación del peligro de contagio criminal, evitando la sobrecarga de los centros penitenciarios además de convertir la pena privativa de libertad en un recurso de sanción penal más coherente y en consonancia con los derechos básicos de la persona humana.

En oposición a la utilización de nuevas tecnologías como instrumento de apertura paulatina de las prisiones, algunos autores alegan que no es fácil llegar a una

⁶⁶⁸ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *Resocialización y semilibertad*, ob. cit., p. 64.

⁶⁶⁹ ROXIN, Claus, *¿Tiene futuro el Derecho penal?*, Revista del Poder Judicial, n. 49, Madrid, 1998, p. 386.

⁶⁷⁰ NISTAL BURÓN, Javier, *La prisión del siglo XXI*, I Congreso Europeo de Derecho Penitenciario, X Jornadas Penitenciarias de Andalucía, Jaén, 2002, p. 44.

conclusión general sobre el éxito o fracaso de estas técnicas. Algunos estudios aseveran que a pesar de que las expectativas de comportamiento de los condenados durante la ejecución de los programas con vigilancia electrónica se ven satisfechas, una vez finalizados los plazos de control, los niveles de reincidencia volvían a equipararse a los índices presentados por los internos sujetos a *probation*, significando una irrisoria reducción en las estadísticas criminales oficiales⁶⁷¹. Por tratarse de proyectos mal estructurados o por la falta del debido soporte de otras ciencias o de tratamientos complementarios no se ha demostrado un impacto expresivo en la prevención de delitos⁶⁷².

Así, la cuestión central de este capítulo es investigar cuáles son los beneficios ya comprobados en derecho comparado, la eficacia de los nuevos métodos y los problemas que pueden venir de la aplicación del control telemático en un proceso de excarcelación gradual o definitiva, de acuerdo con los principios de resocialización y humanidad de las penas.

El monitoreo electrónico representa el paso más arriesgado dado hasta hoy en la transformación paulatina de la prisión cerrada en prisión abierta porque proporciona la salida del encierro en casos nunca antes considerados en el cumplimiento de la condena. Además, su faceta más innovadora está en la aplicación de los medios electrónicos al servicio de la ejecución de la pena privativa de libertad⁶⁷³. El contenido de la pena de prisión, en su sentido más literal de reclusión en un recinto cerrado se está desvirtuando con la llegada de nuevas tecnologías⁶⁷⁴. Es relevante resaltar que sobre este tema hay una ausencia casi absoluta de bibliografía debido a la novedad de esta institución jurídica y de las consecuencias que su utilización ha engendrado. La cuestión esencial radica en determinar cuáles son los límites de su utilización, cómo incide en los grados de cumplimiento de la pena y su eficacia en la caída de los índices de criminalidad⁶⁷⁵.

⁶⁷¹ BONTA, James, WALACE-CAPRETTA, Suzanne, ROONEY, Jennifer, *Can Electronic Monitoring make a difference? An Evaluation of Three Canadian Programs*, Crime & Delinquency, nº. 1, vol. 46, 2000, p. 73.

⁶⁷² RENZEMA, Marc y MAYO-WILSON, Evan, *Can electronic monitoring reduce crime for moderate to high-risk offenders?*, Journal of Experimental Criminology, nº. 1, 2005, p. 1-23.

⁶⁷³ PARÉS I GALLÉS, Ramón, *Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro*, Revista del Poder Judicial nº 46, segundo trimestre/97, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 1997, p. 270.

⁶⁷⁴ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Nuevas penas: comparación de los resultados de vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión en los países de nuestro entorno*, ob. cit., p. 135.

⁶⁷⁵ VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, ob. cit., p.02.

El tercer grado con control telemático es una experiencia novedosa, progresista y desafiante en la historia reciente del derecho penitenciario. El efecto directo provocado por el tercer grado con control telemático es la libertad efectiva. Esta consecuencia la distingue de su institución matriz, el tercer grado, y la aproxima a la libertad condicional, a su adelantamiento e incluso a la libertad definitiva.

En cuanto al derecho español y el brasileño, objetos de estudio en esta investigación, que hace poco empezaron a dar sus primeros pasos en materia de vigilancia electrónica, la introducción de nuevas tecnologías se está produciendo de una manera irregular, como veremos posteriormente, y denota un considerable retraso si se compara con otros países como Estados Unidos, Canadá, Suecia, Australia y Nueva Zelanda⁶⁷⁶.

2. MODALIDADES DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA

Actualmente, los dispositivos de monitorización han dejado de ser proyectos del futuro para funcionar como herramientas de uso cotidiano. La vigilancia electrónica, en sentido amplio, puede ser definida como un conjunto de técnicas que permiten acceder a informaciones más precisas sobre una persona o cosa en lo que respecta a su ubicación, su alejamiento o aproximación con relación a un lugar preestablecido, con posibilidad de, en su caso, controlar y prevenir las conductas o situaciones consideradas indeseables⁶⁷⁷.

En el ámbito jurídico, a partir de este concepto general, por medio de la vigilancia electrónica se abre un amplio rol de variantes para viabilizar no sólo la exacta localización de alguien, sino que las nuevas tecnologías aplicadas al Derecho pueden ser utilizadas en diversas etapas del proceso y proporcionar, además, información de carácter no espacial referente al comportamiento del individuo, como su consumo de alcohol o, incluso, sus constantes vitales⁶⁷⁸. Desde esta perspectiva, el sistema penal igualmente se ha adherido a las prestaciones que estos instrumentos pueden

⁶⁷⁶ Este proceso de retraso es de cierta forma lógico, una vez que desde el punto de vista tecnológico tanto España como Brasil están lejos de ser considerados países de vanguardia en estos temas. La brecha entre países pobres y ricos es especialmente aguda en el campo tecnológico (GODWIN, J. Udo y EDOHO, Félix. M, *Information Technology to African Nations: An Economic Development Mandate*, Journal of Technology Transfer, n.º 25, 2000, pp. 329-342).

⁶⁷⁷ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, en VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, Sevilla, 1994, p. 55.

⁶⁷⁸ POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, Revista del Poder Judicial, n.º 65, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 61.

proporcionar en el reto de afrontar los nuevos desafíos impuestos por los recientes cambios políticos, económicos y sociales⁶⁷⁹.

Los sistemas tecnológicos que interesan a este trabajo, de forma más concreta, son aquellos que permiten la localización de una persona en un ámbito geográfico específico, ya sea controlando su presencia o ausencia en un determinado lugar, o siguiendo sus desplazamientos⁶⁸⁰. De acuerdo con el desarrollo del procedimiento judicial, la vigilancia electrónica puede consistir en una medida cautelar o una consecuencia jurídica, como la medida de seguridad, o incluso la aplicación de una condena, sea de prisión o algo alternativo a ella⁶⁸¹.

En lo que respecta a la intensidad y a la forma de aplicación de la vigilancia electrónica, los distintos instrumentos de control se clasifican dentro de dos grandes modelos: el *front-door system* y el *back-door system*. El modelo *front-door* trata de impedir, desde el inicio, el encarcelamiento del condenado en un centro penitenciario. Asume, de esta manera la función de pena principal o sanción alternativa a la prisión tradicional, como ocurre en el arresto domiciliario con vigilancia electrónica, los trabajos en beneficio de la comunidad o la suspensión condicional de la pena. Por otro lado, el *back-door system* propone una reducción del tiempo de cumplimiento de la condena en el régimen cerrado y la suspensión del resto de la pena a cambio del control electrónico. Consiste en una realidad intermedia entre la permanencia en prisión y la vida en libertad, proporcionada por medio del control electrónico⁶⁸².

El crecimiento del uso de los avances tecnológicos en el ámbito penal puede ser explicado a partir de la unión de componentes independientes y relevantes, entre los que cabe subrayar el acentuado aumento de la población carcelaria, los altísimos costes para el mantenimiento de las instituciones penitenciarias, la crisis de la pena privativa de libertad y la consecuente necesidad de una reorientación de la política criminal dominante con vistas a encontrar alternativas a la prisión en la esfera de la delincuencia de baja o mediana peligrosidad. Teniendo en cuenta el creciente sentimiento general de

⁶⁷⁹ TORRES ROSELL, Núria, *La supervisión electrónica de penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado*, Revista de Derecho y Proceso Penal, nº. 19, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 72.

⁶⁸⁰ GÓNZALEZ RUS, Juan José, *Control electrónico y sistema penitenciario*, VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, Dirección General de Administración Local y Justicia, Sevilla, 1994, p. 84.

⁶⁸¹ TORRES ROSELL, Núria, *La supervisión electrónica de penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado*, ob. cit., p. 71.

⁶⁸² IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, y PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, ob. cit., p. 1083.

temor e inseguridad que habita en nuestras sociedades, otra motivación importante a resaltar es la voluntad de cambiar la imagen de una Administración de Justicia retrógrada y lenta. Por medio de los nuevos mecanismos de control electrónico y minimización del riesgo, el Estado ha buscado desahogar un sistema penitenciario ya demasiado sobrecargado⁶⁸³.

En este sentido, se puede decir que la implantación del control electrónico persigue básicamente dos propósitos fundamentales. En primer lugar, las medidas de vigilancia electrónica buscan ejercer el principio resocializador desarrollando en el interno el autocontrol y responsabilidad para con los otros miembros de la sociedad. Al mismo tiempo es posible la reducción de los costes penitenciarios sin necesariamente implicar una intervención abusiva en la autonomía del condenado⁶⁸⁴. En esta coyuntura, por ejemplo, ha nacido la monitorización electrónica vinculada al arresto domiciliario, ya mencionado anteriormente, como penalidad intermedia más fiable que otras sanciones de “baja intensidad” y menos onerosa que el sustento de un recluso en prisión⁶⁸⁵.

Es esencialmente en el universo del estudio de alternativas a las penas privativas de libertad donde, desde el punto de vista dogmático, el debate sobre la legitimidad del uso de la vigilancia electrónica gana más atenciones. Según POZA CISNEROS⁶⁸⁶, independientemente del juicio que en definitiva se ha formado sobre el tema, diversos doctrinadores atribuyen a los métodos de control electrónico la ventaja de haber retomado la discusión y el interés sobre las penas alternativas a la prisión.

En virtud de los avances tecnológicos presenciados en la actualidad es posible especificar la aplicación de los sistemas de monitorización electrónica en tres grupos: el modelo estático o de primera generación, el conocido modelo móvil o de segunda generación (tracking) y el sistema de control de tercera generación. La coexistencia de estos dos sistemas de control representa una afirmación del desarrollo de las nuevas tecnologías y su debida adaptación a los conflictos de intereses presentes en la realidad, buscando respuestas efectivas a las demandas penales originadas en los cambios de paradigmas y prerrogativas observados en las sociedades contemporáneas. De este modo, serán apuntados a continuación los elementos básicos de los sistemas

⁶⁸³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, pp. 01-04.

⁶⁸⁴ VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, ob. cit., p. 03.

⁶⁸⁵ ESCOBAR MARULANDA, Juan Gonzalo, *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa al cárcel?)*, en *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 291.

⁶⁸⁶ POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., p. 63.

mencionados y los fines que cada uno pretende conseguir, sin olvidar la aplicación interna y externa de los sistemas de monitorización electrónica⁶⁸⁷.

2.1 SISTEMAS DE CONTROL ELECTRÓNICO DE PRIMERA GENERACIÓN O DE CONTROL ESTÁTICO

La principal característica de los sistemas estáticos o de primera generación es la de registrar la presencia o la ausencia de un individuo teniendo como parámetro un lugar fijo. Estos sistemas son bastante utilizados en el Derecho comparado para controlar la consecución de penas o en medidas aplicadas en el formato de arresto domiciliario⁶⁸⁸. El término genérico *home confinement*, obligación del penado de permanecer en su domicilio, adquiere diversos matices de control que van desde el compromiso de estar en la residencia durante ciertos periodos de tiempo, pasando por la *home detention*, en que todo el tiempo libre debe ser pasado en casa, pero permitiendo al vigilado seguir trabajando, hasta situaciones más rigurosas de *home incorporation* en que la situación se asemeja más a la de un centro penitenciario con salidas autorizadas solamente en casos excepcionales. Inicialmente estas modalidades de sanción o de medida cautelar eran exclusivamente controladas por supervisores directos de entidades dotadas de tal responsabilidad⁶⁸⁹.

En la aplicación de la técnica innovadora se hace necesario disponer de tres dispositivos básicos: un emisor, un receptor y un centro de control. El transmisor, debe ser acoplado al tobillo del individuo sometido a vigilancia y por medio de este instrumento, son enviadas a través de señales de radio las informaciones necesarias al elemento receptor ubicado en un lugar determinado por el juez, permitiendo de esta manera la verificación de la presencia o la ausencia de la persona monitoreada⁶⁹⁰. La unidad receptora reconocerá la señal emitida por el brazalete cuando éste se encuentre en el área de recepción programada, de modo que si el sujeto sale del plano de cobertura

⁶⁸⁷ PARÉS I GALLÉS, Ramón, *Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro*, ob. cit., p. 271.

⁶⁸⁸ NIEVA FENOLL, Jorge, *Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal*, Revista del Poder Judicial, n.º 77, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 205.

⁶⁸⁹ PEREIRA, Luís de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano IX, Fasc. 2º, 04-05/99, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 251-252.

⁶⁹⁰ LUCA, Javier Augusto de y POULASTROU, Martín, *Libertad vigilada por monitoreo electrónico*, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, n.º 7, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Año III, diciembre de 1997, pág. 651.

previamente establecido no podrá ser controlado⁶⁹¹. Cada vez que la señal de recepción sea muy débil o inexistente en las horas de restricción de la libertad de locomoción, el receptor remitirá inmediatamente, por línea telefónica terrestre o móvil, un mensaje al centro de control, donde se analizará si el alejamiento es lícito o no, de acuerdo con los horarios de asignación determinados por el magistrado competente⁶⁹².

Otro tipo de monitorización estática bastante común hoy es la que posibilita detectar la progresiva aproximación del individuo con respecto a un determinado lugar o persona⁶⁹³. La llamada monitorización bilateral posee un sistema de señal permanente (*continuous signaling system*) y afecta necesariamente a dos individuos: el que sufre la vigilancia y la persona a proteger. Así, el procedimiento de salvaguarda de derechos de una víctima en potencia se completa con la activación de este receptor en el domicilio de la persona a ser amparada permitiendo alertarla en los casos en que el sujeto monitorizado se encuentre a una distancia que pueda representar un peligro real⁶⁹⁴. El conector asegura también el envío de una alarma automática al centro de monitorización siempre que la presencia del individuo monitorizado sea detectada por el sistema⁶⁹⁵.

En suma, si el primer modelo busca certificar la permanencia del sujeto en un lugar preestablecido, la monitorización bilateral garantiza la efectividad de una medida de alejamiento o de prohibición de aproximación a un lugar, como ocurre con el domicilio de la víctima en casos de violencia doméstica⁶⁹⁶. Esta última experiencia ha ampliado incluso su ámbito inicial de protección a mujeres afectadas por violencia de género y contempla también a personas maltratadas, víctimas de pedofilia o testigos

⁶⁹¹ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Editorial Slovento, Madrid, 2005, p. 192.

⁶⁹² Cada ordenamiento jurídico posee un procedimiento específico cuando se detecta la ausencia irregular del condenado. En Francia, por ejemplo, los agentes del establecimiento penitenciario efectúan las primeras verificaciones por medio de llamadas telefónicas, si se confirma la ausencia no autorizada, los agentes informarán al ministerio fiscal, al juez competente de la ejecución de la medida y al servicio de prisiones y de *probation* (TORRES ROSSEL, Núria, *La supervisión electrónica de los penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado*, ob. cit., p. 73, nota 07).

⁶⁹³ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI*, en http://www.uah.es/derecho/facultad/docs/Anuario_2005/06carcel_electronica.pdf, consultado en 05/05/2012, p. 09.

⁶⁹⁴ DÍAZ ROCA, Rafael, *Apuntes de urgencia sobre las nuevas penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, a la luz de la circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado*, Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XV, n.º 664, 14 de abril de 2006, p. 12.

⁶⁹⁵ DUARTE-FONSECA, Antônio Carlos, *Obrigaçao de permanência na habitação e monitorização telemática posicional*, Revista do Ministério Público, n.º 80, outubro – dezembro de 1999, p. 94.

⁶⁹⁶ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, *La mujer víctima de violencia de género*, en *Victima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editorial Comares, Granada, 2009, p. 68-69.

amenazados⁶⁹⁷ conectando sus teléfonos móviles a la red telefónica u ordenador central bajo responsabilidad de la policía o instituciones penitenciarias para el caso de que el maltratador incumpla la orden de alejamiento⁶⁹⁸.

En este contexto no se deben olvidar los métodos que empiezan a ser aplicados de forma más amplia actualmente utilizando sistemas de verificación de voz para el monitoreo de la presencia de un sujeto en un lugar anteriormente designado por el juez. El mecanismo de reconocimiento cuenta con un ordenador central programado en el que se procede a la grabación de la voz del individuo sometido a control⁶⁹⁹. Acto seguido, el mismo ordenador que ha registrado la voz del sujeto servirá para efectuar llamadas telefónicas de forma aleatoria a su domicilio (o lugar donde deba estar por determinación legal) para comprobar, teniendo como base elementos específicos del patrón de voz del condenado, que es él el que indudablemente contesta a la llamada. En verdad, un análisis más detallado, demuestra que estos sistemas de contacto programado (*programmed contact system*) no se encuadran fielmente en la esfera de la monitorización electrónica, sino más bien en las técnicas biométricas de reconocimiento y de autenticación, que se encuentran igualmente en clara expansión en el ámbito de la investigación criminal⁷⁰⁰.

2.2 SISTEMAS DE CONTROL ELECTRÓNICO DE SEGUNDA GENERACIÓN O DE CONTROL MÓVIL (TRACKING)

Los sistemas de control electrónico de segunda generación implican el rastreo, de forma continuada, de los movimientos del individuo a ser vigilado⁷⁰¹. Para la realización de este proceso, la monitorización móvil exige una estructura mínima,

⁶⁹⁷ Esta medida también se aplica para impedir que delincuentes juveniles entren en zonas conflictivas o especialmente peligrosas, por su alto índice de criminalidad o por el dominio del tráfico de drogas. Igualmente se puede ejercer este tipo de control sobre hooligans evitando que se acerquen a los estadios de fútbol en el horario de partido (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Estados Unidos: éxito de las leyes contra la pedofilia a través de sistemas de vigilancia electrónica*, Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XVII, nº. 732, 12 de Julio de 2007, p.05).

⁶⁹⁸ TASENDE CALVO, Julio J., *Aspectos civiles de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XV, nº. 664, 14 de abril de 2005, p. 02.

⁶⁹⁹ SENÉS MOTILLA, Carmen, *Las órdenes de alejamiento y de salida del domicilio adoptadas en los procesos sobre violencia de género*, Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XVIII, nº. 750, 24 de abril de 2008, p. 04.

⁷⁰⁰ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel y PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, ob. cit., p. 1089.

⁷⁰¹ Esta tecnología fue implantada inicialmente en los Estados Unidos desde el año de 2000 y posteriormente en Canadá y Gran Bretaña, cuyo referente europeo es el denominado sistema Galileo (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Estados Unidos: éxito de las leyes contra pedofilia a través de sistemas de vigilancia electrónica*, ob. cit., p. 04).

compuesta por un brazalete emisor, un receptor estático situado en el domicilio del sujeto y otro dispositivo receptor portátil que pueda ser encajado en la cintura del vigilado a medida en que este se desplaza. Este método de monitoreo móvil funciona por medio de un sistema de GPS (*global positioning system*) que consigue localizar al individuo portador del dispositivo de control con un nivel altísimo de exactitud y pocas posibilidades de error⁷⁰².

Los sistemas de monitorización móvil posibilitan la aplicación de programas que construyen un régimen de cumplimiento individualizado con diversos horarios y lugares de comprobación, controlando, al mismo tiempo, múltiples aspectos en la ejecución de una medida penal determinada al sujeto supervisado⁷⁰³. En este sentido, en la configuración del procedimiento telemático es posible marcar zonas de inclusión, donde deberá estar el individuo de acuerdo con los periodos estipulados por la autoridad judicial e igualmente zonas de exclusión, establecidas conforme la gravedad de los delitos cometidos por el usuario del aparato electrónico, ajustadas cuando sea recomendable también con algunas restricciones de tiempo⁷⁰⁴.

De acuerdo con las necesidades específicas para el tratamiento del delincuente sometido al control electrónico y las características del perfil criminal a ser combatido pueden ser consideradas zonas de exclusión los lugares de acogida de menores, como escuelas o parques, los sitios frecuentados por la víctima (vivienda, lugar de trabajo, centros comerciales), o ambientes que faciliten la marginación y las infracciones penales como ocurre en las áreas de prostitución o regiones dominadas por el tráfico de drogas ilícitas⁷⁰⁵.

La necesidad de contar con una señal permanente de como mínimo tres satélites y la probabilidad de que esta señal se pierda ocasionalmente, como ocurre en regiones metropolitanas por la elevada densidad de edificios, han llevado a la incorporación técnica de las antenas telefónicas de los sistemas GSM (*Global service mobile*). Desde ya se puede presumir que esta herramienta técnica de vigilancia demanda una reserva importante de recursos materiales y personales para que la

⁷⁰² VITORES, Anna y DOMÉNECH, Miquel, *Telepoder: Tecnologías y control penitenciario*, Scripta Nova, Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, UB, Vol. VIII, nº. 170(44), Barcelona, 2004, p. 12.

⁷⁰³ POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., p. 62.

⁷⁰⁴ NIEVA FENOLL, Jorge, *Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal*, ob. cit., p. 207.

⁷⁰⁵ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *La cárcel electrónica, El modelo del derecho norteamericano*, La Ley Penal, Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, nº. 21, 2005, p. 47.

comunicación sea clara y continúa⁷⁰⁶. En consecuencia, a pesar de proporcionar una supervisión del individuo más eficaz, el modo del control móvil es adoptado en situaciones excepcionales, debido a elevación de los costes económicos que su utilización a gran escala, al menos por ahora, puede generar⁷⁰⁷.

Como una alternativa más para añadir a las ventajas de los sistemas de control electrónico pasivo y activo, el modo semi-activo o híbrido incluye las dos opciones expuestas anteriormente, aplicando las técnicas de vigilancia de primera generación, sin excluir las ventajas de la transmisión en tiempo real de avisos al centro de control siempre que las condiciones imprescindibles para el cumplimiento del tratamiento o sanción penal sean violadas. Así, cada vez que el individuo monitorizado quebranta sus límites temporales o espaciales, por medio del aparato electrónico, se activa automáticamente la alarma en el centro de control. Según TORRES ROSSEL⁷⁰⁸, la principal diferencia que esta modalidad de control ofrece es su utilización de forma retrospectiva si el sujeto monitorizado procede de acuerdo con las condiciones prescritas, no obstante funciona también como sistema de monitorización activo si la persona vigilada intenta manipular el equipo a su favor o aún si ultrapasa una zona prohibida⁷⁰⁹.

2.3 SISTEMAS DE CONTROL ELECTRÓNICO DE TERCERA GENERACIÓN

Estos sistemas de tercera generación presumen un nivel más avanzado en lo que respecta al control de los individuos una vez que posibilitan no simplemente la localización de personas o lugares, sino también la incapacitación de los sujetos clasificados en situación de riesgo para incurrir en prácticas delictivas⁷¹⁰. A los controles estático y móvil se añade también la posibilidad de que las autoridades administrativas responsables del monitoreo del individuo tengan acceso a sus datos

⁷⁰⁶ DE ROSA TORNER, Fernando, *Las nuevas tecnologías al servicio de la Administración de Justicia*, Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías, nº. 22, Aranzadi, 2010, pp. 24-25.

⁷⁰⁷ THUMS, Gilberto, *Sistemas Processuais Penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p 56.

⁷⁰⁸ TORRES ROSELL, Núria, *La supervisión electrónica de penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado*, ob. cit., p. 75.

⁷⁰⁹ LEMOS, A., *Cibercultura, Tecnologia e Vida Social na Cultura Contemporânea*, Sulina, Porto Alegre, 2002, pp. 137- 138.

⁷¹⁰ HAUCK, João, *Tecnociencia, vigilancia y sistema penal: La superación de paradigmas y las nuevas perspectivas bajo el punto de vista tecnológico*, Revista CENIPEC, nº. 28, Enero-Diciembre, 2009, p. 162.

psicológicos, cambios de humor, frecuencia de pulsaciones, temperatura, ritmo respiratorio, etc.

Los avances en la neurotecnología han llevado a algunos grupos de científicos a desarrollar diversas técnicas de manipulación del cerebro con la ayuda de fármacos y drogas para la intervención en procesos neurobiológicos que pueden ser aplicados igualmente como instrumentos de control de delincuentes. En este sentido, estos sistemas de control respaldan la administración de tratamientos farmacológicos o el recurso a experiencias neurológicas que se concretan en la emisión de señales sonoras, el suministro de medicamentos, choques eléctricos⁷¹¹ o una estimulación de determinadas áreas cerebrales, activadas como reacción a informaciones que indican que el sujeto está preparado para actuar⁷¹². Las reacciones neurológicas provocadas por estas drogas o técnicas de invasión en el cerebro humano serían, dependiendo de la finalidad buscada por el experimento, un castigo, un tratamiento o una señal de alerta para prevenir futuros delitos⁷¹³.

Es incuestionable que, con la evolución tecnológica y las posibilidades por ella proporcionadas, el control del condenado tienda a ser más firme y seguro que el de los muros de una prisión. Por medio de los innumerables aparatos electrónicos disponibles hoy se puede conocer de un modo más concreto, rápido y objetivo al vigilado, no sólo dónde se encuentra y lo que está haciendo, sino incluso también su estado biológico. En la experiencia norteamericana, por ejemplo, se realizan controles telemáticos de enfermos cardíacos a distancia instalando un chip en el sujeto que transmite las variables de su cardiograma⁷¹⁴. Con este tipo de tecnología, también se pueden programar dispositivos que revelen estados anímicos tales como el pulso o

⁷¹¹ La intervención corporal realizada en el individuo vigilado por medio de descargas eléctricas programadas repercuten directamente en el sistema nervioso central. Por otra parte, el control de neuróticos agresivos, esquizofrénicos o adictos a alcohol puede también realizarse a través de la apertura de una cápsula que le inyecta un tranquilizante u otra substancia que le tranquilice (BISHOP, N. y SCHNEIDER, U., *Improving the implamantation of the European Rules on Community Sanctions and Measures: Introduction to a New Concil of Europe Recommendations*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 9/3, 2001, p. 231.

⁷¹² PEREIRA, Luís de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, ob. cit., p. 246.

⁷¹³ KARAM, Maria Lúcia, *Monitoramento eletrônico: A sociedade do controle*, Boletim IBCCRIM, nº 170, Rio de Janeiro, 2007, pp. 04-05.

⁷¹⁴ Contando con la tecnología de GPS, en Brasil y Estados Unidos ya empezaron a ser desarrollados dispositivos de seguridad avanzados como los llamados chips antisecuestro, introducidos en una minúscula cápsula e implantados con una jeringuilla bajo la piel de una persona, con la finalidad de prevenir y/o solucionar secuestros. El Canal 21 de la Televisión brasileña ha transmitido en directo el 24/02/2002 el proceso de implante en el cuerpo humano, que puede verse todavía en internet. Lógicamente tiene aún un coste bastante alto de adquisición y mantenimiento, sólo al alcance de personas privilegiadas económicamente (IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel y PERÉZ PARENTE, Juan Antonio, *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios electrónicos*, ob. cit., p. 1090).

cualquier otra sintomatología que indique una alteración más pasional o preocupante del vigilado. Así, se puede medir el nivel de agresividad de un criminal violento, el grado de excitación en delincuentes sexuales, cleptómanos o psicópatas⁷¹⁵.

Existe acuerdo en rechazar de pleno los castigos físicos que atentan contra la dignidad humana así como los sistemas de vigilancia mediante cámaras o aparatos de escucha, por afectar directamente al principio de intimidad. Sin duda, el eventual empleo de estos mecanismos en una determinada sociedad debe ser precedido, necesariamente, de una cuidadosa discusión bajo las perspectivas médica, jurídica y ética ante el impacto y las consecuencias que estas medidas pueden tener en la sociedad⁷¹⁶.

3. LA APLICACIÓN DE LOS MEDIOS DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA EN EL DERECHO COMPARADO

Los fundamentos filosóficos doctrinales de la vigilancia electrónica se encuentran en el pensamiento utilitarista y en este sentido, hay un consenso en atribuir el origen de los contemporáneos mecanismos de control electrónico a los Estados Unidos y, más precisamente, a los diseños elaborados por Ralph Schwitzgebel en el inicio de la década de los sesenta que respaldaron el uso de medidas electrónicas como método de control de delincuentes y enfermos mentales. Desde una perspectiva humanitaria, la iniciativa denominada *electronic rehabilitation system*, aunque cuenta con una tecnología elemental, representaba la posibilidad de una alternativa al tratamiento hospitalario o carcelario⁷¹⁷.

En el curso de una investigación sobre electrónica conductual, el entonces Profesor de la Universidad de Harvard, desarrolló estudios preliminares para la utilización de la radiotelefonía en el control remoto de la conducta humana y su aplicación directa en el trabajo terapéutico que realizaba con presos. A través de su experimento innovador, era posible registrar acontecimientos conductuales

⁷¹⁵ RODRIGUES OLIVEIRA, Janaína, *O monitoramento eletrônico na justiça criminal: Um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo*, Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2011, p. 65, Disponible en: http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/5/TDE-2011-05-09T131742Z-3197/Publico/431126.pdf, acceso em 06/05/12.

⁷¹⁶ FROSINI, Vittorio, *Cibernética, Derecho y Sociedad*, Traducción de Carlos A. Salguero-Talavera y Ramón L. Soriano Díaz, Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1982, p. 17.

⁷¹⁷ MAINPRIZE, Steve, *Elective Affinities in the Engineering of Social Control: The evolution of Electronic Monitoring*, *Electronic Journal of Sociology*, 1996, disponible en <http://www.sociology.org/content/vol002.02/mainprize.html>, con acceso en 07/04/2011.

estableciendo también un sistema de comunicación entre el terapeuta y el condenado. A partir de esta conexión el terapeuta podía orientar y corregir al preso cuando fuera necesario, funcionando como una opción diferente al encarcelamiento a largo plazo tan nocivo para los reincidentes crónicos⁷¹⁸.

No obstante, formalmente, en el ámbito jurídico la primera experiencia aplicada de la vigilancia electrónica fue impuesta en Albuquerque, en el Estado americano del Nuevo México, por el juez Jack Love en abril de 1983, vinculando el control telemático a la pena de arresto domiciliario (*electronic monitored home confinement*). Las respuestas insatisfactorias obtenidas a partir de la *probation* y la superpoblación en las instituciones carcelarias en conjunto con el avance de las nuevas tecnologías crearon el escenario cultural oportuno para el uso del control electrónico de los penados. En este sentido, el magistrado buscaba formas de evitar el envío de delincuentes de menor potencial ofensivo a la cárcel e incentivó a Michael Goss, especialista en electrónica⁷¹⁹, a desarrollar un sistema de supervisión a distancia para cinco penados de Albuquerque⁷²⁰. El éxito de la iniciativa llevó a que rápidamente sentencias semejantes empezasen a surgir y multiplicarse en otros Estados del país⁷²¹.

En 1984, se desarrolló en el Estado de Florida un programa completo de arresto domiciliario aplicado con la ayuda de un sistema de vigilancia electrónica con la intención de sustituir la pena de prisión para delitos más leves. Así, se puede afirmar que las primeras experiencias que vinculan el arresto domiciliario a nuevas tecnologías son destinadas a una población de bajo riesgo y constituyen verdaderamente alternativas al encierro⁷²². Poco más de una década más tarde, a partir de 1997, en los Estados de

⁷¹⁸ De entre las diversas posibilidades que ofrecía el programa de investigación del Prof. Ralph Schwitzgebel y su hermano gemelo Robert Schwitzgebel estaba el desarrollo de la denominada *electronic parole*, que consistía en un sistema de rehabilitación electrónica para reincidentes crónicos (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Estados Unidos: éxito de las leyes contra pedofilia a través de sistemas de vigilancia electrónica*, ob. cit., p. 04).

⁷¹⁹ La pulsera electrónica utilizada para controlar a los individuos participantes en este experimento pasó a denominarse Gosslink, nombre que resulta de la unión de link (argolla) y Goss en homenaje al creador del dispositivo de control (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Estados Unidos: éxito de las leyes contra la pedofilia a través de sistemas de vigilancia electrónica*, ob. cit., p. 04).

⁷²⁰ El juez ya advertía sobre la necesidad de establecer límites al control electrónico ya que sobrepasados éstos se estarían vulnerando derechos fundamentales del individuo y las libertades más básicas sufrirían amenazas o restricciones inadmisibles en un Estado democrático (MUNCIE, John, *Prisionero en mi casa: la política y la práctica de la vigilancia electrónica*, Probation Journal, 1990).

⁷²¹ PEREIRA, Luís de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, ob. cit., pp. 248-249.

⁷²² POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., p. 65

Florida, Texas, Nueva Jersey y Michigan se iniciaron las pruebas preliminares para implementar los sistemas de *tracking*⁷²³ con delincuentes sexuales y violentos⁷²⁴.

A partir de estos hechos, el nivel de sofisticación de los sistemas de control electrónico ha experimentado progresos impresionantes, que admiten inclusive la distinción de los sistemas por generaciones de tecnología⁷²⁵, como hemos visto anteriormente. Pasaremos ahora a apreciar los diversos mecanismos de control electrónico adoptados en los países del mundo anglosajón y de Europa continental, analizando sus respectivas adaptaciones dentro del campo penal a las nuevas tecnologías, así como los resultados logrados y los problemas enfrentados por cada uno de ellos.

3.1 MUNDO ANGLOSAJÓN

Desde un punto de vista histórico es posible decir que la cárcel electrónica es un fenómeno intrínsecamente relacionado con el derecho anglosajón, donde surgieron las primeras experiencias con mecanismos telemáticos que serían, posteriormente, ajustadas a la realidad jurídica de diversos ordenamientos jurídicos en el mundo⁷²⁶. En verdad, el pragmatismo característico de los planteamientos anglosajones y la flexibilidad de los sistemas de “case law” ayudan a explicar por qué las experiencias en estos países se tornaron referente obligatorio para cualquier aproximación teórica o ensayo de aplicación práctica en lo que respecta a los procedimientos de vigilancia electrónica⁷²⁷.

⁷²³ LILLY, J. R., *Issues beyond empirical EM Reports*, Criminology and Public policy, Vol. V, nº. 01, 2006, p. 94.

⁷²⁴ En menos de cinco años desde la sentencia del juez Jack Love, el programa de arresto domiciliario con monitorización electrónica ya había sido ampliado a otros treinta Estados, contando con más de 4750 condenados sólo en Florida. En el año de 2000, había alrededor de 70000 internos sujetos a control electrónico, mientras que en toda Europa, por aquellas fechas sólo había 1000 personas sometidas a las denominadas pulseras electrónicas. En julio de 2005 eran 186.373 internos federales los que se encontraban sometidos a programas de vigilancia electrónica. Las cifras fueron recogidas de la página web del *Federal Bureau of prisons* (www.bop.gov).

⁷²⁵ TORRES ROSSEL, Núria, *La supervisión electrónica de penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado*, ob. cit., pp. 73-75.

⁷²⁶ GÓNZALEZ RUS, Juan José, *Control electrónico y sistema penitenciario*, ob. cit., p. 84.

⁷²⁷ POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., p. 64.

3.1.1 ESTADOS UNIDOS

El sistema de penas privativas de libertad en Estados Unidos está basado en tres grados diferentes. Las llamadas “*jails*” son prisiones locales establecidas en cada condado y que se destinan a la prisión preventiva o penas inferiores o iguales a un año. Las “*State prisons*” sirven para el cumplimiento de sanciones penales superiores a un año y, finalmente, las “*Houses de detention and prisons*” trabajan de acuerdo con el sistema federal, totalmente apartado de las otras estructuras penitenciarias y que concentra la competencia para ejecutar las condenas por delitos específicos de relevancia federal o interestatal⁷²⁸.

Se puede afirmar que las penas aplicadas tradicionalmente en los Estados Unidos son la prisión y el régimen de prueba (*probation*). La conmutación de parte de la pena de prisión por libertad condicional ha ocupado durante largo tiempo un papel importante dentro del sistema penal americano. Sin embargo, actualmente la libertad condicional ha sido abolida en el nivel federal y algunos Estados de la confederación han seguido también este camino⁷²⁹.

Ante estos cambios, la vigilancia electrónica ha ganado más espacio y se ha extendido no sólo en relación al número de Estados, condados y ciudades que la han adoptado como alternativa a las condenas de corta duración, sino que también fueron incorporados al monitoreo electrónico nuevos usos como sustitutos de la *probation* o de la libertad condicional, como condición para la obtención de una o de otra, o como mecanismo de control de un programa que exija el cumplimiento de ciertos horarios. Aunque la mayoría de los programas de control hayan nacido y se hayan desarrollado de forma desordenada y sin un plan más articulado de evaluación, el sistema ha sido aplicado, esencialmente, a condenados por conducir bajo efecto etílico, por otras infracciones de tránsito o por pequeños delitos contra la propiedad⁷³⁰.

Dentro de estas funciones adicionales, los avances tecnológicos posibilitaron además el acceso a informaciones bastante específicas de los individuos vigilados como por ejemplo, el consumo de alcohol por medio de alcoholímetros que

⁷²⁸ LILLY, J. R., *Issues beyond empirical EM Reports*, Criminology and Public policy, ob. cit., p. 94.

⁷²⁹ PEREIRA, Luís de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, ob. cit., p. 250.

⁷³⁰ PARÉS I GALLÉS, Ramón, *Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro*, ob. cit., pp. 262-263.

trabajan con la identificación de voz o el incremento del control de alguien por medio de dispositivos “buscapersonas”⁷³¹.

En líneas generales, las diversas modalidades de vigilancia electrónica en Estados Unidos fueron constituidas de acuerdo con algunas características esenciales. El primer rasgo presente en el control telemático americano es que su ámbito de aplicación se limita a condenas de corta duración, alrededor de cuatro meses. De esta manera, es posible evitar los efectos desocializadores de la cárcel sin comprometer las finalidades de prevención general intimidatoria y de fortalecimiento de la confiabilidad en las leyes penales creadas por el Estado. Además, la ausencia del encierro facilitará también el proceso de reinserción social del delincuente⁷³².

Otra característica fundamental en este sistema es la voluntariedad del penado en lo que respecta a la adopción de estos métodos. Aunque la opción del condenado sea la pena de prisión, no se le podrá negar, en este contexto, el derecho de escoger la ejecución de la sanción penal que le parezca menos invasiva. Es igualmente importante mencionar que los medios telemáticos deberán ser utilizados en conjunto con otros tratamientos, a ejemplo de la desintoxicación del alcohol u otras drogas y su orientación a terapias psicológicas, con la intención de promover de hecho la rehabilitación del individuo y su regreso a la comunidad⁷³³.

Con todo, un punto bastante polémico en la aplicación de estos nuevos instrumentos es la repercusión, total o parcialmente, del coste financiero de los dispositivos electrónicos en la persona del vigilado o en su familia. En Estados Unidos el coste del monitor es de aproximadamente doscientos dólares mensuales y lo asume el vigilado de acuerdo con sus capacidades económicas. La financiación proporcional de los instrumentos telemáticos se da igualmente en la instalación y utilización del teléfono para fines de control⁷³⁴. Sobre el tema surgen innumerables críticas apuntando que esta condición acaba por crear un sistema superselectivo y que privilegia a los delincuentes más favorecidos económicamente. Los individuos a quienes se pueden aplicar los medios telemáticos son además, por su baja peligrosidad, susceptibles de recibir otro

⁷³¹ NELLIS, M., *Surveillance, rehabilitation and electronic monitoring: getting the issues clear*, ob. cit., p.105.

⁷³² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, ob. cit., p. 55.

⁷³³ GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Control electrónico y sistema penitenciario*, ob. cit., p. 73.

⁷³⁴ BERGALLI, Roberto, *El Sistema Penal Español como el Ámbito Menos Conocido del Control Social*, Social Control, Political Power and the Penal Question: For a Sociology of a Criminal Law and Punishment, en Oñati Proceedings, nº. 17, 1995, p. 27 y ss.

tipo alternativo de sanción penal, lo que no cambia de forma significativa el cuadro de sobrepoblación que debe ser solucionado en los centros penitenciarios americanos⁷³⁵.

Dentro de la realidad estadounidense, como instrumento alternativo a la pena de prisión, la vigilancia electrónica no ha logrado los resultados que se esperaban. En el campo práctico, el aumento de la población monitorizada no ha generado una disminución significativa de la población reclusa. Parece irrefutable que, comparados a la prisión tradicional, los medios telemáticos de monitorización representan menor alejamiento familiar, laboral, social y, consecuentemente, un grado menor de privación de libertad. Sin embargo, este efecto supuestamente resocializador alcanzado con la utilización de nuevas tecnologías es común a otras medidas comunitarias y no han demostrado índices de reincidencia mucho más bajos que las demás medidas ya presentes en la legislación vigente⁷³⁶.

Los innovadores medios tecnológicos se utilizan, asimismo, para múltiples designios, desde fines inmigratorios, fiscalización a los extranjeros ilegales que esperan la resolución de sus casos, hasta el seguimiento de ancianos o enfermos con patologías físicas y mentales, sin olvidar la posibilidad polémica del uso de pulseras telemáticas para verificar el grado de rendimiento de trabajadores⁷³⁷.

En verdad, el proceso de implementación de los medios telemáticos se ha producido en Estados Unidos de forma desordenada y todavía resulta confuso. La descentralización y el incipiente papel desarrollado por los centros penitenciarios privados no permiten tener datos seguros y concretos sobre las reales dificultades y beneficios de los que goza la institución de la vigilancia electrónica hoy. Con cincuenta políticas federales diferentes en esta materia, repartidas entre las prisiones estatales, federales y cárceles locales, es imposible generalizar o proceder una evaluación sistemática acerca del tema⁷³⁸.

Los mejores resultados parecen ser los obtenidos con el arresto domiciliario y dentro de un sistema de control electrónico que funciona como fase avanzada de la ejecución de una condena. Esto se explica porque el delincuente ya ha pasado por la etapa del encierro y consigue de forma más clara percibir el beneficio de estar fuera de

⁷³⁵ PARÉS I GALLÉS, Ramón, *Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro*, ob. cit., p. 263.

⁷³⁶ ESCOBAR MARULANDA, Juan Gonzalo, *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?)*, ob. cit., p. 208.

⁷³⁷ SUARÉZ GONZÁLEZ, Fernando, *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Círculo de Empresarios, Pirámide, Madrid, 1980, pp. 166-167.

⁷³⁸ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Estados Unidos: éxito de las leyes contra la pedofilia a través de sistemas de vigilancia electrónica*, ob. cit., p. 05.

la cárcel, aunque tenga restricciones controladas por los aparatos tecnológicos. También es esencial tener en cuenta que la violación de las reglas impuestas necesita ser sancionada inmediatamente, revocando la medida de vigilancia y forzando el regreso del condenado al centro penitenciario⁷³⁹.

Así, a lo largo de los años, se puede decir que la vigilancia electrónica se ha afirmado en los distintos Estados americanos no como genuina opción al encierro, sino como una especie de “alternativa a las alternativas” (*probation*, libertad condicional o arresto domiciliario). Según GARLAND⁷⁴⁰ es importante resaltar en este contexto que la población americana ha desarrollado de forma más fuerte y progresiva ideas retribucionistas como pilares de su actual sistema penal lo que, inevitablemente, desvincula del discurso estatal la búsqueda de reinserción social y en la práctica aumenta el número de personas reclusas.

Por todo, queda claro que el monitoreo electrónico no es, al menos de forma aislada, la solución para reducir los altos números de encarcelamiento en Estados Unidos. No obstante, el conocimiento de diversas formas de aplicación de la vigilancia electrónica, en concreto, ha representado un paso definitivo en Europa, tanto para generar decisiones políticas sobre la introducción de estas técnicas en los países del viejo mundo, como para analizar y escoger las mejores opciones disponibles para cada ordenamiento jurídico precursor en este aspecto⁷⁴¹.

3. 1. 2 GRAN BRETAÑA

3. 1. 2. 1 INGLATERRA Y GALES

A mediados de los ochenta se desarrollaron las primeras experiencias con la vigilancia electrónica en Inglaterra y Gales, teniendo como marco inicial la utilización del arresto domiciliario. A pesar de que la medida no forma parte de la apreciada tradición inglesa, los magistrados defendían su aplicación como una nueva forma de

⁷³⁹ PEREIRA, Luís de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, ob. cit., pp. 252-253.

⁷⁴⁰ GARLAND, David, *La cultura del control, Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, ob. cit., p. 43.

⁷⁴¹ ABA CATOIRA, Ana, *Videovigilancia y la garantía de los derechos individuales: su marco jurídico*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, n. 07, Xunta de Galicia, Secretaría Xeral de Investigación y Desenvolvemento, 2003, p. 13.

controlar a los delincuentes en medio abierto⁷⁴². Cabe registrar que gran parte del impulso para la introducción de esta modalidad de control se debe a los trabajos anteriores de la Offender's Tag Association (OTA), creada en 1981 por Tom Stacey, periodista del Sunday Times, que, habiendo experimentado por sí mismo el cumplimiento de una condena en prisión, era un entusiasta de la posibilidad de construir un sistema de supervisión de los desplazamientos de los delincuentes sin someterlos, necesariamente, al encierro y la contaminación de la cárcel⁷⁴³.

A partir de 1990, el Home Office inglés anunció formalmente la inclusión del arresto domiciliario con supervisión electrónica como alternativa a la prisión provisional y fueron implantados en seguida tres proyectos piloto en Nottingham, Newcastle y Westminster. A pesar de los resultados iniciales poco alentadores⁷⁴⁴, el Home Office extendió en la Criminal Justice Act de 1991 la pena de arresto domiciliario bajo supervisión electrónica a delincuentes autores de delitos con más de 16 años, con excepción del homicidio, pudiendo la condena de permanencia en la residencia ser aplicada en conjunto con otra pena de ejecución en la comunidad en un plazo máximo de 06 meses. Además, las elevadas tasas de prisión en Inglaterra llevaron también a la instauración de programas de libertad anticipada en la ejecución de penas cortas de prisión a través de la vigilancia telemática (*Home Detention Curfew*)⁷⁴⁵.

A partir de 1998 la obligación de permanecer en la residencia con el uso de la vigilancia telemática pasó a abarcar igualmente a los casos de delincuentes de los diez a los dieciséis años, a los reincidentes en pequeños delitos, a los condenados por falta de pago de multas y a los liberados bajo fianza⁷⁴⁶. En 1999 empezó un nuevo proyecto de control electrónico de ámbito nacional orientado a los condenados a pena de prisión de hasta cuatro años.

⁷⁴² MARTÍN BARBERÁN, Jaime, *La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y en Estados Unidos*, Revista del Poder Judicial, nº. 58, 2000, p. 254.

⁷⁴³ STACEY, Tom, *Electronic tagging of offenders: a global view*, International Review of Law Computers and Technology, Vol. XX, 2006. Se puede también consultar la página web www.offenderstag.com.uk.

⁷⁴⁴ Desde el inicio los tres proyectos piloto tuvieron que hacer frente a algunos obstáculos en su instauración. La pequeña cantidad de casos abordados por la experiencia, los problemas técnicos presentados por los instrumentos de control, la dificultad de los miembros de los tribunales para seleccionar a los candidatos a la aplicación de la medida y la oposición de diversos *probation officers* contribuyeron a los resultados insatisfactorios de la vigilancia electrónica en su primer intento (PEREIRA, Luís de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, ob. cit., p.254).

⁷⁴⁵ MORTIMER, May, *Electronic monitoring in practice: the second year of the trial curfew orders*, Home Office, London, 1996.

⁷⁴⁶ PEREIRA, Luís de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, ob. cit., p.255.

Siguiendo la política de incremento geográfico y teleiológico del control electrónico, en el año de 2000, la *Crime and Disorder Act* amplió su uso a la libertad condicional anticipada para condenados a penas de tres meses a cuatro años y con una duración de entre 14 y 60 días y un mínimo diario de 9 horas, sin máximo señalado⁷⁴⁷. La concesión de esta libertad anticipada se vincula a una evaluación del riesgo de reincidencia del individuo a ser liberado. Una vez concedido el *Home Detention Curfew* el individuo recibe la programación de su horario restringido al domicilio o a otro lugar indicado por el magistrado competente⁷⁴⁸.

Por fin, se instauró en julio de 2001 el Programa de Vigilancia con Supervisión Intensiva (ISSP), con el objetivo de controlar a los delincuentes juveniles reincidentes. Con el aumento de crímenes y la necesidad de punir sin necesariamente encarcelar a las personas, el programa fue estratégicamente incluyendo otras penas como las de trabajo en beneficio de la comunidad, casos de libertad vigilada, delincuentes sexuales y agresores domésticos. El aparato tecnológico aplicado a los vigilados permite un seguimiento permanente y de gran alcance espacial, tiendo la ayuda complementaria de videocámaras situadas en el centro de la ciudad y programadas para reconocer los rostros de los individuos portadores del emisor instalado por el Estado⁷⁴⁹.

Así, desde los iniciales programas piloto hasta los días actuales, la opción de la vigilancia electrónica fue progresivamente ampliada y está prevista actualmente como medida comunitaria, como condición de la libertad condicional anticipada y es también posible en el ámbito de las medidas cautelares, arresto sustitutivo por impago de multa, condenas por faltas sucesivas y delincuencia juvenil. Los informes periódicos del Ministerio del Interior demuestran que es clara la tendencia ascendente del uso de la vigilancia electrónica como pena autónoma o combinada con otras sanciones⁷⁵⁰.

En esta fase de desarrollo de las nuevas tecnologías en Inglaterra y Gales, se puede afirmar que los resultados son estimulantes, presentando un porcentaje del 82% de individuos vigilados que completan satisfactoriamente las medidas de control. El

⁷⁴⁷ Cabe resaltar que la libertad condicional anticipada bajo control electrónico ha representado en el Reino Unido una de las alternativas más relevantes para contener las crecientes tasas de la superpoblación carcelaria (TOON, J., *Electronic monitoring in England and Wales*, Will electronic monitoring have a future in Europe? Contributions from a European Workshop, Friburgo, 2003, p. 72).

⁷⁴⁸ NELLIS, M., *Surveillance, rehabilitation and electronic monitoring: getting the issues clear*, Criminology and Public policy, Vol. V, nº. 01, 2006, p.105.

⁷⁴⁹ POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., p. 68.

⁷⁵⁰ SHUTE, S., *Sattelite tracking of offenders: a study of pilots in England and Wales*, Ministry of Justice, 2007.

consentimiento del individuo incluido en el programa, las decisiones judiciales basadas en informes rigurosos y elaborados con presteza, además del servicio satisfactorio prestado por las empresas que viabilizan el funcionamiento de los aparatos de control telemático, ayudan a entender por qué las medidas electrónicas verdaderamente asumieron en el ordenamiento británico un papel de alternativa a la prisión⁷⁵¹.

En términos financieros, con una duración media de 100 días, los costes de la aplicación de penas por medio electrónico son poco más baratos que la ejecución de régimen de prueba (*probation*) y ligeramente más caros que las prestaciones de trabajo a favor de la comunidad. Con relación a las penas de prisión, sin embargo, la vigilancia electrónica demanda cerca de la mitad de lo que se gastaría en un establecimiento carcelario de seguridad mínima⁷⁵².

3.1.2.2 ESCOCIA

Ante las experiencias desarrolladas con éxito en Inglaterra y Gales, se instituyó en Escocia, por medio de la aprobación de la *Crime and Punishment Act* de 1997, algunas órdenes restrictivas de libertad (RLO) con el objetivo de ampliar las posibilidades del uso de medidas comunitarias. Estas sanciones, que necesariamente serán precedidas del consentimiento del condenado, nacieron con la función de someter a determinados individuos a una permanencia en su residencia u otro lugar fijado por el magistrado y pueden ser combinadas con otras medidas, como la *probation*, manteniendo cada una su autonomía en lo que respecta a las condiciones legales de ejercicio y la duración de la restricción de libertad⁷⁵³.

Esta modalidad de control electrónico es aplicada mayoritariamente a los delitos de hurto y abusos sexuales cometidos por jóvenes y con antecedentes criminales. Con límite de hasta 12 horas diarias, su duración puede llegar a 12 meses, superando el plazo máximo establecido por la ley inglesa. El índice de cumplimiento se ha revelado semejante a otras medidas comunitarias y presenta resultados más expresivos en la población monitoreada de mayor edad.

⁷⁵¹ MORTIMER, May, *Electronic monitoring in practice: the second year of the trial curfew orders*, Home Office, London, 1996.

⁷⁵² PEREIRA, Luís de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, ob. cit., p. 256.

⁷⁵³ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Nuevas penas: comparación de los resultados de la vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión en los países de nuestro entorno*, ob. cit., p. 135.

Un informe publicado en 2000 por el Poder Ejecutivo escocés reconoce que la vigilancia electrónica es un instrumento capaz de reducir el número de internos en los centros penitenciarios al mismo tiempo que previene futuros delitos, proporcionando, de esta manera, un ambiente de seguridad para el cuerpo social como un todo⁷⁵⁴. Sin embargo, para la utilización de los instrumentos electrónicos en casos de libertad anticipada sería necesario cambiar la legislación penal y procesal penal del país una vez que en Escocia no hay previsión legal de concesión de libertad condicional para penas de hasta cuatro años. Así, el cambio sería en el sentido de extender la libertad condicional igualmente a penas de corta duración⁷⁵⁵.

En este contexto, también empezaron las discusiones sobre la posibilidad de añadir otras finalidades distintas al monitoreo telemático como puede ser, a ejemplo de Inglaterra y Gales, la condición para obtener la libertad bajo fianza y proporcionar el control de agresores sexuales y delincuentes violentos, principalmente en el ámbito doméstico.

3.1.3 CANADÁ

Están previstos legalmente en cuatro de las diez provincias y en uno de los territorios canadienses los programas de vigilancia electrónica para condenados⁷⁵⁶. El proceso más significativo es el de la provincia de Columbia Británica que en agosto de 1987 fue precursora en el uso del control telemático y después del análisis de los primeros casos, a partir de 1989, ha implementado el sistema de monitoreo para el resto de su territorio. El programa de vigilancia es destinado a los condenados a penas de prisión entre siete días y seis meses y los internos a quien les queda al menos cuatro meses de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

La concesión de la vigilancia electrónica como alternativa a la cárcel depende de una serie de informes favorables del equipo multidisciplinar que acompaña el proceso y verifica un grado de reinserción social adecuado, e identifica, asimismo, si la situación financiera del condenado le permite vivir de forma lícita fuera del centro penitenciario. En estos casos la duración máxima del monitoreo electrónico es de 90

⁷⁵⁴ DE ROSA TORNER, Fernando, *Las nuevas tecnologías al servicio de la Administración de Justicia*, ob. cit., 2010, p. 24.

⁷⁵⁵ POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., pp. 72-73.

⁷⁵⁶ Los sitios contemplados con los programas de vigilancia electrónica son las provincias de Columbia Británica, Saskatchewan, Terra Nova y Ontario y el territorio del Yukón.

días y posee como punto fundamental la aceptación del sujeto a ser vigilado y de las personas con quien convivirá de forma directa. A diferencia de los países vistos anteriormente, no pueden gozar de esta medida los condenados por delitos sexuales o violentos y los sin ocupación o, en caso de desempleo, que demuestren al menos la intención de buscarlo⁷⁵⁷.

En Canadá las tasas de cumplimiento de las medidas alternativas a la reclusión con medios telemáticos son extremadamente elevadas y se mantienen en torno al 94%, a un coste equivalente a la mitad de los recursos necesarios para mantener un establecimiento penitenciario. El éxito de tales proyectos es atribuido, al menos en parte, a la juiciosa selección de los participantes en el programa y por la combinación de vigilancia electrónica y personal cualificado⁷⁵⁸.

3.1.4 AUSTRALIA

La tecnología disponible para la vigilancia electrónica en Australia está básicamente relacionada con la medida del arresto domiciliario en cuatro de sus seis Estados⁷⁵⁹. La duración de la medida corresponde al periodo en que sería cumplida la pena privativa de libertad y el control de su ejecución se realiza por medio de diversos contactos personales a lo largo del día por parte de los funcionarios penitenciarios, sus compañeros de domicilio o el encargado de la vigilancia en caso de prestación de servicios por una empresa privada, en una proporción de un funcionario para cada diez vigilados.

En el Estado de Nueva Gales del Sur, a pesar de la inexistencia de previsión legal expresa, el arresto domicilio bajo la vigilancia electrónica pasó a ser utilizado en 1992 como pena sustitutiva para los condenados a pena privativa de libertad de hasta 18 meses, en crímenes no violentos, siempre con el consentimiento del penado y de las personas con quien convivirá durante la aplicación de la medida. Generalmente, son

⁷⁵⁷ POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., p. 75.

⁷⁵⁸ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *La cárcel electrónica, El modelo del derecho norteamericano*, ob. cit., p. 50.

⁷⁵⁹ En el Estado de Queensland, la *Corrective Act* de 1988 adoptaba el arresto domiciliario para los condenados a penas de un máximo de cinco años de prisión que habían cumplido parte de la condena. Con todo, la vigilancia electrónica fue suspendida por problemas técnicos. Los tejados de chapa ondulada de la región interferían en la señal de los receptores electrónicos. También en el territorio del norte, el sistema tardó en ser implantado por falta de líneas telefónicas en las residencias de la población aborigen (POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., p. 77).

beneficiarios de estas alternativas a la prisión los autores de conducciones étlicas y delitos patrimoniales⁷⁶⁰.

En Australia Meridional, la alternativa sólo contempla a los liberados condicionales. No obstante, en Australia Occidental, la *Sentence Administration Act* y la *Sentence Act*, ambas de 1995, permiten, respectivamente, el arresto domiciliario con aparatos telemáticos para los condenados a la pena de prisión de hasta 01 año o aquellos a los que falten menos de 12 meses de cumplimiento en prisión y los condenados a trabajos comunitarios con un periodo máximo de duración del arresto de 06 meses⁷⁶¹.

3.1.5 NUEVA ZELANDA

Los sistemas de control electrónico en Nueva Zelanda, siguiendo la tendencia de los países ya estudiados, empezaron en 1995, en la región de Auckland, utilizando la pena de arresto domiciliario como alternativa al encierro en casos de delitos no especialmente violentos, siempre que el individuo fuera condenado a penas de prisión superiores a doce meses y que hubiera extinguido una parte de su condena. En consecuencia, son desde entonces beneficiarios de la sustitución de la prisión por el arresto bajo monitorización electrónica los candidatos a la libertad condicional que hayan extinguido un tercio de su condena y aquellos que ya hayan cumplido al menos dos tercios de la pena total constante en la sentencia criminal⁷⁶².

La duración del arresto domiciliario no puede superar los doce meses de duración y depende de la anuencia del vigilado, así como del consentimiento de los compañeros que compartirán su alojamiento.

3.2 EUROPA CONTINENTAL

3.2.1 SUECIA

Suecia representa el ejemplo más exitoso de implementación del control electrónico en Europa, una vez que alcanzado el objetivo de disminuir la población carcelaria y, a la vez, contribuir al fortalecimiento del régimen abierto, estableció una

⁷⁶⁰ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Nuevas penas: comparación de los resultados de la vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión en los países de nuestro entorno*, ob. cit., p. 135.

⁷⁶¹ POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., pp. 76-77.

⁷⁶² POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., p. 77.

programación meticulosa y adaptada específicamente a su realidad social. Con la aprobación de la Ley de 1 de agosto de 1994, el país adoptó la vigilancia electrónica como auténtica alternativa a la prisión y permitió a la administración de las prisiones y regímenes de libertad condicional vigilada la posibilidad de aplicar a los casos de condenas inferiores a dos meses de prisión un nuevo sistema de cumplimiento de penas en la comunidad mediante la observación telemática⁷⁶³.

Inicialmente, el uso de la monitorización electrónica se restringió al proyecto piloto, compuesto por seis distritos o departamentos de libertad condicional vigilada, que tenía previsto analizar la aplicación del arresto domiciliario bajo vigilancia telemática como sustituto de las penas de corta duración. Después de los primeros dos años de la experiencia, la segunda fase ha extendido el programa a todo el territorio nacional y ampliado la oportunidad de sustitución de la reclusión por el control electrónico a los condenados a tres meses de encarcelamiento⁷⁶⁴.

Según TORRES ROSELL⁷⁶⁵, en el año 1999, las medidas de monitorización electrónica se desarrollaron también en el ámbito de los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos dentro de una propuesta de suspensión de penas privativas de libertad. Dos años después, en 2001, al detectar el mayor riesgo de reincidencia de los internos durante el periodo inmediato a la excarcelación, el gobierno, a través de las administraciones penitenciarias y de *probation*, empezó un nuevo proyecto piloto con el objetivo de evaluar los sistemas vigentes hasta aquel momento y estructurar el trabajo de preparación para el tránsito gradual del interno a la libertad. La supervisión intensiva por medio del monitoreo electrónico, denominada *EM-Release* ha ejercido una función de alternativa adicional a las opciones ya existentes tales como la transferencia a un centro abierto o a una institución de tratamiento⁷⁶⁶.

Los excelentes resultados observados desde entonces han llevado al Poder Legislativo sueco a ampliar el sistema de vigilancia electrónica que pasó a incluir en 2005 las condenas de 18 meses de prisión. En este supuesto, las medidas tienen una duración de uno a cuatro meses, pudiendo prolongarse hasta seis meses en caso de que

⁷⁶³ PEREIRA, Luís de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, ob. cit., p. 257.

⁷⁶⁴ IGLESIAS RÍO, Miguel y PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, ob. cit., p. 1083.

⁷⁶⁵ TORRES ROSELL, Núria, *La supervisión electrónica de penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado*, ob. cit., p. 78.

⁷⁶⁶ Informe publicado por el Consejo Nacional Sueco para Prevención del Crimen (Swedish Council for Crime Prevention, Brottsförebyggande radet- BRA), *Effects or prison-release using electronic tagging in Sweden*, publicado en mayo de 2005 y disponible en [www. bra.se](http://www.bra.se).

el penado haya sido condenado a penas de más de dos años de prisión, tiempo superior al previsto por la legislación inglesa⁷⁶⁷.

En atención a todos estos requisitos y condiciones, en enero de 2007 fue creada en la *Correctional Treatment Act* una nueva modalidad de cumplimiento de la libertad condicional que flexibiliza el sometimiento a la vigilancia electrónica en función de la obtención de un trabajo por parte del penado. A medida que el excarcelado cumpla satisfactoriamente los preceptos de su programa disminuirán las restricciones preestablecidas por el magistrado hasta el punto de conseguir la supresión completa del plan de supervisión telemática⁷⁶⁸.

En líneas generales el programa sueco de vigilancia electrónica se constituye a partir de una supervisión intensiva de los condenados que se concreta en visitas semanales, sin aviso previo, al domicilio del vigilado y posee condiciones imperativas, con tolerancia mínima en caso de no cumplimiento. El consumo de alcohol u otras sustancias estupefacientes está absolutamente prohibido⁷⁶⁹ y los condenados necesitan disponer de una estructura básica con electricidad y teléfono en sus residencias para la instalación adecuada del aparato electrónico. El plan de actividades elaborado para cada individuo incluye, necesariamente, actividades laborales o de estudio y está basado en una relación humana entre los agentes de la *probation* y el sujeto bajo control, lo que se traduce en una postura nueva de los servicios públicos y la consecuente reorganización de las funciones del régimen de prueba y de la libertad condicional vigilada.

Es relevante destacar que toda esta organización en el proceso de supervisión intensiva sólo es posible, en su ejecución, si cuenta con el consentimiento expreso, por escrito, del que será sometido a la vigilancia en lo que respecta al seguimiento del programa motivacional. En este sentido, todos los familiares o personas que conviven con el condenado también deberán estar de acuerdo con la disposición del aparato electrónico que se instalará en su domicilio.

⁷⁶⁷ CARLSSON, K., *Intensive supervision with electronic monitoring in Sweden*, Will electronic have a future in Europe?, ob. cit., p. 72.

⁷⁶⁸ Swedish Council for Crime Prevention, *Extended use of electronic tagging in Sweden, The offenders and victims view*, BRA, Report, 2007, p. 03.

⁷⁶⁹ La mitad de los sometidos a vigilancia son condenados por delito de conducción etílica, castigado con pena de prisión efectiva en la segunda infracción. En segundo lugar están las incidencias en delitos de agresión y en menor medida delitos contra la propiedad, resistencia a la autoridad, fraude y malversación (PARES I GALLÉS, Ramón, *Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro*, ob. cit., p. 266).

El coste diario del arresto domiciliario bajo control electrónico es inferior al de un día de prisión en régimen abierto, previéndose aún una repercusión simbólica en el patrimonio del condenado por la instalación y manutención de los instrumentos de control. El destino de las cantidades recaudadas con las medidas electrónicas es un fondo nacional de compensación a las víctimas. Así, la obligación pecuniaria se justifica por ser un instrumento de prevención especial y, a la vez, compensar la ventaja proporcionada al condenado que al no estar preso puede trabajar. Sin embargo, se puede con carácter excepcional, suspender la obligación de pago atendiendo a las circunstancias personales del sujeto vigilado⁷⁷⁰.

Con relación a los supuestos de revocación se prevé que ante la comisión de una falta grave el condenado deberá cumplir el resto de la condena en prisión, abonándose, de todas formas, el período durante el cual el sujeto estuvo dentro del programa de supervisión intensiva. Las causas más frecuentes de revocación son el consumo de alcohol u otras drogas ilícitas, las ausencias injustificadas del domicilio o del lugar determinado por el magistrado, la falta de participación en los procedimientos de control, facturas de teléfono no pagadas o la manipulación del aparato electrónico⁷⁷¹.

Los datos expuestos hasta aquí ayudan a explicar la valoración positiva que posee el sistema de vigilancia electrónica en Suecia y sus tasas de cumplimiento extraordinariamente elevadas, cerca del 92%, llevando a la esperada reducción de la población carcelaria y a la continuidad del programa, objeto de evaluación permanente por el Consejo Nacional para la Prevención del Delito. Aunque la política de planificación demuestre ser, en estos casos, extremadamente rigurosa, se concluye que esta modalidad sancionadora es más humana y menos dañina para el individuo condenado que vivir en prisión, sin perder con todo la credibilidad y el respeto de la sociedad por las instituciones estatales y la legitimidad de la norma penal⁷⁷².

3. 2. 2 HOLANDA

La discusión sobre la utilización de nuevas tecnologías como alternativa viable para la disminución de la superpoblación carcelaria se produjo preliminarmente

⁷⁷⁰ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Guén, *La cárcel electrónica, El modelo del derecho norteamericano*, ob. cit., p. 51.

⁷⁷¹ PARES I GALLÉS, Ramón, *Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro*, ob. cit., p. 266

⁷⁷² PEREIRA, Luís de Miranda, *Control electrónico de delinquentes*, ob. cit., p. 258.

en el Parlamento holandés en 1987. Sin embargo, los estudios realizados por una comisión designada oficialmente, añadidos a los resultados ambiguos presentados por la realidad estadounidense, frenaron durante algunos años la incorporación jurídica de la vigilancia electrónica en aquél país. Solamente en julio de 1995 se instalaron las primeras experiencias en cuatro departamentos judiciales del Norte del país y como resultado de las evaluaciones positivas de los datos obtenidos anualmente, el programa fue ampliado en 2000 al resto del país⁷⁷³.

Los programas de monitoreo electrónico son aplicados siempre de forma conjunta con otros tipos de sanción penal y están destinados a todo delincuente que haya cumplido más de la mitad de la pena de prisión y demuestre condiciones personales para avanzar a un régimen más favorable de semilibertad o prisión abierta. También podrán ser candidatos al sistema de vigilancia electrónica los individuos con condena superior a seis meses y que por eso no puedan beneficiarse de las penas de ejecución en la comunidad, siempre que la medida sea socialmente recomendable⁷⁷⁴.

De forma similar al caso sueco, la selección de los candidatos será realizada a través de los servicios de *probation* que verificarán en las entrevistas el grado de motivación del individuo, las condiciones sociales, familiares y estructurales para la instalación de los aparatos electrónicos y establecerá, con la anuencia del condenado y del Ministerio Fiscal, un plan de ejecución de la pena que implique actividades laborales, de tratamiento o estudio en un periodo no inferior a 20 horas semanales. La duración del programa de supervisión electrónica no podrá exceder los seis meses y la comisión de nuevos delitos o la violación de las reglas previamente establecidas llevarán a la revocación de la medida de control con el consecuente ingreso del sujeto en la cárcel.

La experiencia holandesa con el control electrónico ha alcanzado excelentes índices de cumplimiento, cerca del 90% de los casos, gozando así de buena acogida en la comunidad. Actualmente engloba también a los liberados condicionales con carácter anticipado, durante el último período del cumplimiento de penas más largas y a los

⁷⁷³ POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., p. 80.

⁷⁷⁴ En caso de que el magistrado entienda que es útil mantener fuera de la cárcel a un individuo condenado a una sanción superior a seis meses, deberá emitir sentencia combinando una pena de ejecución en la comunidad con otra de libertad condicional, ambas aplicadas bajo la forma del arresto domiciliario con aparatos electrónicos (PEREIRA, Luís de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, ob. cit., p. 260).

condenados a penas cortas de privación de libertad (de 6 a 12 meses), siempre que el vigilado disponga de domicilio fijo y de una ocupación laboral o académica⁷⁷⁵.

Cabe resaltar que, siguiendo la oleada de innovaciones telemáticas de entonces, el Ministerio holandés de Justicia inauguró el 25 de enero de 2006 en la ciudad de Lelystad (situada en el centro del país) un nuevo concepto de cárcel electrónica para condenados a penas cortas, que supone un ahorro para la Administración por medio de un sistema de recompensas para los presos. Este sistema presenta características distintas a las de los países anteriormente mencionados porque las modernas tecnologías se emplean intramuros del establecimiento carcelario, no como medios sustitutivos de la pena privativa de libertad, sino como un nuevo modelo de centro penitenciario dispuesto a ofrecer un grado más alto de libertad de movimiento y autorresponsabilidad a los reclusos⁷⁷⁶.

En la cárcel de Lelystad, construida para los presos no violentos y con condenas inferiores a cuatro meses, los penados utilizan una muñequera de control telemático (*tagging*) que incorpora un chip. Con coste más bajo que el de una cárcel tradicional, por medio del instrumento individual de control, se permite que los internos hagan compras, vean la televisión, escuchen la radio o participen en cursos educativos a distancia. A través de los monitores, los sujetos controlados recibirán también la programación individualizada de actividades y servicios que deben desarrollar diariamente. Comprobado el buen comportamiento del interno éste adquiere beneficios, como más tiempo para realizar llamadas telefónicas, acceso a otros canales de televisión, etc.⁷⁷⁷

A pesar de los beneficios económicos e institucionales proporcionados por el desarrollo de los instrumentos tecnológicos a servicio del sistema penitenciario holandés, en lo que respecta a las penas de corta duración, la solución parece inapropiada, una vez que mundialmente se busca la apertura de las prisiones. Lo ideal en casos de criminales de baja peligrosidad es fomentar medidas de excarcelación, buscando puentes con el mundo exterior e intentando paulatinamente reintegrar al individuo en el cuerpo social. Por lo tanto, el tratamiento de este tipo de delincuente debe orientarse a un mayor grado de libertad y en caso de que el condenado esté

⁷⁷⁵ PEREIRA, Luís de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, ob. cit., p. 260.

⁷⁷⁶ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *La cárcel de Lelystad: otro modelo de cárcel electrónica*, ob. cit., p. 02.

⁷⁷⁷ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *La cárcel de Lelystad: otro modelo de cárcel electrónica*, ob. cit., p. 01.

controlado electrónicamente, siempre que sea posible, es aconsejable que éste esté inserido en la sociedad⁷⁷⁸.

3.2.3 FRANCIA

Acerca de los sistemas de monitorización telemática en Francia, se puede mencionar como primera manifestación un informe elaborado por el Poder Ejecutivo sobre la modernización de los servicios penitenciarios donde, ya en el año 1990, se incluía el arresto domiciliario bajo vigilancia electrónica como alternativa para contener la superpoblación carcelaria. Algunos años más tarde, estudios elaborados por el senador Cabanel, en la búsqueda de la mejor opción para prevenir la reincidencia, presentaron un balance positivo del monitoreo electrónico y recomendaron su utilización como modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad⁷⁷⁹.

En el plano legislativo, el sometimiento a vigilancia electrónica se incorporó al Código Procesal Penal a través de la Ley de 19 de diciembre de 1997, pero ha necesitado tres años para que, efectivamente, empezase a ser utilizada, formando parte de las medidas cautelares vinculadas a la prisión provisional. Como resultado de las prácticas desarrolladas a partir del año de 2000, la reforma del Código por el Decreto de 03 de abril de 2002, ratificó la posibilidad de aplicación de la vigilancia electrónica como alternativa a la prisión provisional y reguló también su uso como modalidad de ejecución de penas cortas o del último período de las privativas de libertad, en ambos casos con el límite de un año en cómputo global de la condena impuesta o pendiente de cumplimiento. Con el mismo límite de un año, fue prevista su aplicación como período de prueba previo a la libertad condicional⁷⁸⁰.

En 2005, la Ley 1549 de 12 de diciembre incorporó la supervisión telemática también a los individuos que ya habían completado la ejecución de la condena impuesta⁷⁸¹. En este mismo año fue creado legalmente el monitoreo electrónico

⁷⁷⁸ ABA CATOIRA, Ana, *Videovigilancia y la garantía de los derechos individuales: su marco jurídico*, ob. cit., p. 13.

⁷⁷⁹ CARDET, Christophe, *Le placement sous surveillance électronique*, La Justice au quotidien, L'Harmattan, Paris, 2003, p.28.

⁷⁸⁰ MACHADO, Nara Borgo Cypriano, *Crise no sistema penitenciário brasileiro: o monitoramento eletrônico como medida de execução penal*, Anales del XVIII Congreso Nacional del COMPENDI, realizado en São Paulo, en los días 04 a 7 de noviembre de 2009, p. 2447.

⁷⁸¹ TORRES ROSELL, Núria, *La supervisión electrónica de los penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado*, ob. cit., p. 78.

móvil realizado por medio del GPS para casos específicos tipificados en el Código penal francés (art. 131-36-9 y 131-36-10)⁷⁸².

El condenado que participe en estos programas de monitorización electrónica se somete a la permanencia en su domicilio u otro lugar determinado por la autoridad judicial en los periodos establecidos de acuerdo con el ejercicio de actividades laborales o educacionales, tratamientos médicos o psicológicos y su participación en la vida familiar. En este sentido, como ocurría en otros sistemas, es necesario que el vigilado tenga una residencia estable y una línea telefónica durante el cumplimiento de control electrónico. Todos los procedimientos tecnológicos mencionados deberán ser homologados por el Ministerio de Justicia teniendo en cuenta el respeto a los principios de la dignidad, la integridad y la intimidad de la persona⁷⁸³.

El seguimiento de las medidas de control es ejercido por funcionarios penitenciarios autorizados a utilizar sistemas de tratamiento automatizado de datos personales y verificar el cumplimiento de las restricciones que componen el plan individualizado de cada condenado, relatando en informes periódicos al magistrado competente el desarrollo de la medida ante el sujeto vigilado⁷⁸⁴.

3.2.4 OTROS PAÍSES

En Italia, la adopción de las nuevas tecnologías en el ámbito penal está marcada por la entrada en vigor, el 5 de abril de 2001, del Decreto-Ley aprobado en noviembre del año anterior, introduciendo la vigilancia electrónica como instrumento de control del arresto domiciliario, a través de un sistema de vigilancia activa, bajo supervisión policial⁷⁸⁵. Con costes inferiores a los recursos necesarios para una cárcel tradicional la introducción de la medida se justifica, entre otros beneficios, por la economía de medios materiales y personales. Bajo este nuevo formato, la violación por el condenado de las reglas anteriormente establecidas implicará el ingreso en prisión para el cumplimiento de la pena agravada, por otra adicional⁷⁸⁶.

⁷⁸² MACHADO, Nara Borgo Cypriano, *Crise no sistema penitenciário brasileiro: o monitoramento eletrônico como medida de execução penal*, ob. cit. p. 2447.

⁷⁸³ POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., p. 80.

⁷⁸⁴ CÉRÉ, Jean-Paul y JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. (Org.), *Les systèmes pénitentiaires das le monde*, Dalloz, Paris, 2007, p. 198-199.

⁷⁸⁵ POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., p. 82.

⁷⁸⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica*, Boletim IBCCRIM n.º 170, São Paulo, 2007, pp.2-3.

En Suiza, los sistemas de control electrónico son empleados de forma habitual desde 1994 como sustitutos de las penas cortas de prisión. En el año 1999 sus funciones fueron ampliadas y han pasado del mismo modo a ser utilizados en la etapa intermedia entre el tercer grado y la libertad condicional para penas superiores a dos años y medio de prisión. También en Bélgica el uso de la vigilancia electrónica se ha consolidado por medio de experiencias tecnológicas utilizando aparatos de identificación de voz. En otros países como Alemania, Noruega, Dinamarca, Portugal⁷⁸⁷, España y Brasil, estos dos últimos estudiados a continuación, se identifica igualmente la imparable incursión en la búsqueda de establecer definitivamente la vigilancia electrónica como técnica de excarcelación sin poner en peligro la seguridad ciudadana⁷⁸⁸.

3.3 LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

La Constitución española establece como principios básicos de la ejecución de las penas privativas de libertad la reeducación social del penado y la observancia de los derechos fundamentales del interno bajo responsabilidad del Estado. Con todo, en lo que respecta al control de delincuentes por medio de instrumentos telemáticos no hay en el texto constitucional ninguna referencia. Según defiende PARÉS I GALLÉS⁷⁸⁹, el legislador de 1995 tampoco se atrevió a incluir la modalidad de control electrónico en el rol de sanciones del Código penal, no obstante, ha permitido una cierta experimentación en el ámbito penitenciario.

En España, la primera referencia legal a la vigilancia electrónica apareció de forma muy tímida en Real Decreto 190/96, de 09 de febrero, introduciendo dentro del capítulo regulador del régimen abierto la posibilidad de implantar un control telemático o, alternativamente, medios de control presenciales, pero exclusivamente a internos clasificados en tercer grado, iniciando así sus ensayos a partir de una población carcelaria de bajo riesgo y con pequeña intervención judicial⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ La revisión de 1988 del Código de Proceso Penal portugués ha agregado al artículo 201º un número dos, que prevé la fiscalización del cumplimiento de la obligación penal a través de medios técnicos de control a distancia (PEREIRA, Luís de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, ob. cit., p. 267).

⁷⁸⁸ REIS, Fábio André Silva, *Monitoramento eletrônico de prisioneiros (as): breve análise comparativa entre as experiências inglesa e sueca*, Disponible en: www.fabioreis.org.

⁷⁸⁹ PARÉS I GALLÉS, Ramón, *Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro*, ob. cit., p. 270.

⁷⁹⁰ LEGISLACIÓN PENITENCIARIA, Edición preparada por Esteban Mestre Delgado, con la colaboración de Carlos García Valdés, 8ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, pp. 196-197.

El tercer grado con control telemático es una figura especializada creada por el Reglamento Penitenciario. La Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) no menciona nada sobre el tema. Aun así, su referencia es obligatoria porque la Ley Orgánica General Penitenciaria establece en términos generales cómo debe estar estructurado el sistema penitenciario, determinando aspectos esenciales para entender la dinámica de la ejecución de sanciones. De acuerdo con las finalidades de la pena privativa de libertad, la LOGP instituye los requisitos básicos para la clasificación en grados, los tipos de tratamiento adecuados a los delitos y delincuentes, las posibilidades de progresión o regresión de régimen penitenciario y la distribución de competencias entre los distintos órganos⁷⁹¹.

El tercer grado se destina a todos los internos que, por sus características personales y penitenciarias, sean aptos para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad así como para aquellos penados que desde el primer momento, en la clasificación inicial, demuestren escasa peligrosidad o dificultades para delinquir, a ejemplo de las personas con enfermedades muy graves incurables, demostradas por detallados informes médicos. Por eso, resulta contradictorio que individuos clasificados en tercer grado y gozando de un régimen abierto pleno, marcado por el trabajo exterior diario y posibilidades de permisos de salida más frecuentes necesiten, obligatoriamente, dormir en el centro penitenciario⁷⁹².

En este sentido, el artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario de 1996 ha previsto que, con la intención de evitar la obligación de permanecer un mínimo de ocho horas diarias en un establecimiento de régimen abierto y también pernoctar allí, el interno, de modo voluntario, puede someterse a una vigilancia fuera de la institución carcelaria, regulada a través de dispositivos telemáticos u otros mecanismos de control, suministrados por la Administración Penitenciaria⁷⁹³. Como consecuencia de la aceptación del control electrónico, se permite al penado limitar su tiempo de permanencia en el centro penitenciario al desarrollo de actividades de tratamiento, entrevistas y seguimiento de los servicios sociales⁷⁹⁴.

Sin embargo, las disposiciones del artículo 86.4 continuaron latentes y sin una utilización práctica hasta el año 2000, cuando la Dirección General de Instituciones

⁷⁹¹ VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, ob. cit., p. 03.

⁷⁹² PARÉS I GALLÉS, Ramón, *Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro*, ob. cit., p.269.

⁷⁹³ LEGISLACIÓN PENITENCIARIA, ob. cit., p. 196-197

⁷⁹⁴ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel y PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, *La pena de localización permanente y su seguimientos con medios de control electrónico*, ob. cit., p. 1085.

Penitenciarias (DGIP) desarrolló un programa piloto en el Centro de Reinserción Social Victoria Kent, en Madrid, que contó preliminarmente con la participación de 10 internos clasificados en tercer grado. Ante los buenos resultados conseguidos, en 2001 la nueva experiencia de arresto domiciliario con control electrónico fue extendida a 150 penados en 20 cárceles españolas y, posteriormente, alcanzó todo el territorio nacional⁷⁹⁵.

Manifiesta la decisión de implantar definitivamente los instrumentos telemáticos en las prácticas penitenciarias típicas de tercer grado, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias priorizó, siempre que fuera posible ante las particularidades del interno, la aplicación del control electrónico sobre otras formas de control presencial como visitas, comunicaciones telefónicas o presentación periódica del condenado en la unidad penitenciaria. El control realizado por trabajadores sociales pasa a tener una función complementaria o sustitutiva de la vigilancia telemática. La Instrucción nº 13/2001, de 10 de diciembre, regula que *“salvo excepciones justificadas, el interno incluido en programa de monitorización electrónica, pasará al menos, un control presencial cada quince días”*⁷⁹⁶.

Tras la reforma del Código penal producida por la ley orgánica de 25 de noviembre de 2003, el artículo 48 del diploma criminal clasifica, como penas privativas de derechos, la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos; la prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas y, añadió en su último apartado, que el *“Juez o Tribunal podrá acordar que el control de las medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan”*⁷⁹⁷.

En el año 2004, como arma en la lucha contra la Violencia de Género, la Ley Orgánica nº 01/ 2004, de 28 de diciembre, en su artículo 64, apartado 3º, determinó que el Juez podrá impedir que el supuesto agresor se aproxime de la víctima de violencia doméstica, prohibiendo que aquel se acerque a la persona protegida donde esta se encuentre. Para garantizar la efectividad de esta medida protectora, podrá acordarse

⁷⁹⁵ En Cataluña también ha sido creado en el año 2000 un proyecto experimental combinado con programas ocupacionales o de terapia por un periodo de 12 meses. El arresto domiciliario tenía duración de ocho horas al día, dentro de los horarios laborales y era destinado a condenados que ya disfrutaban del régimen abierto ocho meses antes del proyecto y a los que les quedaban menos de dos años para la excarcelación definitiva (RENART GARCÍA, Felipe, *Libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, ob. cit., pp. 285-287).

⁷⁹⁶ DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Instrucción 13/2001, de 10 de diciembre, *Aplicación del art. 86.4 del Reglamento Penitenciario*, Ministerio del Interior, Madrid, 2001, pp. 1-7.

⁷⁹⁷ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo, *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control electrónico una alternativa al cárcel?)*, ob. cit., p. 218.

la utilización de instrumentos electrónicos adecuados para identificar con anterioridad y seguridad la violación de las reglas de alejamiento⁷⁹⁸.

Aún sobre la aplicación del art. 86.4 del Reglamento Penitenciario, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, con la intención de resolver algunas ambigüedades existentes en la Instrucción 13/2001, dictó en 2006 la Instrucción nº 13, de 23 de agosto, que a su vez, derogó la Instrucción anterior, de 10 de diciembre de 2001, como forma de solucionar las cuestiones pendientes sobre las finalidades, características, requisitos y todo el procedimiento necesario para la aprobación de los medios de control telemáticos en la realidad carcelaria⁷⁹⁹.

Para VEGA ALOCÉN⁸⁰⁰, incluso con la entrada en vigor de la Instrucción 13/2006 el artículo 86.4 del Reglamento Penitenciario continua adoleciendo de defectos de técnica jurídica. Según el doctrinador español el dispositivo mencionado fue creado sin considerar la jerarquía normativa adecuada para el tema regulado. A pesar de que en la práctica las instrucciones penitenciarias adquirieron una relevancia decisiva, lo correcto sería legislar sobre la materia por medio de ley ordinaria y de esta manera evitar la vulneración de derechos fundamentales a través de métodos de control invasivos. La aprobación del uso de los instrumentos telemáticos debe así, ser de competencia exclusiva del poder judicial, más específicamente del juez de vigilancia penitenciaria, a quien se determina salvaguardar los derechos de los internos⁸⁰¹.

Pasados cuatro años, dentro de un proceso democrático de constante revisión, ha tenido lugar en España otra relevante reforma en el cuerpo del Código Penal español. La Ley Orgánica 05/2010, de 22 de junio, ha supuesto, en lo que respecta a la vigilancia electrónica, algunos cambios significativos⁸⁰².

La pena de localización permanente, a partir de la reforma de 2010 ocupa un papel más destacado por representar una fórmula alternativa a las penas de prisión de corta duración en España⁸⁰³. Como sanción sustitutiva a la pena privativa de libertad, se le confiere más contenido y extensión. En el apartado 1 del artículo 37 del Código penal

⁷⁹⁸ SENÉS MOTILLA, Carmen, *Las órdenes de alejamiento y de salida del domicilio adoptadas en los procesos sobre violencia de género*, ob. cit., p. 04.

⁷⁹⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Instrucción 13/2006, de 23 de agosto, *Aplicación del art. 86. 4 del Reglamento Penitenciario*, Ministerio del Interior, Madrid, 2006, pp. 1-11.

⁸⁰⁰ VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, ob. cit., p. 04

⁸⁰¹ LEGANÉS GOMÉZ, Santiago, *La evolución de la clasificación penitenciaria*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, Madrid, 2005, p. 154.

⁸⁰² CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, BOCE, nº. A-52-12, de 06 de mayo de 2010.

⁸⁰³ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel y PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, ob. cit., p. 1085.

se amplía la posibilidad de la localización permanente para condenas cortas y su consecución obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado por el Juez por un periodo de hasta 06 meses. Para asegurar el cumplimiento efectivo de la condena, el apartado 4 del art. 37, añadido con la reforma, dispone que *“el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo”*⁸⁰⁴.

Otro tema extremadamente relevante presente en la LO 05/2010, de 25 de junio, que ha modificado el Código Penal de 1995, es la ordenación y clasificación del trato dirigido a las conductas y grupos que tengan por finalidad el ejercicio del terrorismo y a los autores de delitos sexuales. En este sentido, como ya se ha mencionado en el capítulo anterior, se ha previsto en el apartado 3 del art. 96 una nueva medida llamada libertad vigilada. Aplicada a sujetos inimputables o semi-imputables y a los sujetos con pronóstico de reinserción social desfavorable, la libertad vigilada asume un carácter postpenitenciario para los casos de terrorismo y delincuencia sexual y se impondrá en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación⁸⁰⁵.

La libertad vigilada se constituye como una medida de seguridad no privativa de libertad, con una duración máxima de cinco a diez años y cuyo contenido se materializa en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conductas empleadas no sólo para certificar la reinserción social del penado, sino también para proteger a las víctimas. Con los cambios en la redacción del art. 106 del Código penal, la libertad vigilada consiste en el sometimiento del condenado a control judicial, que puede ser ejercido, según la alínea “a” del art. 106, obligando, entre otras cosas, a que el condenado esté siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente⁸⁰⁶.

Con todo, algo importante que se puede percibir en este proceso de monitorización electrónica es que ha quedado fuera de las previsiones legales otra opción válida: la libertad condicional, así como su adelantamiento. Tal vez el legislador haya comprendido que la aplicación de los dispositivos telemáticos podría suponer un control adicional excesivo e innecesario. Sin embargo, el tercer grado con medios de

⁸⁰⁴DÍAZ SASTRE, Cristina, *Las medidas de seguridad con la nueva reforma del Código Penal: la libertad vigilada como modalidad postpenitenciaria*, Revista de Derecho y Proceso Penal, nº. 25, 2011, pp. 45-46.

⁸⁰⁵ CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, BOCE, nº. A-52-12, de 06 de mayo de 2010.

⁸⁰⁶ CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Preámbulo, BOCE, nº. A-52-12, de 06 de mayo de 2010, p. 02.

control produce una desvinculación física completa del penado con la prisión. En la práctica, igual que en la libertad condicional, supone adelantar la libertad efectiva.

3.4 EL CASO BRASILEÑO

Cuando se trata del desarrollo de las medidas de control por medio de instrumentos electrónicos, se puede afirmar que Brasil, en términos legislativos, se encuentra en fase casi embrionaria. Así como en la mayoría de los países del mundo, la pena privativa de libertad, se muestra incapaz de reeducar al delincuente y los altos índices de encarcelamiento llevan a replantear los métodos de lucha contra la criminalidad. Desde esta perspectiva, la discusión sobre el uso de la vigilancia electrónica como alternativa en delitos de baja peligrosidad adquiere, aunque de forma tardía, una importancia determinante en los nuevos rumbos del sistema penal brasileño⁸⁰⁷.

En Brasil, la monitorización electrónica está siendo analizada en el Congreso Nacional desde el año 2006. La justificación de los proyectos presentados reside en la necesidad urgente de disminuir el absurdo número de reclusos existentes en los establecimientos penitenciarios federales y regionales y a la vez promover la reinserción social del condenado. En líneas generales todas las iniciativas legislativas versan sobre la posibilidad de control electrónico en los regímenes abierto y semiabierto, en la libertad condicional, las salidas temporales y como medida cautelar en sustitución a las prisiones provisionales⁸⁰⁸.

Se verifica que tanto en el Senado brasileño como en la Cámara de los Diputados, incluso antes de existir cualquier legislación federal aprobada sobre el tema, ya se buscaba una forma de viabilizar la utilización de la vigilancia electrónica como alternativa al encierro y sus inevitables consecuencias. En el Estado de Paraíba, el Juez de las Ejecuciones Penales de la Comarca de Guarabira, Bruno de Azevedo Isidro, implantó en colaboración con una empresa de seguridad privada (INSIEL), en julio de 2007, un programa piloto de control de presos con mecanismos telemáticos. El proyecto, denominado “Libertad vigilada, sociedad protegida” empezó a trabajar con

⁸⁰⁷ LUCA, Javier Augusto de y POULASTROU, Martín, *Libertad vigilada por monitoreo electrónico*, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, n° 7, 1997, p. 651 – 663.

⁸⁰⁸ DELA-BIANCA, Naiara Antunes, *Monitoramento eletrônico de presos, Pena alternativa ou medida auxiliar da execução penal?*, Jus Navigandi, Teresina, Ano 16, n°. 2748, 9 Jan. 2011, Disponible en el sitio: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18126>, Acceso en 25 de mayo de 2012.

seis penados que, voluntariamente, aceptaron participar en la experiencia pionera y pasaron a ser supervisados por medio de instrumentos electrónicos conectados a sus tobillos. También en los Estados del Paraná y Minas Gerais fueron registradas iniciativas en este sentido⁸⁰⁹.

A pesar de las medidas prácticas aisladas y de la existencia de innumerables Proyectos de Ley sobre el tema a la espera de votación en el Congreso Nacional, de forma concreta, hay actualmente pocas normas jurídicas vigentes que regulen de alguna forma la vigilancia electrónica en el país. La primera manifestación legislativa en este aspecto sólo se ha producido en 2010, con la Ley nº 12.258, de 15 de junio, que ha alterado dispositivos legales en Ley de Ejecución Penal brasileña⁸¹⁰.

La Ley nº 12.258/2010 autoriza la supervisión telemática de penados efectivamente en caso de salidas temporales, dentro de los regímenes semiabierto, abierto y para las medidas de prisión domiciliar. Aunque estuviese prevista en el Proyecto de Ley, no se consideró la posibilidad de que la libertad condicional contase con medios electrónicos en su ejecución⁸¹¹.

Los procedimientos de monitoreo podrán ser realizados a través de pulseras o dispositivos electrónicos conectados al tobillo de los individuos. Como forma complementaria de control, el sujeto vigilado también deberá recibir visitas del servidor responsable de la vigilancia y tendrá que contestar sus solicitudes de contacto, cumpliendo las debidas orientaciones para el mantenimiento del aparato electrónico y seguimiento de las restricciones establecidas por decisión judicial. La violación de las reglas a que esté sometido el penado o la manipulación del equipamiento de control puede generar desde una advertencia escrita hasta la revocación de la autorización de salida o prisión domiciliar⁸¹².

En el campo procesal penal, la entrada en vigor de la Ley 12.403/2011, de 4 de mayo, ha añadido a la lista de medidas cautelares distintas de la prisión la monitorización electrónica⁸¹³. En el mismo año la Presidencia de la República emitió el Decreto 7.627, de 24 de noviembre, con el fin de regular el monitoreo telemático de

⁸⁰⁹ MACHADO, Nara Borgo Cypriano, *Crise no sistema penitenciário brasileiro: o monitoramento eletrônico como medida de execução penal*, ob. cit. p. 2444.

⁸¹⁰ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Casa Civil, Ley nº 12.258/2010, de 15 de junio.

⁸¹¹ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Casa Civil, Ley nº 12.258/2010, de 15 de junio.

⁸¹² ARAÚJO NETO, Félix y MEDEIROS, Rebeca Rodrigues Nunes, *O monitoramento eletrônico de presos e a Lei nº 12.403/2011*, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011, http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9894&revista_caderno=22, Acceso en 25 de mayo de 2012.

⁸¹³ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Casa Civil, Ley nº 12.403/2011, de 04 de mayo.

personas previsto en los dos diplomas legales anteriormente mencionados. El documento presidencial conceptúa la monitorización electrónica como la “*vigilancia telemática posicional a distancia de personas presas por medida cautelar o condenadas por sentencia firme, ejecutada por medios técnicos que permitan indicar su localización*”⁸¹⁴.

Según el artículo 4º del Decreto 7.627 la responsabilidad de la administración, ejecución y control de la monitorización cabe a los órganos de gestión penitenciaria que, además de verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas para cada individuo en la decisión judicial que determinó la vigilancia, deberá dirigir al Juez responsable informes periódicos de seguimiento de la medida. Cabe resaltar que consta en el Decreto la recomendación de que el aparato electrónico sea utilizado de forma que respete la integridad física, moral y social del individuo vigilado, preservando, inclusive el secreto sobre sus datos e informaciones a todo servidor que no esté autorizado en función de sus atribuciones⁸¹⁵.

Así como en el caso español, la utilización de los medios de vigilancia electrónica en la legislación brasileña no incluye a la institución de la libertad condicional, aunque su necesidad haya sido mencionada anteriormente en diversos proyectos de leyes y apuntada por parte de la doctrina penal y penitenciaria como mecanismo viable para evitar la reincidencia⁸¹⁶.

4. LA POSIBLE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El control de delincuentes es actualmente algo imposible de ignorar en el contexto de materialización de la práctica del Derecho penal. Los avances tecnológicos han alcanzado también al ámbito penitenciario y resultaría irracional esperar que en la era de la sociedad de información, una institución en crisis como la prisión continuara inalterable ante las nuevas tecnologías. En verdad, la representación de la cárcel electrónica debe ser comprendida como una consecuencia lógica de una revolución que afecta a todos los órdenes del cuerpo social. Así como la escritura, la imprenta o la

⁸¹⁴PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Casa Civil, Art. 2º del Decreto nº 7.627/2011, de 24 de noviembre. La traducción del texto original en portugués fue realizado por la autora de esta investigación.

⁸¹⁵ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Casa Civil, Decreto nº 7.627/2011, de 24 de noviembre.

⁸¹⁶ ARAÚJO NETO, Félix y MEDEIROS, Rebeca Rodrigues Nunes, *O monitoramento eletrônico de presos e a Lei nº 12.403/2011*, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011, http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9894&revista_caderno=22, Acceso en 25 de mayo de 2012.

llegada de la televisión promovieron sorprendentes cambios en la estructura económica y política de las poblaciones, internet, la codificación digital y los sistemas de localización vía satélite requieren una análisis de su dimensión global, como fenómeno socio-cultural⁸¹⁷.

En los medios jurídicos, sobre todo en aquellos comprometidos con la defensa de los valores esenciales del hombre, hay una gran preocupación por la posibilidad de que el control electrónico acabe por vulnerar principios básicos del Estado Democrático de Derecho como la libertad, la dignidad y la intimidad del individuo vigilado. La cuestión crucial de la monitorización electrónica reside en cómo compatibilizar las exigencias de orden y libertad dentro del perfil de desarrollo humano contemporáneo⁸¹⁸. En el presente contexto, de clara búsqueda de una mayor humanización en la ejecución de la pena privativa de libertad, es esencial que se establezcan serias garantías para evitar que la vigilancia electrónica se transforme en un instrumento deshumanizado de dominación⁸¹⁹.

Parte de la doctrina científica considera que el control telemático es solamente un reflejo más de la tendencia estatal de vigilar y controlar a los ciudadanos, suponiendo en consecuencia un ataque frontal a la dignidad humana⁸²⁰. Para GARLAND⁸²¹, incluso, la cárcel electrónica no es consecuencia de una evolución espontánea, sino que es el resultado de la convergencia de dos procesos: la revolución tecnológica y las ideas que subyacen tras la “cultura del control”. Afirma también, recordando la teoría de Foucault, que bajo la palabra “control” se esconden conceptos como “poder”, “conocimiento” y “disciplina”. No obstante, esta postura es controvertida.

Por otro lado, hay autores que defienden la constitucionalidad de la utilización de medios telemáticos porque entienden que, desde la perspectiva de los fines de la pena privativa de libertad y teniendo en cuenta el valor constitucional prioritario de la resocialización del penado, debe reconocerse que supone un beneficio

⁸¹⁷ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *La cárcel electrónica, El modelo del derecho norteamericano*, ob. cit., pp. 38-39.

⁸¹⁸ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Vigilancia electrónica, criminalidad y sociedad de riesgos: la difícil compatibilización del proyecto de nueva ley francesa antiterrorista y los derechos fundamentales individuales*, ob. cit., p. 13.

⁸¹⁹ LEGANÉS GOMÉZ, Santiago, *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, ob. cit., p. 105.

⁸²⁰ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, ob. cit., p. 60.

⁸²¹ GARLAND, David, *La cultura del control*, ob. cit., p. 275.

proporcionar al individuo la posibilidad de que conviva con su familia y amigos, conserve su trabajo, siga con sus estudios y, especialmente, no necesite sufrir los efectos desocializadores y la estigmatización social provocados por la permanencia en la cárcel⁸²².

Dentro de esta línea de argumentación se sostiene que el uso de la vigilancia electrónica comporta una considerable mejora en la efectividad y en el coste de los programas correccionales, facilitando la rehabilitación del delincuente y permitiendo futuras concesiones de la libertad condicional con mayor probabilidad de acierto. La vigilancia electrónica sería incluso una medida más humana y más apropiada que la prisión para determinados delincuentes con circunstancias especiales como es el caso de los ancianos, enfermos graves, mujeres embarazadas y personas minusválidas⁸²³.

Aunque no exista unanimidad sobre las ventajas y problemas generados a partir del control telemático, todos los autores apuntan la necesidad de proteger la institución de la vigilancia electrónica con garantías legales ineludibles para resguardar los derechos fundamentales de los penados⁸²⁴.

4.1 DERECHO A LA DIGNIDAD

En lo que respecta a la vigilancia electrónica y a la dignidad, las discusiones doctrinarias se centran en saber si la colocación de aparatos electrónicos en el cuerpo del condenado puede implicar una estigmatización social que pueda ser entendida como la aplicación de una pena degradante, que compromete la autonomía y la estabilidad moral del ser humano.

Para ESCOBAR MARULANDA⁸²⁵ la dignidad humana se forma a partir de dos elementos. En primer lugar, la autonomía ética del individuo impide que una persona se convierta en un objeto o un instrumento de alguien. Sin embargo, esta realidad individual está íntimamente ligada a la integridad del sujeto como ser social, que necesita elementos básicos de subsistencia y oportunidades para satisfacer sus necesidades en comunidad. Bajo esta perspectiva, el jurista español, considera que el monitoreo telemático, aunque ejercido en el tercer grado, supone una pena inhumana y

⁸²² RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Nuevas penas: Comparación de los resultados de la vigilancia electrónica como sustituto de la prisión en los países de nuestro entorno*, ob. cit., pp. 140-141.

⁸²³ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, ob. cit., p. 61.

⁸²⁴ VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, ob. cit., p. 13.

⁸²⁵ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo, *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control una alternativa a la cárcel?)*, ob. cit., p. 220.

viola la dignidad del penado, por restringir su autonomía ética y permitir que otras personas tengan acceso a sus actividades. Eso, además de reducir la calidad de vida del sujeto, lo transforma en un objeto de control.

Discordando con esta postura, POZA CISNEROS⁸²⁶ defiende que la pulsera electrónica afecta de forma mínima la llamada autonomía ética del individuo vigilado y no representa, necesariamente, un control más gravoso que el realizado por funcionarios de la Administración Penitenciaria. En cuanto a la esfera social, en verdad, al apartar al condenado del ambiente patógeno de una prisión, se produce una considerable mejora en sus relaciones personales y familiares. En el mismo sentido, OTERO GONZÁLEZ⁸²⁷ razona que los dispositivos telemáticos son cada vez más pequeños y discretos, con diseño semejante a un reloj digital, que fácilmente pueden ser ocultados por la ropa, lo que disminuye las posibilidades de exposición y estigmatización del individuo.

4.2 DERECHO A LA INTIMIDAD

El primer concepto enunciado sobre el derecho a la intimidad surgió en 1890 como “el derecho a estar solo” y definió la vida privada como una realidad contrapuesta al espacio público. Así, todas las veces que la esfera pública amenace invadir la privacidad de alguien, se observará la necesidad de protección jurídica de acuerdo con la importancia de los valores en conflicto. El derecho a la intimidad, reconocido como derecho fundamental a nivel internacional, adquiere, por tanto, un carácter relativo, siendo concretado a partir de las circunstancias de cada caso surgido.⁸²⁸

Manifestado preliminarmente en los principios de la inviolabilidad del domicilio y de la inviolabilidad de la correspondencia, el derecho a la intimidad fue concebido por el Tribunal Constitucional español como una derivación de la dignidad

⁸²⁶ POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., p. 123.

⁸²⁷ OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Control Telemático de Penados*, Análisis Jurídico, Económico y Social, Editorial Tirant lo Blanch, Tirant Monografías, nº. 534, Valencia, 2008, p. 88-90.

⁸²⁸ La doctrina alemana comprende el derecho a la intimidad a partir de tres dimensiones o esferas. Considera que la intimidad se desarrolla en tres círculos concéntricos. En la esfera privada están los actos y noticias que el sujeto no desea que trasciendan al dominio público. En la esfera confidencial se encuentran los actos y noticias que el sujeto transmite de manera oral o escrita sólo a determinadas personas de confianza y, finalmente, en la esfera del secreto quedan los actos y noticias que no se transmiten a nadie (MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Editorial Destino, Barcelona, 1984, p. 129).

humana, “[...] un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás. Necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”⁸²⁹. La intimidad representa, de esta manera, un ámbito de la persona preservado del mundo exterior donde el individuo puede desarrollar plenamente su personalidad⁸³⁰. En las palabras de DUQUE VILLANUEVA es “un ámbito vital inmune frente al conocimiento e intromisiones ajenas”, sin olvidar que libertad e intimidad son derechos fundamentales en estrecha conexión⁸³¹.

Para RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, la intimidad es un bien jurídico cuya anulación implica la deshumanización del individuo, y, consecuentemente, lleva a la pérdida de identidad como tal⁸³². Sin embargo, estas ideas no son en absoluto originales. BENTHAM, al escribir el “Panóptico” en 1791, inspirado en la idea de omnisciencia divina, imaginó una prisión de planta semicircular donde los prisioneros se encontraban intermitentemente bajo la vigilancia de los guardianes. En constante coacción psicológica, los internos dejaban de actuar libremente porque pensaban que eran observados, pero no podían hacer lo mismo. A partir de esta experiencia el autor inglés concluyó que invadiendo la intimidad del sujeto, éste no puede elegir de forma autónoma, se aliena y pasa a ser un objeto en las manos del Estado⁸³³.

Igual que en el Panóptico, las realidades electrónicas pueden aspirar a la totalidad y condicionar las conductas del vigilado⁸³⁴. Si no se garantizan los mínimos derechos del individuo, la vigilancia corre el riesgo de convertirse en enfermedad y no en remedio⁸³⁵. Sobre la posibilidad de que la utilización de los medios telemáticos vulnere el derecho a la intimidad, ESCOBAR MARULANDA⁸³⁶ afirma que el sistema

⁸²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencias 231/1988; 197/1991; 20/1992; 142/1993; 117/1994 y 143/1994.

⁸³⁰ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Vigilancia electrónica, criminalidad y sociedad de riesgos: la difícil compatibilización del proyecto de nueva ley francesa antiterrorista y los derechos fundamentales individuales*, ob. cit., p. 13.

⁸³¹ DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos, *El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº. 22, Madrid, 1996, pp. 99 y ss.

⁸³² RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Vigilancia electrónica, criminalidad y sociedad de riesgos: la difícil compatibilización del proyecto de nueva ley francesa antiterrorista y los derechos fundamentales individuales*, ob. cit., p. 14.

⁸³³ BENTHAM, Jeremy, *El panóptico*, Ed. La Piqueta, Madrid, 1979, pp. 35-37.

⁸³⁴ La figura ficticia del Gran Hermano creada por George Orwell en su novela “1984” aparecía en tele pantalla en edificios públicos y privados y afirmaba controlarlo todo. Esto explica el lema “El Gran Hermano te está observando”, utilizado siempre que se supone el uso excesivo de control o autoridad (ORWELL, George, “1984”, Editorial Companhia das Letras, São Paulo, 2009).

⁸³⁵ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *La cárcel electrónica, El modelo del derecho norteamericano*, ob. cit., p. 40.

⁸³⁶ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo, *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control una alternativa a la cárcel?)*, ob. cit., p. 220.

electrónico permite que otras personas conozcan las actividades e impresiones del sujeto vigilado, favoreciendo el dominio sobre la vida privada del penado.

En defensa de la utilización de las nuevas tecnologías, POZA CISNEROS⁸³⁷ advierte que medidas como el arresto domiciliario, de control estático, o incluso los sistemas de control móvil, sólo controlan la localización física del condenado en su domicilio u otro lugar determinado por el Juez, y durante algunas horas determinadas. Los programas no registran conversaciones, imágenes ni tampoco describen el comportamiento y las sensaciones experimentadas por el individuo.

Como alternativa a la prisión, además de permitir una ampliación del espacio físico utilizado por el individuo, cabe resaltar que de manera general en los ordenamientos jurídicos analizados se exige el consentimiento expreso del penado para la utilización del control electrónico, lo que se constituye como forma legitimadora que neutraliza, al menos en parte, las cuestiones planteadas por eventuales conflictos con derechos constitucionales protegidos⁸³⁸. Se trata, entonces, de un derecho esencialmente disponible, respecto al cual el individuo decidirá qué aspectos de su vida privada serán accesibles a terceros⁸³⁹.

4.3 DERECHO A LA IGUALDAD

Para PÉREZ ROYO⁸⁴⁰ la igualdad representa más que el ejercicio de un derecho subjetivo porque es un principio fundamental para la formación e interpretación del propio ordenamiento jurídico. En razón de este principio todos son iguales ante la ley y el Estado, en su dimensión legislativa, no puede crear dispositivos legales arbitrarios o con conceptos discriminatorios.

Desde esta perspectiva, parte de la doctrina plantea la existencia de algunos aspectos en la aplicación de la vigilancia electrónica que pueden vulnerar la igualdad de trato en relación a los penados en fase de ejecución penal. El primer punto de crítica aborda el hecho de que para tener acceso a los programas de monitoreo telemático es

⁸³⁷ POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., pp. 121-122.

⁸³⁸ Incluso en ausencia de consentimiento, el Tribunal Constitucional español ya ha reconocido la constitucionalidad de determinadas restricciones a la intimidad, a ejemplo de los casos del análisis alcoholométrico en que se admite que puedan imponerse coactivamente (Sentencia 103/1995, de 03 de octubre, en POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., pp. 121-122).

⁸³⁹ RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *La cárcel electrónica, El modelo del derecho norteamericano*, ob. cit., p. 49.

⁸⁴⁰ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 4ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 282.

necesario que el penado tenga unas condiciones económicas mínimas, ya que debe contar con una vivienda dotada de electricidad y teléfono. La otra exigencia, que a nuestro juicio no parece razonable, se refiere a la obligatoriedad de que el supuesto individuo vigilado posea una ocupación laboral⁸⁴¹.

En oposición a los argumentos mencionados anteriormente POZA CISNEROS sostiene que la vulneración del principio de igualdad no sería superior a la que imponen las penas pecuniarias y pondera que en verdad, no es necesario que el penado disponga de una vivienda en propiedad. La residencia utilizada para la instalación y seguimiento del condenado por medio de aparatos electrónicos puede ser de un familiar o un amigo que consienta la aplicación de la medida en su vivienda. Al tratarse de situaciones de indigencia existe siempre la posibilidad de utilizar un albergue público o institución privada de carácter social. Finalmente, en lo que respecta a la obligatoriedad de que el penado tenga un trabajo fijo, la autora española señala que es suficiente tener una ocupación cualquiera, como estudiar o desempeñar un trabajo doméstico⁸⁴².

Ante lo expuesto, se puede concluir que aun siendo evidentes los riesgos que comportan la moderna tecnología, a diferencia del Estado de vigilancia totalitario, el condenado sabe cómo y por qué se somete, voluntariamente, a medidas de vigilancia electrónica. Es fundamental reconocer que la cárcel electrónica no es, necesariamente, más humana que la cárcel tradicional si no se adoptan precauciones que garanticen la preservación de derechos fundamentales del individuo. Es decir, la monitorización electrónica, como instrumento de control en la ejecución de medidas o sanciones penales, no debe prestarse a fines punitivos adicionales, sino minimizar las consecuencias aflictivas de la prisión a efectos de prevención especial⁸⁴³.

Como se ha visto anteriormente, con una protección pública semejante a la del encarcelamiento, los medios de control electrónicos contribuyen a minimizar el hacinamiento de los presos a un coste inferior y posibilitan al individuo la convivencia con la familia, amigos y la continuidad de sus actividades laborales o educativas⁸⁴⁴. Con reglas claras y límites bien definidos sobre la actuación del Estado, países como Suecia,

⁸⁴¹ ESCOBAR MARULANDA, Gonzalo, *Los monitores electrónicos (¿puede ser el control una alternativa a la cárcel?)*, ob. cit., p. 221.

⁸⁴² POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, ob. cit., pp. 123-124.

⁸⁴³ IGLESIAS RÍO, Miguel y PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, ob. cit., p. 1081.

⁸⁴⁴ TORRES ROSELL, Núria, *La supervisión electrónica de los penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado*, ob. cit., pp. 88-89.

Holanda y Canadá enseñan que es posible combatir la superpoblación con la apertura paulatina de las prisiones y el uso de medidas alternativas para delitos de penas cortas y bajo potencial lesivo⁸⁴⁵.

A nuestro juicio, los medios electrónicos no constituyen un fin en sí mismo, ni tampoco comportan garantía de rehabilitación del sujeto vigilado. La utilización del monitoreo telemático es un instrumento más para conseguir implementar la tan esperada resocialización del delincuente. Por eso, además del consentimiento expreso del penado, los programas de control electrónico deben ser combinados con otros tratamientos (desintoxicación del alcohol o drogas, terapias psicológicas o psiquiátricas) y la supervisión atenta de los trabajadores sociales. Utilizada a servicio del ser humano, en su proceso de reintegración social, la vigilancia electrónica será parte importante de un nuevo capítulo en el futuro de las penas y del propio sistema criminal⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ Los fines adoptados en países como Suecia, Holanda y Canadá divergen en gran medida de los modelos diseñados por la Administración Pública o empresas concesionarias norteamericanas, donde existe el fenómeno de la privatización de las prisiones y una producción en masa de pulseras electrónicas que se relaciona con razones de carácter económico (RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *La cárcel electrónica, El modelo del derecho norteamericano*, ob. cit., pp. 48-49).

⁸⁴⁶ PEREIRA, Luis de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, ob. cit., pp. 276-277.

HACIA UNA PROPUESTA DE LIBERTAD CONDICIONAL SEGÚN EL DERECHO DE REINSERCIÓN SOCIAL - APORTES FINALES

Ante una realidad carcelaria deficiente y la carencia de políticas gubernamentales realistas, que contengan un programa penitenciario de resocialización mínimamente realizable, es incontestable el fracaso de la idea tradicional de prisión. En este contexto, los regímenes de semilibertad figuran como una de las alternativas sustanciales del sistema progresivo, que supone para el sujeto el retorno anticipado y limitado temporalmente a la convivencia en sociedad⁸⁴⁷.

Desde un plano teórico, se ha explicitado la libertad condicional como una etapa avanzada de autodisciplina del individuo, actuando como medio preventivo especial en el sentido de colaborar a la rehabilitación del penado durante el periodo de condena que le resta en el medio abierto. Así, todas las iniciativas que propicien la oportunidad de excarcelar antes a aquellos que no representen un riesgo concreto para la seguridad colectiva deben ser incentivadas.

En este sentido, merecen una valoración positiva las modalidades de adelantamiento de la libertad condicional en España, en la medida que admiten reducir el tiempo obligatorio de condena cuando se desarrollan continuamente actividades laborales, culturales, ocupacionales o, además de éstas, tenga el penado participación efectiva en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación. Estas medidas facilitan la formación del individuo, la concienciación del mal causado por el delito y la respectiva reinserción social del penado, por lo que sugerimos que en la legislación brasileña sea añadido en el artículo 83 del Código penal un párrafo que permita, en condiciones semejantes a las mencionadas anteriormente, adelantar la concesión de la libertad condicional.

Sin embargo, en lo que respecta a la revocación de la libertad condicional en el Derecho español, cabe destacar la posibilidad de implementación de significativos reparos. Se revoca la libertad condicional siempre que el liberado no cumpla las reglas de conducta impuestas o vuelva a delinquir. No obstante, el vocablo « no delinquir» es demasiado amplio, generando sobre circunstancias análogas distintas interpretaciones lo que, en consecuencia, compromete la seguridad jurídica del beneficio penitenciario

⁸⁴⁷ PEREIRA, Luís de Miranda, *Controlo electrónico de delinquentes*, ob. cit., pp. 276-277.

hasta aquí analizado. Sugerimos, de esa manera, que al artículo 93 del Código Penal se incorpore una clasificación que determine de forma más clara los criterios de que se debe valer el Juez a la hora de retirar la libertad recién conquistada de un individuo. Proponemos que, como en Brasil, la revocación sea obligatoria si el liberado es condenado, en sentencia firme, a una pena privativa de libertad por un delito cometido antes o durante la vigencia del beneficio. Por otra parte, la revocación facultativa se produciría si el liberado dejase de cumplir cualquiera de las condiciones que constan en la sentencia o acabase condenado definitivamente, por un crimen o contravención, a una pena diversa de la privativa de libertad.

Ante todo, no se debe olvidar que en razón de la escasez de medios materiales y humanos para realizar el seguimiento adecuado de los liberados condicionales son comunes los casos de evasiones, quebrantamientos de condena y, principalmente, la participación de condenados en hechos delictivos mientras gozaban de su beneficio penitenciario. Esta realidad no hace más que producir un distanciamiento cada vez mayor con relación a los individuos sometidos a penas privativas de libertad y agravar los efectos ya perversos del etiquetamiento criminal⁸⁴⁸.

En este cuadro, el control telemático constituye el intento más arriesgado desarrollado hasta hoy en la transformación paulatina de la prisión cerrada en prisión abierta porque permite la salida de la cárcel en casos nunca antes considerados en el cumplimiento de la condena. En verdad, la vigilancia por medios electrónicos puede ser utilizada tanto como alternativa a las penas de corta duración como en las condenas largas para propiciar el adelantamiento de la excarcelación del penado. Vale mencionar que con la debida previsión legal, la vigilancia electrónica podrá incluso ser aplicada sobre la base de una sentencia judicial condenatoria como una alternativa para evitar que se ejecute la condena.

Entre las ventajas de esta institución está su bajo coste, la posibilidad de que el condenado conviva con familia y amigos, continúe trabajando, resarza más fácilmente a la víctima y, por fin, la eliminación del peligro de contagio criminal, evitando la sobrecarga de los centros penitenciarios aparte de convertir la pena privativa

⁸⁴⁸ IGLESIAS RÍO, Miguel y PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, ob. cit., p. 1081.

de libertad en un recurso de sanción penal medida más coherente y en consonancia con los derechos más básicos de la persona humana⁸⁴⁹.

En lo que toca al tema dentro del derecho español y el brasileño, objetos de estudio en esta investigación, que hace poco empezaron a dar sus primeros pasos en materia de vigilancia electrónica, la introducción de nuevas tecnologías se está produciendo de una manera irregular y denota un considerable retraso si se compara con otros ordenamientos jurídicos⁸⁵⁰. En ambos países citados, la utilización de los medios de vigilancia electrónica no alcanza a la institución de la libertad condicional, aunque su necesidad haya sido mencionada en diversos proyectos de leyes y apuntada por parte de la doctrina penal y penitenciaria como mecanismo viable para evitar la reincidencia.

En España, la posibilidad de adopción de la vigilancia electrónica está restringida a los condenados que ya estén clasificados en tercer grado, casos de arresto domiciliario, localización permanente y, de forma más específica, fue incorporada como pena privativa de derechos para los episodios de violencia de género. Más recientemente, con la última reforma del Código Penal, también se pasó a contar con la ayuda de los medios de control telemáticos para la medida postpenitenciaria de libertad vigilada.

En el ordenamiento jurídico brasileño, la Ley nº 12.258/2010, de 15 de junio⁸⁵¹, autoriza la supervisión electrónica de penados efectivamente en caso de salidas temporales, dentro de los regímenes semiabierto, abierto y para las medidas de prisión domiciliar. Aunque estuviese prevista en el Proyecto de Ley, la libertad condicional no fue contemplada con la posibilidad de utilización de medios electrónicos en su ejecución. A nuestro juicio, en estos casos, si hay autorización expresa y consciente del penado, la vigilancia electrónica no implicaría una vigilancia más pesada que la cumplida actualmente por funcionarios de la Administración Penitenciaria⁸⁵². Es más, al garantizar un control preciso de la localización del individuo, el servicio social externo podría proporcionar mayor ayuda al liberado y su familia, informando y gestionando sus necesidades económicas, sociales y laborales, así como proporcionar de forma más

⁸⁴⁹ NISTAL BURÓN, Javier, *La prisión del siglo XXI*, I Congreso Europeo de Derecho Penitenciario, X Jornadas Penitenciarias de Andalucía, Jaén, 2002, p. 44.

⁸⁵⁰ GODWIN, J. Udo y EDOHO, Félix. M, *Information Technology to African Nations: An Economic Development Mandate*, Journal of Technology Transfer, nº 25, 2000, pp. 329-342.

⁸⁵¹ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Casa Civil, Ley nº 12.258/2010, de 15 de junio.

⁸⁵² OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Control Telemático de Penados, Análisis Jurídico, Económico y Social*, Editorial Tirant lo Blanch, Tirant Monografías, nº 534, Valencia, 2008, p. 88-90.

amplia los cuidados necesarios a aquellos sujetos que demanden un seguimiento específico, como los drogadictos o los enfermos sexuales.

En realidad, la doble función desempeñada por los trabajadores sociales de asistir y controlar a los excarcelados es muy difícil de ser concertada en la práctica. No es posible que un solo órgano esté encargado de apoyar al liberado y, al mismo tiempo, fiscalizarle y vigiarle para que no vuelva a amenazar la seguridad de los ciudadanos. Entendemos que la opción más acertada para arreglar esta dualidad sería establecer la separación de las dos competencias, quedando la vigilancia de los liberados condicionales en las manos de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, con el uso efectivo del aparato electrónico⁸⁵³.

Creemos, así, que la utilización del control telemático con el fin de evitar el mínimo contacto del penado con el ambiente patógeno de una prisión, desde que se adopten cautelas y garantías en cuanto a la preservación de derechos fundamentales del individuo, debe ser comprendida como una intervención viable y un mal menor que la condición de encierro⁸⁵⁴.

Por todo el expuesto acerca de la problemática de la apertura de las prisiones y la posibilidad de la utilización de las nuevas tecnologías al servicio del Derecho penal y penitenciario, hemos podido comprobar la necesidad de, por medio de una propuesta de *lege ferenda*, incluir en el artículo 90. 2 del Código penal español un dispositivo legal que permita la utilización de la monitorización electrónica como regla de conducta, para efectos de fiscalización y seguimiento de los liberados condicionales, hasta el cumplimiento integral de sus condenas.

Asimismo, cabe expresar la confianza en una mejora considerable de la dinámica de control del proceso de reinserción social en Brasil a partir de la implementación normativa, con el resguardo de los principios de dignidad humana e intimidad, de un apartado en el artículo 146-B de la Ley 7210/1984 facultando al magistrado responsable de la Ejecución Penal la adopción de medidas de vigilancia electrónica en casos de libertad condicional, en sustitución al control pasivo, administrativo y burocrático empleado actualmente que se limita únicamente a la obligación del excarcelado de presentarse periódicamente para firmar papeles y comprobar que posee una ocupación lícita.

⁸⁵³ VEGA ALOCÉN, Manuel, *La libertad condicional en el Derecho penal español*, ob. cit., pp. 320-321.

⁸⁵⁴ TORRES ROSELL, Núria, *La supervisión electrónica de los penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado*, ob. cit., pp. 88-89.

CONCLUSIONES

1. A pesar del indispensable trabajo de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y los Parlamentos Europeo y Latinoamericano, la debilidad del sistema de protección de los derechos humanos de los reclusos reside principalmente en la falta de cooperación de los Estados o de su abierta violación a las normas de estos tratados y convenciones. Resulta imprescindible el apoyo real de las naciones, y no sólo su mera declaración de intención de cumplir con las normas establecidas por el Derecho Internacional.

2. El Juez debe ser el intérprete de los derechos de todos y, a veces, como en el caso de los reclusos, de las minorías, frecuentemente contra las razones particulares o prevaricadoras de la política oficial. En efecto, el Juez de Ejecución debe caracterizarse por un notable activismo, participación dinámica y enérgica sin olvidar su función de control de la legalidad para prestar a la sociedad un buen ejercicio de la defensa técnica en el ámbito carcelario.

3. La sociedad, alarmada por el aumento de los índices de criminalidad e influenciada por políticas de ley y orden que proponen como solución al crimen el endurecimiento de las medidas punitivas, reclama castigos cada vez más crueles. Los nuevos conflictos surgidos han dado lugar a un discurso represivo y a un Derecho Penal que ha legitimado la inflación de la legislación penal, la flexibilización de las garantías penales y procesales penales básicas y el aumento de situaciones que justifiquen las prisiones cautelares durante la investigación policial y el proceso criminal.

4. Con más certeza, entendemos que la pena debe ser esencialmente preventiva, sea en su concepción general integradora, para que terceros cumplidores de las leyes no lleguen a delinquir, sea en el ámbito de la prevención especial, para que el autor del delito, resocializado, no cometa nuevos crímenes. La construcción del sistema penal debe orientarse, exclusivamente, de acuerdo con los fines convenientes con el Estado Democrático de Derecho que están presentes en la Constitución, proporcionando integración entre el Derecho Penal y la Política Criminal.

5. Planteados los principales aspectos de la libertad condicional se puede concluir en primer lugar que se trata de un elemento jurídico perfectamente adecuado a los propósitos de resocialización del recluso. La institución destacada implica la disminución de la condena para el interno que haya demostrado signos considerables de

rehabilitación y, al mismo tiempo, establecido entre el Estado y él una relación de confianza. Así, la libertad condicional, como última fase de la ejecución penal, puede ser también considerada como beneficio penitenciario, aunque la palabra “beneficio” no sea, a nuestro juicio, el término más adecuado para esta institución.

6. También sobre la naturaleza jurídica de la libertad condicional, cabe afirmar que tanto en Brasil como en España se trata innegablemente de un derecho subjetivo del interno, fundamentado en la estricta legalidad, es decir, completados todos los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la Ley, cumple al magistrado el deber de concesión del beneficio penitenciario. El principio resocializador lleva a comprender la libertad condicional como un medio para la reeducación, no debiendo ser reducida a mero premio por buena conducta del condenado.

7. Durante el desarrollo de esta investigación se ha constatado que la institución de la libertad condicional, conforme está recogida en los ordenamientos jurídicos español y brasileño, manifiesta una postura absolutamente prevencionista por parte de los legisladores, una vez que las dos instituciones penales buscan establecer condiciones legales que posibiliten la recuperación del condenado, atenuando siempre que sea posible los inevitables efectos desocializadores producidos por la cárcel.

8. Con relación al ámbito objetivo de aplicación de la libertad condicional en España, una interpretación teleológica, que busque el sentido material de la medida demuestra que la concesión de la libertad condicional sólo tiene razón de ser para quien se encuentre efectivamente privado de libertad por condena. La Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal es igualmente categórica sobre el tema cuando expone que: *“La libertad condicional se prevé para las penas de prisión sin posibilidad de suspensión de las demás penas temporales”*.

9. También sobre la libertad condicional en España cabe decir que la ley penal vigente ha conseguido promover, en general, significativos avances respecto a la configuración del Código Penal derogado. Entre las características que mejor expresan el importante progreso de la institución en el actual Código Penal debe destacarse la supresión de la limitación temporal anterior que sólo permitía gozar del beneficio a aquel condenado por decisión judicial a penas superiores a un año. A partir del cambio de 1995 la libertad condicional se aplica a todas las penas privativas de libertad, cualquiera que sea su duración.

10. Otra importante evolución técnica a señalar es el cambio ocurrido en 2010 en la redacción del artículo 36.2, haciendo obligatorio para acceder al tercer grado

el cumplimiento de mitad de la pena solamente en los casos de delitos que, además de la pena superior a los cinco años, sean considerados más graves, como los referentes a los delitos de terrorismo, aquellos cometidos en el seno de organizaciones criminales, así como los delitos contra la libertad o indemnidad sexual. El requisito temporal de seguridad, de la forma como estaba fijado antes, había promovido en la práctica que la clasificación inicial en tercer grado fuera limitada y minoritaria. La modificación legal ha eliminado el antiguo automatismo, permitiendo a los jueces adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y la personalidad del delincuente.

11. Otro tema a ser subrayado remite a la cuestión del adelantamiento de la libertad condicional en España, figura jurídica que no posee correspondiente en el ordenamiento penal brasileño. Las modalidades anticipadas de la libertad condicional merecen una valoración positiva en la medida que permiten reducir el tiempo obligatorio de condena cuando se desarrollan actividades productivas o participan de programas de rehabilitación. Estas medidas facilitan la formación del individuo y su respectiva reinserción social, llevando de vuelta a la sociedad un ser humano más equilibrado y listo para empezar nuevamente.

12. Cuanto al supuesto especial de libertad condicional español para septuagenarios y enfermos graves incurables, igualmente inexistente en la legislación brasileña, entendemos que aunque se valore la compasiva intención del legislador, hay una inadecuación del medio utilizado para conseguir la finalidad pretendida por la Ley. Parece inapropiado exigir buena conducta o pronóstico favorable de reinserción social a quien posee poco tiempo de vida y, en los casos de penados enfermos muy graves e incurables, hay que tener un diagnóstico médico bastante riguroso que demuestre con seguridad la baja peligrosidad del sujeto. Entendemos que la forma más aconsejable de conciliar el carácter humanitario y las limitaciones legales de la medida sería transformar la institución en una suspensión condicional de la pena, donde la discrecionalidad es mucho mayor y con sujeción a pocos requisitos.

13. Tratándose de los requisitos subjetivos para la concesión de la libertad condicional, en los dos ordenamientos se exige como criterio determinante para el beneficio la buena conducta, en España, o la conducta carcelaria satisfactoria, en Brasil. A pesar del progreso en el caso español con relación a antiguos términos inadecuados como “intachable conducta”, la concreción de expresiones tan amplias será siempre problemática porque éstas están compuestas de una enorme carga valorativa de

subjetivismo y dependerán de los conceptos construidos por los integrantes de la Administración Penitenciaria.

14. Sobre el pronóstico final individualizado de reinserción social, que en Brasil, debe además garantizar que el condenado no volverá a cometer crímenes, cabe considerar que aunque opinemos que este criterio sea de extrema importancia para la individualización de las penas y su respectiva ejecución, nos ha preocupado profundamente la ausencia de una definición legal expresa de cuáles son los elementos utilizados para definir la probabilidad de que un ser humano delinca o no. Sobre este juicio siempre restará un poco de incertidumbre para el magistrado que decide sobre la concesión de la libertad condicional.

15. En lo que respecta a los delitos terroristas se puede percibir que el legislador español continúa siguiendo la tendencia punitivista mundial que mide la eficacia del control ejercido por el Estado de acuerdo con la demostración de punición ejemplar y pública que haga en la lucha contra el crimen. Como si no bastase la concesión de la libertad condicional del terrorista estar vinculada al abandono de la actividad criminal y a la colaboración efectiva con las autoridades competentes, entre las medidas aprobadas en 2010 están la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieran causado la muerte de una persona y la posibilidad de que el juez establezca las reglas de conducta de la recién creada libertad vigilada.

16. En lo que se refiere a la situación del extranjero en España, se concluye que, directa o indirectamente, la condición de inmigrante influye de modo negativo en el cumplimiento de la pena, que va a ser de mayor rigor que la que correspondería a un nacional. Los rechazos inmotivados a la progresión de regímenes y a diversos beneficios penitenciarios son constantes y a ello se añade la posibilidad de expulsión como fórmula general para los casos en que no fue posible aprobar la libertad condicional en el país de residencia del extranjero.

17. En la realidad brasileña, el incremento de la violencia también ha generado en la sociedad el sentimiento de miedo y falta de fe en el sistema penal, y las políticas de “tolerancia cero” se han presentado como la solución para la criminalidad. Sin embargo, las políticas de represión y la creación de más tipos penales criminalizaron la pobreza, causando más segregación y un círculo vicioso de selección social, prisión y exclusión de la clase económica que no interesa a la cultura dominante y a la estructura de poder formada en el país.

18. Los condenados por delitos contra la persona y contra la propiedad son la mayoría en los centros penitenciarios y esta proporción guarda en Brasil una relación directa con las desigualdades en la distribución de la renta y la falta de políticas de inclusión social. Las poblaciones carcelarias exceden dos y hasta tres veces la capacidad oficial, el número de presos aumenta en 35.000 aproximadamente cada año y el déficit de plazas pasa de 240.503. Esta tortura ejercida por el Estado inviabiliza cualquier forma de tratamiento y esperar un buen pronóstico de reinserción social para fines de libertad condicional en medio a reyertas y degradaciones es casi imposible.

19. Referente a la revocación de la libertad condicional en España, ésta se dará cuando el liberado no cumpla las reglas de conducta impuestas o vuelva a delinquir. La ampliación del rol de reglas de conducta aplicables durante el periodo de libertad condicional es una de las reformas efectuadas por la LO7/2003 que han merecido una evaluación positiva. No obstante, el vocablo «delinquir» es sujeto a interpretación, y a nuestro juicio la postura más acertada parece ser la que defiende una interpretación restrictiva de tal término, despreciando las conductas consideradas como faltas, por sí solas, para fines de revocación de la libertad condicional.

20. Como alternativa al modelo español, debe señalarse la orientación brasileña que clasifica la revocación en obligatoria y facultativa y expone de forma más clara los criterios de que se debe valer el juez. La revocación será obligatoria si el liberado es condenado en sentencia definitiva a una pena privativa de libertad por un crimen cometido antes o durante la vigencia del beneficio. Por otra parte, la revocación facultativa se produce si el liberado deja de cumplir cualquiera de las condiciones que constan en la sentencia o acaba condenado definitivamente por un crimen o contravención a una pena distinta a la privativa de libertad.

21. Concerniente al tema de los efectos de la revocación, hay un avance de la legislación española con relación a Brasil en lo que dice respecto al asentimiento del periodo de pena cumplido en libertad. Con el Código de 1995, excepto si el delito fue cometido antes del beneficio, se igualan los efectos legales de revocación que consisten en el reingreso en la prisión, la regresión al grado ordinario, como regla, y el cómputo del tiempo disfrutado durante la libertad condicional. Esta modificación ha traído una significativa mejoría legal porque no ignora el tiempo cumplido anteriormente a la comisión del delito, que posee naturaleza de pena cumplida.

22. Sobre la reinserción social del penado, entendemos que el individuo que haya cumplido su condena o que de alguna otra forma haya extinguido su

responsabilidad penal debe ser plenamente reintegrado en el ejercicio de sus derechos como ciudadano. La asistencia postpenitenciaria, por tanto, no es sino una institución destinada principalmente a compensar los efectos desocializadores de la pena privativa de libertad continuada. Su papel primordial es ayudar a solucionar los problemas laborales, de ubicación y sociales a que se debe enfrentar todo liberado al finalizar su condena, concretando así el ideal resocializador.

23. En el proceso de excarcelación es imprescindible que la Administración Penitenciaria construya alianzas con organizaciones no gubernamentales locales, asociaciones de ex detenidos y organismos oficiales que realicen visitas a los privados de libertad, manteniendo o restableciendo los lazos con el mundo exterior, empezando por la convivencia familiar, los amigos, la comunidad y las actividades laborales.

24. Las ONGs y asociaciones de familiares y amigos de las personas privadas de libertad han sido, en realidad, las instituciones responsables de canalizar las denuncias sobre las condiciones de detención. A pesar de las constantes quejas sobre el rechazo por parte del personal penitenciario a la participación ciudadana en la reforma del delincuente, estos organismos han aportado una contribución valiosa a la lucha contra las vulneraciones de derechos humanos, favoreciendo un control adicional de los niveles de transparencia y legalidad en las actividades estatales.

25. No obstante el apoyo social y psicológico dado al penado por las organizaciones no gubernamentales, hay que prestar atención a la inestabilidad de algunos trabajos voluntarios que, por basarse en el altruismo humano, carecen de obligatoriedad y acaban por proporcionar ayudas esporádicas, sin la continuidad necesaria o el método adecuado para un proceso eficaz de reinserción social, lo que no raras veces se traduce en frustración para los internos que se descubren que sus expectativas no serán satisfechas.

26. Otra precaución que hay que tomar es el exceso de protagonismo de algunas organizaciones de asistencia, oficiales o voluntarias, que pueden acabar por interferir en decisiones que no son de su incumbencia, generando conflictos entre los reclusos y los representantes de la Administración Pública. El desconocimiento de la legislación penitenciaria por parte de las personas que prestan asistencia en prisiones puede conducir a la transmisión de informaciones equivocadas y resultar en un cuadro de desconfianza e inseguridad jurídica para aquellos que todavía no son aptos para la libertad.

27. Diversos ordenamientos jurídicos atribuyen al trabajo penitenciario un papel relevante en la consecución del régimen de semilibertad como instrumento que dignifica al ser humano y lo identifica dentro de la comunidad. Entre los factores que atentan contra la plena vigencia de la libertad condicional, y en lo que concierne también al trabajo, podemos mencionar de manera general la deficiente formación laboral ofrecida en los establecimientos penales, la excesiva burocratización administrativa y la estigmatización sufrida por el excarcelado.

28. En una realidad global castigada por constantes crisis sociales y económicas, las cárceles no dejan de ser un reflejo de la falta de oportunidades reales para determinadas clases reiteradamente marginadas de la población de un país. Lo contradictorio es que, precisamente, esta capacitación profesional del penado, conforme a sus habilidades y expectativas laborales, es la que permitirá al excarcelado proveer de forma lícita la subsistencia de su familia, así como recobrar el respeto de terceros y de sí mismo.

29. En lo que se refiere a la utilización de medios electrónicos para el control de los penados, opinamos que la utilización del monitoreo telemático es más un instrumento para conseguir implementar la tan esperada resocialización del delincuente. Por eso, además del consentimiento expreso del penado, los programas de control electrónico deben ser combinados con otros tratamientos (abandono del alcohol, las drogas, terapias psicológicas o psiquiátricas) y la supervisión atenta de los trabajadores sociales. Utilizada al servicio del ser humano, en su proceso de reintegración social, la vigilancia electrónica será parte importante de un nuevo capítulo en el futuro de las penas y del propio sistema criminal.

30. Con una protección pública semejante al del encarcelamiento, los medios de control electrónicos contribuyen a reducir el hacinamiento de los presos a un coste inferior y posibilitan al individuo la convivencia con la familia, amigos y la continuidad de sus actividades laborales o educativas. Con reglas claras y límites bien definidos sobre la actuación del Estado, países como Suecia, Holanda y Canadá enseñan que es posible combatir la superpoblación con la apertura paulatina de las prisiones y el uso de medidas alternativas para delitos de penas cortas y bajo potencial lesivo.

31. Sobre la discusión acerca de la legitimidad del control telemático se puede concluir que aun siendo evidentes los riesgos que comportan la moderna tecnología, a diferencia del Estado de vigilancia totalitario, el penado se somete, voluntariamente, a la vigilancia electrónica. La cárcel electrónica no es, necesariamente,

más humana que la cárcel tradicional sin que se adopten cautelas y garantías en cuanto a la preservación de derechos fundamentales del individuo. Esto es, la monitorización electrónica, como instrumento de control en la ejecución de medidas o sanciones penales, no debe prestarse a fines punitivos adicionales, sino minimizar las consecuencias aflictivas de la prisión a efectos de prevención especial.

32. En España, la posibilidad de adopción de la vigilancia electrónica está restringida a los condenados que ya estén clasificados en tercer grado, como los casos de arresto domiciliario o localización permanente y, de forma más específica, ha sido incorporada como pena privativa de derechos en los episodios de violencia de género. Más recientemente, con la última reforma del Código Penal, también se pasó a contar con la ayuda de los medios de control telemáticos para la medida postpenitenciaria de libertad vigilada.

33. Así como en el caso español, la utilización de los medios de vigilancia electrónica en la legislación brasileña no alcanzan a la institución de la libertad condicional, aunque su necesidad haya sido mencionada anteriormente en diversos proyectos de leyes. En la realidad brasileña, la Ley Orgánica nº 12.258/2010, de 15 de junio, autoriza la supervisión electrónica de penados efectivamente en caso de salidas temporales, dentro de los regímenes semiabierto, abierto y para las medidas de prisión domiciliar. Aunque estuviese prevista en el Proyecto de Ley, no se ha contemplado la utilización de medios electrónicos en la ejecución de la libertad condicional.

34. Por todo el expuesto acerca de la problemática de la apertura de las prisiones y la posibilidad de la utilización de las nuevas tecnologías al servicio del Derecho penal y penitenciario, hemos podido comprobar la necesidad de, por medio de una propuesta de *lege ferenda*, incluirse en el artículo 90. 2 del Código penal español un dispositivo legal que permita la utilización de la monitorización electrónica como regla de conducta, para efectos de fiscalización y seguimiento de los liberados, hasta el cumplimiento integral de sus condenas.

35. Asimismo, nos cabe expresar la creencia en una mejora significativa de la dinámica de control del proceso de reinserción social en Brasil a partir de la implementación normativa, con el resguardo de los principios de dignidad humana e intimidad, de un apartado en el artículo 146-B de la Ley 7210/1984 facultando al magistrado responsable de la Ejecución Penal la adopción de medidas de vigilancia electrónica en casos de libertad condicional, en sustitución de las visitas periódicas destinadas a comprobar que el excarcelado posee una ocupación lícita.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABA CATOIRA, Ana, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ABA CATOIRA, Ana, *Videovigilancia y la garantía de los derechos individuales: su marco jurídico*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 07, Xunta de Galicia, Secretaria Xeral de Investigación y Desenvolvemento, A. Coruña, 2003.

ABEL SOUTO, Miguel, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Editorial Dilex S. L., Madrid, 2006.

ACALE SANCHÉZ, María, *Medición de la Respuesta Punitiva y el Estado de Derecho, Especial Referencia al Tratamiento Penológico del Delincuente Imputable Peligroso*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2010.

ACEVEDO, José Antonio, *Reflexiones acerca del trabajo social en las cárceles*, Espacio Editorial, Argentina, 2003.

ALDERETE LOBO, Rubén A., *La libertad condicional en el código penal argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Traducción e Introducción de Luis Villar Bord, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

ALMEDA, Elisabet, *Mujeres Encarceladas*, Editorial Ariel, Barcelona, 2003.

ALONZO, Antonio Rodríguez, *Resocialización y Política Penitenciaria*, Notas Penitenciarias, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, nº 12 Extraordinario, San Sebastián, 1998.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Editorial Comares, Granada, 2001.

AMNISTIA INTERNACIONAL, *Informe anual 2012, El estado de los derechos humanos en el mundo*, Original inglés, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, 2012.

AMNISTIA INTERNACIONAL, *Informe anual 2007, El estado de los derechos humanos en el mundo*, Original inglés, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, 2007.

AMNISTIA INTERNACIONAL, *Relatório anual 1999, Brasil, "Aqui Ninguém Dorme Sossegado" – Violações dos direitos humanos contra detentos*, Seção Brasileira da Anistia Internacional, São Paulo, 1999.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, *Habituales y reincidentes*, en Revista de Derecho Penal, n.º 22, Editorial Lex Nova, Septiembre de 2007.

ANGUILESI, Claudia, *Mujeres y jóvenes en prisión: El desconocimiento de una realidad*, en Cuaderno Negro, Revista sobre la cárcel y la filosofía del castigo, A. Marambio Avaria, Buenos Aires, 2004.

ANTÓN PRIETO, José Ignacio, *El delito como cuestión social*, CISE- Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.

ARANDA CARBONEL, María José, *Contenido del Tratamiento Penitenciario*, en Reeducación y Reinserción social, Tratamiento Penitenciario, Análisis técnico y aproximación práctica, Ministerio del Interior, Madrid, 2007.

ARANDA CARBONEL, María José, *Reeducación y Reinserción Social, Tratamiento Penitenciario, Análisis Teórico y Aproximación Práctica*, Ministerio del Interior, Madrid, 2006.

ARANGUÉZ SANCHÉZ, Carlos, *La pena de trabajo en beneficio de la comunidad*, en Cuadernos Jurídicos, n.º 70, Madrid, 2000.

ARENDT, Hannah, *A condição humana*, 10ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, Francisco Javier y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Vicente, *Reglamento Penitenciario Comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Textos Legales, Colección Jurídica, Editorial MAD, Sevilla, 2008.

ARROYO GUTIÉRREZ, J. M., *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1995.

ARRUDA, Paula, *Cooperación entre los sistemas de protección de los derechos fundamentales en Europa: Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en ARRUDA, Paula (Coord.), *Direitos Humanos, Questões em Debate*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2009.

ASENCIO CANTISÁN, Heriberto, *Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional*, Revista Jurídica La Ley, Tomo I, Madrid, 1989.

ASENCIO CANTISÁN, Heriberto, *El juez de Vigilancia*, Revista de Estudios Penitenciarios, n.º 237, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

ASENCIO CANTISAN, Heriberto, *La intervención judicial en la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad*, Revista Eguzkilore, Número Extraordinario, Enero de 1988.

ASTROZA SUÁREZ, Paulina y RUDNICK VIZCARRA, Carolina, *Protección Internacional de los derechos humanos de los reclusos*, en Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010.

ASUA BATARRITA, Adela, *La reincidencia, su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1982.

AYUSO VIVANCOS, Alejandro, *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*, Nau Libres, Valencia, 2003.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Alternativas a la pena privativa de libertad en Derecho Penal Europeo actual*, Revista del Poder Judicial 2ª/3ª Época, nº 43-44, Madrid, 1996.

BALAGUER SANTAMARÍA, Javier, *Cárcel y Derechos Humanos*, J. M. Bosch Editor S. A, Barcelona, 1992.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo (coordinador), Prólogo de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Presentación de Cristina Méndez Rodríguez y Laura Zúñiga Rodríguez, *Problemas actuales de derecho penal: Seminario de Derecho Penal*, Universidad de Salamanca, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1994.

BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal, Introducción a la sociología jurídico-penal*, 2ª ed., Editora Siglo XXI, Madrid, 1989.

BARATTA, Alessandro, *Defesa dos direitos humanos e política criminal*, en Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, nº 3, ICC/Revan, Rio de Janeiro, 1997.

BARATTA, Alessandro, *Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, Trad. Emilio García-Méndez y Emiro Sandoval Huertas, en Cuadernos de Política Criminal, nº 24, Madrid, 1984.

BARQUÍN SANZ, J., *Alternativas a las penas privativas de libertad: algunas quiebras del principio de legalidad en la regulación de los sustitutivos penales*, I Congreso Europeo de Derecho Penitenciario, *X Jornadas Penitenciarias de Andalucía*, Tomo II, Jaén, 2002.

BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El marco constitucional del trabajo penitenciario*, Editorial Nomos, Fundación Bancaja, Valencia, 2002.

BASALO GARCÍA, Juan Carlos, *La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional incluida la remuneración de los reclusos*, Conferencia proferida en el Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado desde 08 a 20 de agosto de 1960.

BATISTA, Vera Malagutti, *O proclamado e o escondido: a violência da neutralidade técnica*, en Discursos Sediciosos nº 3, ICC/Revan, Rio de Janeiro, 1997.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Trad. Francisco Tomás y Valiente, Editorial Aguilar, Madrid, 1969.

BENEYTO VIDAL, José (Ed.), *Derechos Humanos y Diversidad Cultural, Globalización de las Culturas y Derechos Humanos*, Icaria Editorial, Barcelona, 2006.

BENITO DURÁ, Mauricio, *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica, Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BENTHAM, Jeremy, *El panóptico*, Ed. La Piqueta, Madrid, 1979.

BETTIOL, Giuseppe, *Derecho Penal, Parte General*, Trad. José León Pagano, Editorial Temis, Bogotá, 1965.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Derechos Humanos y Derecho Penal*, en EPC, T.XI, Madrid, 1998.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Derecho penal de la democracia "vs" seguridad pública*, Comares, Granada, 2005.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis y otros, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Praxis, Barcelona, 1996.

BERGALLI, Roberto, *El Sistema Penal Español como el Ámbito Menos Conocido del Control Social*, Social Control, Political Power and the Penal Question: For a Sociology of a Criminal Law and Punishment, en Oñati Proceedings, nº 17, 1995.

BERGALLI, Roberto (Coordinador), *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Editorial Tirante lo Blanch, Valencia, 2003.

BERISTAÍN IPIÑA, A., *El papel de la(s) víctima(s) en la ejecución penal*, I Congreso Europeo de Derecho Penitenciario, X Jornadas Penitenciarias de Andalucía, Tomo II, Jaén, 2002.

BERMEJO DE TERREROS, J. A., *El extranjero privado de libertad: paradojas del sistema*, en Congreso Europeo de Derecho Penitenciario, X Jornadas Penitenciarias de Andalucía, Jaén, 2002.

BITTENCOURT, César Roberto, *Falência na pena de prisão - causas e alternativas*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

BITTENCOURT, César Roberto, *Tratado de Direito Penal- Parte Geral*, 2ª ed. rev. atual, Editora Saraiva, São Paulo, 2007.

BISHOP, N. y SCHNEIDER, U., *Improving the implamantation of the European Rules on Community Sanctions and Measures: Introduction to a New Concil of Europe Recommendations*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9/3, 2001.

BLANCO LOZANO, Carlos, *Derecho Penal, Parte General*, Colección Estudios, La Ley Actualidad S.A, Madrid, 2003.

BLANCO LOZANO, Carlos, TINOCO PASTANA, Ángel, *Prisión y resocialización*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009.

BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos (L'età dei diritti)*, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.

BOBBIO, Norberto; MANTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, *Dicionário de política*, 2ª ed., Editora UnB, Brasília, 1986.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Malheiros, São Paulo, 2000.

BONTA, James, WALACE-CAPRETTA, Suzanne, ROONEY, Jennifer, *Can Eletronic Monitoring make a difference? An Evaluation of Three Canadian Programs*, *Crime & Delinquency*, nº, Vol. 46, 2000.

BOVINO, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

BOZA MARTÍNEZ, Diego, *Los Extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Premio de Estudios Constitucionales 1812, Fundación Centro de Estudios Constitucionales, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, Promulgada en 05 de octubre de 1988, 33ª. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

BRITTO POLETTI, Ronaldo Rebello, *O perfil do juiz*, *Revista Jurídica Consulex*, Ano VIII, nº 169, 31 de enero de 2004.

BRUNO, Aníbal, *Direito Penal*, 3ª. ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1967.

BRUNO, Aníbal, *Direito Penal, Parte Geral: fato punível*, Tomo II, 5ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005.

BUENO ARÚS, Francisco, *Historia del Derecho Penitenciario Español*, Lecciones de Derecho Penitenciario, Colección Aula Abierta, Ponencias presentadas a las I Jornadas de Derecho Penitenciario, Alcalá de Henares, Facultad de Derecho, ICE, mayo de 1984.

BUENO ARÚS, *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Thomson Civitas, Navarra, 2005.

BUENO ARÚS, Francisco, *Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, en Revista de Estudios Penitenciarios, Extra I, Madrid, 1989.

BUENO ARUS, Francisco, *Naturaleza, contenido y eficacia jurídica de la asistencia social*, Revista Eguzkilore, Número extraordinario, enero de 1998.

BUENO ARÚS, Francisco, *¿Tratamiento?*, Revista Eguzkilore, Número extraordinario 02, octubre de 1989.

BUENO ARÚS, Francisco, *Una nota sobre la libertad condicional*, Boletín informativo del Ministerio de Justicia, nº 1109, Madrid, octubre de 1977.

BUJÁN, Javier Alejandro y FERRANDO, Víctor Hugo, *La cárcel argentina, Una perspectiva crítica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

BURTON- ROSE, Daniel (Ed.), PENS, Dan y WRIGHT, Paul, *El encarcelamiento de América, Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.*, Virus Editorial, Barcelona, 2002.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, Cristina, *La selectividad penal y la violencia*, en Cuaderno Negro, Revista sobre la cárcel y la filosofía del castigo, A. Marambio Avaria, Buenos Aires, 2004.

CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código penal comentado*, Editorial Deusto, Barcelona, 2004.

CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria, *Reincidencia, Problemática Jurídica y criminológica*, en Revista La Ley, nº. 32, Año II, Madrid, Noviembre de 2006.

CAMERINI, GIORGIO, *La grazia, la liberazione condizionale e la revoca anticipata delle misure di sicurezza*, CEDAM, Padova, 1967.

CAMP, Scott D. y GAES, Gerald G., *Criminogenic Effects of the Prison Environment on Inmate Behaviour: Some Experiential Evidence*, Crime & Delinquency, nº 3, Vol. V, 1995.

CANO, Francisca y RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Conclusiones sobre la tortura y conclusiones sobre la impunidad de la tortura*, en Privación de libertad y derechos humanos, La tortura y otras formas de violencia en el Estado español, OSPDH, Barcelona, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estado de direito*, Coleção Fundação Mário Soares, Gradiva, Lisboa, 1999.

CAPEZ, Fernando, *Direito Penal, Parte Geral*, Volume I, 14ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2010.

CARDET, Christophe, *Le placement sous surveillance électronique*, La Justice au quotidien, L'Harmattan, Paris, 2003.

CARLSSON, K., *Intensive supervision with electronic monitoring in Sweden*, Will electronic have a future in Europe? Contributions from a European Workshop, Friburgo, 2003.

CARNELUTTI, Francesco, *El problema de la pena*, Trad. Santiago Sentís Melendo, Editorial Rodamillans S.R.L., Buenos Aires, 1999.

CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, Ejea, Buenos Aires, 1959.

CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Delito*, Colección Clásicos del Derecho, Editoriales Cometa, Zaragoza, 2004.

CARRARA, Francesco, *Direito Criminal*, Trad. Ricardo Rodrigues Gama, Parte Geral, Vol. II, Editora LZN, Campinas, 2002.

CARVALHO, Salo de, *Pena e Garantias*, 2ª ed., Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno, *Magistratura e Direito Alternativo*, 6ª ed., Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

CASTEJÓN, Federico, *Libertad Condicional*, Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1915.

CERÉ, Jean-Paul y JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. (Org.), *Les systèmes pénitentiaires das le monde*, Dalloz, Paris, 2007.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Introducción*, 6ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

- CERUTI, Raúl A. y RODRÍGUEZ, Guillermina B., *Ejecución de la pena privativa de libertad, Ley 24.660*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1998.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Derecho Penitenciario*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Derecho Penitenciario*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización*, Estudios de Derecho Judicial, El Juez de Vigilancia Penitenciaria y el Tratamiento Penitenciario, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- CERVINI, Raúl, *Os processos de descriminalização*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.
- CESANO, José Daniel, *Derecho Penitenciario: aproximación a sus fundamentos, Principios generales, axiología constitucional y fuentes*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2007.
- CESANO, José Daniel, *La ejecución de la pena privativa de libertad: Una lectura desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos*, coedición Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009.
- CESANO, José Daniel, *Las expectativas respecto del control judicial*, en Teoría y Práctica de los derechos fundamentales en las prisiones, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010.
- CESANO, José Daniel, *Limitaciones al poder legislador y al poder administrador*, en Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010.
- CESANO, José Daniel, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, 1997.
- CESANO, José Daniel y REVIRIEGO PICÓN, Fernando (Coords.), *Teoría y Práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010.
- CID MOLINÉ, José, *Las penas alternativas a la prisión en la reforma penal del 2003*, en Cuadernos Penales José María Lidón, nº 1, Las recientes reformas penales, algunas cuestiones, Bilbao, 2004.
- CLEMMER, D., *The Prison Community*, Rinehart & Winston, New York, 1958.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTAMAR DIÉZ, Manuel, *Instituciones de Derecho Penal, Parte General*, CESEJ, Madrid, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cândido, *Contestaciones de derecho penal al programa de judicatura, Parte especial, Temas 27 a 60*, Colex, Madrid, 1998.

CONSEJO DE EUROPA, *Comentario a las normas penitenciarias europeas*, Traducción realizada por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2010.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Derecho Penitenciario*, Cuadernos de Derecho Judicial, Centro de Documentación Judicial, D. L, Madrid, 1995.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Derecho Penitenciario II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Director José Luis de Castro Antonio, Centro de Documentación Judicial, D.L, Madrid, 2004.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, Director José Luis Castro Antonio, Centro de Documentación Judicial, D.L, Madrid, 2007.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Conclusiones de la IX Reunión de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, celebrada en los días 11 y 12 de marzo de 1996, Centro de Documentación Judicial, D. L, Madrid, 1997.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *I Curso Monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Centro de Documentación Judicial, D. L, Madrid, 1997.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Estudio de las Resoluciones dictadas por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, Centro de Documentación Judicial, D. L, Madrid, 1998.

COSTA, José de Faria, *Ler Beccaria hoje: ensaio introdutório à edição portuguesa de Dos Delitos e das Penas*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1998.

COSTA JR., Paulo José da, *Comentários ao Código Penal*, 6ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2000.

COUTINHO DE AMORIM, Pierre Souto Maior, *Seletividade da norma penal*, Revista Jurídica Consulex, Ano X, nº 226, junio de 2006.

COYLE, Andrew, *La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos, Manual para el personal penitenciario*, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, 2002.

CRUELLS, Marta, IGAREDA, Noelia y TORRENTS, Miriam, *Trayectorias de las personas presas a la salida de prisión*, en *Servicios Sociales y Cárcel: Alternativas a la actual política punitiva*, Editora Salhaketa, Vitoria- Gasteiz, 2005.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal*, Tomo I, Volumen II, 18ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología*, Editorial Bosch, Barcelona, 1958.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español, Parte general*, 3ª ed., Editorial Dykinson, Madrid, 2002.

DAIEN, Samuel, *Régimen jurídico y social de la libertad condicional*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1947.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Direitos humanos e cidadania*, Editora Moderna, São Paulo, 1998.

DE CÓRDOVA, Federico, *La libertad condicional*, Editora Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1947.

DELGADO, Sergio, *¿Pueden hoy los juzgados de ejecución penal controlar la ejecución de las penas?*, en *Cuaderno Negro, Revista sobre la cárcel y la filosofía del castigo*, A. Marambio Avaria, Buenos Aires, 2004.

DELMANTO, Roberto, *Código Penal Comentado*, Editora Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 2009.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *El régimen abierto*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, Madrid, 1996.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Extranjería y Privación de Libertad*, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Número Extraordinario, Ministerio del Interior, Madrid, 2006.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Un deber (no obligación) y Derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario*, en *Lecciones de Derecho Penitenciario* (libro colectivo), Ed. Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1989.

DEL PONT, Luis Marco, *Derecho Penitenciario*, Cárdenas Editor y Distribución, Madrid, 1984.

DEL PONT, Luis Marco, *Penología y Sistemas Carcelarios*, Depalma, Buenos Aires, 1975.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena, Prólogo de Ignacio Berdugo Gómez De La Torre y Hans Joachim Hirsch*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.

DE ROSA TORNER, Fernando, *Las nuevas tecnologías al servicio de la Administración de Justicia*, Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías, nº 22, Editorial Aranzadi, Madrid, 2010.

DÍAZ, Miguel y CONLLEDO, García, *Protección y Expulsión de Extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2007.

DÍAZ ROCA, Rafael, *Apuntes de urgencia sobre las nuevas penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, a la luz de la circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado*, Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XV, nº 664, abril de 2006.

DÍAZ ROCA, Rafael, *Derecho Penal General (Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

DÍAZ-SANTOS, María Del Rosario Diego, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (Coords), *Conflicto Social y Sistema Penal, Diez estudios sobre la actual reforma*, Editorial Colex, Madrid, 1996.

DÍAZ-SANTOS, María del Rosario Diego, MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria P., FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.(Coordinadores), *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del Código Penal, Comunicaciones del XXI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2009.

DÍAZ SASTRE, Cristina, *Las medidas de seguridad con la nueva reforma del Código Penal: la libertad vigilada como modalidad postpenitenciaria*, Revista de Derecho y Proceso Penal, nº 25, 2011.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*, Trad. Luiz Regis Prado, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005.

DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *El Sistema Penitenciario en España*, Ministerio del Interior, Madrid, 2000.

DIRECCIÓN GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Instrucción 13/2001, de 10 de diciembre, Aplicación del art. 86.4 del Reglamento Penitenciario*, Ministerio del Interior, Madrid, 2001.

DOÑATE MARTÍN, Antonio, *Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria: Naturaleza, Órganos y Competencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 33, 1995.

DONINI, Massimo, *Jueces y democracia, El papel de la magistratura y democracia penal: El uso judicial del derecho penal de los principios*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LIX, MMVI, Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.

DOTTI, René Ariel, *As novas linhas do livramento condicional e da reabilitação*, Editora Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1985.

DOTTI, René Ariel, *Curso de Direito Penal, Parte geral*, 2ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.

DOTTI, René Ariel, *Reforma Penal Brasileira*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1988.

DUARTE-FONSECA, Antônio Carlos, *Obrigação de permanência na habita o e monitoriza o telemática posicional*, Revista do Ministério Público, n  80, outubro-dezembro de 1999.

DURKHEIM, Emile, *La división del trabajo social*, Editora Colof n, México, 1993.

DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos, *El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario*, Cuadernos de Derecho Judicial, n  22, Madrid, 1996.

ENGELMANN, Fabiano, *La reforma de la justicia en Brasil: La movilización de los juristas*, Derechos Humanos en América Latina, Mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

ELIAS ORTEGA,  ngel, *Logros y carencias de las políticas sociales como alternativa a las políticas criminales: algunos datos*, en Servicios Sociales y Cárcel: Alternativas a la actual política punitiva, Editora Salhaketa, Vitoria- Gasteiz, 2005.

ESCOBAR MARULANDA, Juan Gonzalo, *Los monitores electrónicos ( puede ser el control electrónico una alternativa al cárcel?)*, en Penas alternativas a la prisión, Bosch, Barcelona, 1997.

ESPAÑA, *Leyes políticas del Estado*, 24ª ed., Aranzadi, S.A., Civitas Biblioteca de Legislación, Madrid, 2006.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1990.

ESTEFAM, André, *Direito Penal, Parte Geral*, Cole o Cursos e Concursos, Editora Saraiva, São Paulo, 2007.

ESTEFAM, André, *Direito Penal, Parte Geral*, Editora Saraiva, São Paulo, 2010.

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan, *Manual de Derecho Penitenciario, Comentarios Prácticos*, Sep n Editorial Jurídica, S. L., Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ. ARÉVALO, Luis y NISTAL BURÓN, Javier, *Manual de Derecho Penitenciario*, 2ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2012.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *El Derecho Penitenciario, Concepto*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Tomo VI, Derecho Penitenciario, Iustel, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *Hacia la nueva reforma del Derecho penitenciario*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y SANZ MULAS, Nieves, *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública*, Comares, Granada, 2005.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *La libertad condicional y los beneficios penitenciarios*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Tomo VI, Derecho Penitenciario, Iustel, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *Los beneficios penitenciarios*, en VV.AA., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, *Manual de Derecho Penitenciario*, CISE, DL, Salamanca, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, *Criminalità e globalizzazione*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 42, São Paulo, enero-marzo de 2003.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías- la ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Trad. Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantanero Bandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, *La batalla contra la tortura: la batalla de la razón*, Trad. Carlos Orozco Arcieri, en *Privación de libertad y derechos humanos, La tortura y otras formas de violencia en el Estado español*, OSPDH, Barcelona, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *La crisis de la democracia en la era de la globalización*, en *Derecho y Justicia en una sociedad global*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 39, Editorial de la Universidad de Granada, Granada, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *O Direito como sistema de garantias*, en OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de, *O novo em Direito e Política*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.

FERRER GUTIÉRREZ, Antonio, *Ejecución Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

FERRER GUTIÉRREZ, Antonio, *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario, Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Tomo I, Editora Coimbra, Coimbra, 2004.

- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Editorial Tecnos, D.L., Madrid, 1990.
- FISCHER, Dennis G., REYNOLDS, Grace L., WOOD, Michele M., JOHNSON Mark L., *Reliability of arrest and Incarceration, Questions on the risk behaviour assessment, Crime & Delinquency*, nº 1, Vol. 50, Enero de 2004.
- FOUCAULT, Michel, *Sobre a Prisão*, en *Microfísica do poder*, 6ª ed., Editora Graal, Rio de Janeiro, 1986.
- FOUCAULT, Michel, *Vigiar e punir: Nascimento da prisão*; Trad. Raquel Ramallete, Editora Vozes, Petrópolis, 1987.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Direito Penal e Direitos Humanos*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1977.
- FREDERICO MARQUES, José, *Tratado de Direito Penal*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1966.
- FROSINI, Vittorio, *Cibernética, Derecho y Sociedad*, Trad. Carlos A. Salguero-Talavera y Ramón L. Soriano Díaz, Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1982.
- GABRIEL GUIMARÃES, Claudio Alberto, *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2007.
- GAINEY, Randy R. y PAYNE, Brian K., *Changing attitudes toward house arrest with electronic monitoring: The impact of a single presentation?*, *Internacional Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, nº 2, Vol. 47, 2003.
- GALLEGO DÍAZ, Manuel, *Acerca de la naturaleza jurídica del adelantamiento de la libertad condicional*, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús, Ministerio del Interior, Extra, Madrid, 2006.
- GARCÍA AYA, Merche, *Preparación a la libertad*, Por una pastoral de Justicia y Libertad, Actas del VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, realizado en Madrid, de 15 a 17 de septiembre de 2000, *Corintios-Revista de Teología y Pastoral de la Caridad XIII*, nº 97 y 98, enero-junio de 2001.
- GARCÍA ALBERO, Ramón y TAMARIT SUMALLA, José Mª, *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Fundamentos y aplicación de las penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1997.
- GARCÍA BASALO, Juan Carlos, *Algunas tendencias actuales de la ciencia penitenciaria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.
- GARCÍA ESPAÑA, E., *Los extranjeros en las cárceles españolas*, Coord. Laurenzo Copello, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- GARCÍA ESPAÑA, E. y DIEZ RIPOLLÉS, J.L (Coord.), *Realidad y Política Penitenciaria*, Universidad de Málaga, Málaga, 2012.
- GARCÍA ESPAÑA, E. y RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, *Los extranjeros en prisión*, Ponencia presentada en el III Encuentro Andaluz de Servicios de Orientación y Asistencia Jurídica Penitenciaria, Jaén, abril de 2005.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, 5ª ed., corr. e aum., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*, ADPCP, Tomo XXXII, Madrid, 1979.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1982.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Estar mejor e salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LIV, MMI, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 2003.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Estudios de Derecho penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Introducción a la penología*, Universidad Compostela, Madrid, 1981.
- GARLAND, David, *La cultura del control, crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Trad. Máximo Sozzo, Editorial Gedisa, Barcelona, 2001.
- GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *El tratamiento penitenciario y la prisión preventiva*, en BARBERO SANTOS, Marino (Coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla de la Mancha, Cuenca, 1997.
- GIL, Antônio Carlos, *Métodos e técnicas de pesquisa social*, 5ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 1999.
- GIMENEZ GARCÍA, Joaquín, *El Juez y la Cárcel*, Revista Eguzkilore, Numero extraordinario, 1988.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMBER, Esther, *La nueva Ley de Justicia Juvenil en España: Un reto para el año de 2000*, en *Legislación de Menores en el Siglo XXI: Análisis del Derecho Comparado*, Estudios de Derecho Judicial, nº 18, Madrid, 1999.
- GODWIN, J. Udo y EDOHO, Félix M., *Information and Technology to African Nations: An Economic Development Mandate*, Journal of Technology Transfer, nº 25, 2000.
- GOFFMAN, E., *Estigma, La identidad deteriorada*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970.

GONZÁLEZ, Jaime, I., *Política de Extranjería, Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ BARBERO, María Ángeles, *La intervención social en prisiones, Ejes centrales y metodología*, Por una pastoral de Justicia y Libertad, Actas del VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, realizado en Madrid, de 15 a 17 de septiembre de 2000, Corintios-Revista de Teología y Pastoral de la Caridad XIII, nº 97 y 98, enero-junio de 2001.

GÓNZALEZ RUS, Juan José, *Control electrónico y sistema penitenciario*, VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, Dirección General de Administración Local y Justicia, Sevilla, 1994.

GOULART, Henry, *Penologia I*, May Love, São Paulo, 1975.

GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, Volume I, 12ª ed., Impetus, Niterói, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Execução Penal*, Max Limonad, São Paulo, 1987.

GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *Resocialización y Semilibertad, Análisis legal, jurisprudencial y criminológico*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010.

GUISASOLA LERMA, Cristina, *Consideraciones político-criminales para una reformulación de la expulsión penal de condenados extranjeros sin residencia legal*, Estudios Penales y Criminológicos, Volumen XXX, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2010.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, María Luz, SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia (Coord.), *El nuevo código penal: primeros problemas de aplicación*, Universidad de Salamanca, Dirección de Cursos Extraordinarios, Salamanca, 1997.

GUSMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2009.

HABERMAS, Jürgens, *Direito e democracia*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

HADDAD, Jorge, *Derecho Penitenciario*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984.

HASSEMER, Winfried, *Três temas de direito penal*, ESMP, Porto Alegre, 1993.

HAUCK, João, *Tecnociencia, vigilancia y sistema penal: La superación de paradigmas y las nuevas perspectivas bajo el punto de vista tecnológico*, Revista CENIPEC, nº 28, enero-diciembre de 2009.

HEGEL, Georg W. F., *Princípios da filosofia do direito*, Trad. Norberto de Paula Lima, Ícone, São Paulo, 1997.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Los obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

HERKENHOFF, João Baptista, *Direitos Humanos: a construção universal de uma utopia*, 2ª ed., Santuário, Aparecida, 2001.

HUGO, Victor, *O último dia de um condenado à morte*, Trad. Annie Paulette Mª Cambe, Newton Compton Brasil Ltda., Rio de Janeiro, 1993.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel y PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, *La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II, Fundación Konrad- Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006.

IRACHETA IRIBARREN, Marino, *Judicatura y Privación de Libertad*, Revista Eguzkilore, Numero Extraordinario, Enero de 1998.

ISHIDA, Kenji Válter, *Direito Penal, Parte Geral e Parte Especial*, Editora Atlas, São Paulo, 2010.

IZQUIERDO ESCRIBANO, A., *La inmigración inesperada*, Editora Trotta, Madrid, 1996.

JAÉN VALLEJO, Manuel, *Sistemas penales iberoamericanos: libro homenaje al profesor Enrique Bacigalupo en su 65º aniversario*, Ara, Lima, 2003.

JAKOBS, Gunter, *Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, en JAKOBS, Gunter, MELIÁ, Manuel Cancio, *Derecho Penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica*, Boletim IBCCRIM nº 170, Rio de Janeiro, 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Trad. Olmedo Cardenete, Editorial Comares, Granada, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1981.

JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal, Parte Geral*, Vol. I, 27ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

JESUS, Damásio E. de, *Comentários ao Código Penal*, Editora Saraiva, São Paulo, 1985.

- JIMENEZ, Gloria, *Profesionales y entidades que trabajan en los servicios sociales de asistencia a las personas sujetas a medidas penales*, en *Servicios Sociales: Alternativas a la actual cultura punitiva*, Editora Salhaketa, Vitoria- Gasteiz, 2005.
- JUANATEY DORADO, Carmen, *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz, *Finalidades da Pena*, Editorial Manole, Barueri, 2004.
- KANT, I., *Metaphysik der Sitten, 1797, La metafísica de las costumbres*, Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, estudio preliminar de Adela Cortina Orts, 2ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- KARAM, Maria Lúcia, *Monitoramento eletrônico: A sociedade do controle*, Boletim IBCCRIM, nº 170, Rio de Janeiro, 2007.
- KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie (Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik)*, Schwartz, Göttingen, 1954, Trad. de Enrique Bacigalupo Zapater y Ernesto Garzón Valdés bajo el título “Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna”, Depalma, Buenos Aires, 1977.
- KAUFMANN, Hilde, *Ejecución penal y terapia social*, Trad. Juan Bustos Ramírez, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- KAUFMANN, Hilde, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Depalma, Buenos Aires, 1977.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, Trad. João Baptista Machado, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1995.
- KENT, Jorge, *La resocialización de los penados, Un desafío en el nuevo milenio*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- KUHN, Christian, *Los derechos humanos en los sistemas penitenciarios de Europa*, Por una pastoral de Justicia y Libertad, Actas del VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, realizado en Madrid, de 15 a 17 de septiembre de 2000, Corintios-Revista de Teología y Pastoral de la Caridad XIII, nº 97 y 98, enero-junio de 2001.
- LAFER, Celso, *A reconstrução dos direitos humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, 6ª ed., Companhia das Letras, São Paulo, 2006.
- LAJE ANAYA, Justo y GAVIER, Enrique, *Notas al Código Penal*, Tomo I, Lerner, Córdoba, 1994.
- LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁSQUEZ, Concepción, *Derecho Penal Español, Parte general*, 7ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Introducción al Derecho Penal Español*, 6ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Prisión provisional y régimen penitenciario*, en BARBERO SANTOS, Marino (Coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Colección Estudios, Ediciones de la Universidad de Castilla de la Mancha, Cuenca, 1997.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, MENDOZA BUERGO, Blanca y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Coord.), *Código penal*, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- LEGANÉS GOMÉZ, Santiago, *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002.
- LEGANÉS GOMÉZ, Santiago, *Extranjeros en prisión*, *La Ley Penal*, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº 30, 2006.
- LEGANÉS GOMÉZ, Santiago, *La evolución de la clasificación penitenciaria*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, Madrid, 2005.
- LEGANÉS GOMÉZ, Santiago, *La clasificación penitenciaria: nuevo régimen jurídico*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2006.
- LEGISLACIÓN PENITENCIARIA, Edición preparada por Esteban Mestre Delgado, con la colaboración de Carlos García Valdés, 9ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2007.
- LEMGRUBER, Julita, *La Necesidad de Penas Alternativas en América Latina*, en Conferencia Latinoamericana sobre Reforma Penal y Penas Alternativas a la Prisión, Reforma Penal Internacional y Ministerio de la Justicia de Costa Rica, Memoria 2002.
- LEMONS, A., *Cibercultura, Tecnologia e Vida Social na Cultura Contemporânea*, Sulina, Porto Alegre, 2002.
- LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de (Coord.), *Derecho y prisiones hoy*, Ediciones de la Universidad de Castilla de La Mancha, Cuenca, 2003.
- LILLY, J. R., *Issues beyond empirical EM Reports*, *Criminology and Public Policy*, Vol. 5, nº 1, 2006.
- LIMA, João Milanez da Cunha y LIMA, Luis Fernando C. da Cunha, *Perfil social do crime*, Fundação Casa de José Américo, João Pessoa, 2004.
- LISZT, Franz Von, *La idea del fin en el derecho penal*, Programa de la Universidad de Marburgo (1882), Trad. Carlos Pérez del Valle, Editorial Comares, Granada, 1995.

- LISZT, Franz Von, *Tratado de Derecho penal*, Tomo III, Trad. Luis Jiménez de Asúa, 4ª ed., Editorial Reus S.A., Madrid, 1999.
- LOCKE, J. , *Segundo tratado sobre o governo*, Vol. XVIII, Abril Cultural, São Paulo, 1973.
- LOIZAGA ARNAIZ, José María, *Dificultades y necesidades de las personas presas para facilitar su salida*, en *Servicios Sociales y Cárcel: Alternativas a la actual cultura punitiva*, Editora Salhaketa, Vitoria-Gasteiz, 2005.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Comentario al título III del Código Penal*, en, COBO DEL ROSAL, Manuel (director) y otros, *Comentarios al Código Penal (artículos 24 a 94)*, Tomo III, Edersa, Madrid, 2000.
- LÓPEZ LORENZO, Virtudes, *La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal*, *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 9, 2004.
- LUCA, Javier Augusto de y POULASTROU, Martín, *Libertad vigilada por monitoreo electrónico*, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, nº 7, Año III, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, diciembre de 1997.
- LUJÁN ALCARZA, José y PENALVA, Alejandra Selma, *Garantías judiciales de los extranjeros frente a las medidas de internamiento y expulsión*, en *Protección Jurídico-Social de los Trabajadores Extranjeros*, Comares, Granada, 2010.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión*, en VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, Sevilla, 1994.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Universitas, Madrid, 1996.
- LYRA, Roberto, *Comentários ao Código Penal*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1942.
- MACHADO, Nara Borgo Cypriano, *Crise no sistema penitenciário brasileiro: o monitoramento eletrônico como medida de execução penal*, Anales del XVIII Congreso Nacional del CONPENDINGI, realizado en São Paulo, en los días 4 a 7 de noviembre de 2009.
- MAIA NETO, Cândido Furtado, *Presunção de inocência e os direitos humanos, Justiça penal e devido processo no Estado Democrático*, *Revista Jurídica Consulex*, Año VIII, nº 171, 2004.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, *La mujer víctima de violencia de género*, en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Editorial Comares, Granada, 2009.
- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale, Parte Generale*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1988.

MANZANARES, Fernando, *El brazalete electrónico en el sistema penal francés*, en Cuaderno Negro, Revista sobre la cárcel y la filosofía del castigo, A. Marambio Avaria, Buenos Aires, 2004.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *El Juez de Vigilancia*, en Lecciones de Derecho Penitenciario, Editorial de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1985.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Individualización científica y libertad condicional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984.

MANZANOS BILBAO, César, *Trabajo social y educación social con inmigrantes en países receptores y de origen*, Ediciones Aljibe, Málaga, 2004.

MAPPELLI CAFFARENA, Borja, *El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia*, en Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año I, Número 1, Universidad Carlos II de Madrid, febrero-octubre de 1993.

MAPPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

MAPPELLI CAFFARENA, Borja, *Pena privativa de libertad*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XIX, Seix Editor, Barcelona, 1989.

MAPPELLI CAFFARENA, Borja, *Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera*, en Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, nº 3, Madrid, 2001.

MAPPELLI CAFFARENA, Borja, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Bosch, Barcelona, 1983.

MAQUIAVEL, Nicolau, *O príncipe*, Coleção "A Obra-Prima de Cada Autor", Trad. Pietro Nassetti, Editora Martin Claret, São Paulo, 2000.

MARCÃO, Renato, *Curso de Execução Penal*, 8ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2010.

MARCÃO, Renato, *Lei de Execução Penal anotada e interpretada*, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

MARTÍN BARBERÁN, Jaime, *La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y en Estados Unidos*, Revista del Poder Judicial, nº 58, 2000.

MARTÍN DIZ, Fernando, *El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*, Comares, Granada, 2002.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *Derechos fundamentales entre rejas*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LI, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *El papel del Juez de Vigilancia Penitenciaria en la intervención de las comunicaciones de los presos*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, Edición extraordinaria, 2000.

MARTÍN PALLÍN, José Antonio, *Ciudadanía, culturas y libertades*, en Extranjeros y Derecho Penal, Cuadernos de Derecho Judicial IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003.

MARTÍNEZ QUINTEIRO, María Esther, *Crisis de la modernidad y derechos humanos*, en “La crisis en la Historia”, Sexta Jornada de Estudios Históricos del Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de la Universidad de Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1995.

MATTHEWS, Roger, *Pagando tiempo, Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Ediciones Belaterra, Barcelona, 2003.

MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Trad. Juan Córdoba Roda, Tomo I, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

MAZZILLI, Hugo Nigro, *Questões Criminais Controvertidas*, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

MELOSSI y PAVARINI, *Cárcel y Fábrica, Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Trad. Xavier Massimi, Siglo Veintiuno de España Editores, S.A., Madrid, 1980.

MESSUTI, Ana, *El tiempo como pena*, Prólogo de Eduardo A. Russo y Eugenio Raúl Zaffaroni, Ediar, Buenos Aires, 2008.

MINISTERIO DEL INTERIOR, *El régimen penitenciario español*, Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2010.

MIOTTO, Armida Bergamini, *Curso de Direito Penitenciário*, Vol. II, Editora Saraiva, São Paulo, 1975.

MIR PUIG, Carlos, *Derecho Penitenciario, El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2011.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 7ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2004.

MIR PUIG, Santiago, *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.

MIR PUIG, Santiago, *Estado, pena y delito*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2006.

MIR PUIG, Santiago, *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXIX, 1986.

MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., Editorial IB de F, Buenos Aires, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Código de Processo Penal Interpretado*, 10ª. ed., Editora Atlas, São Paulo, 2003.

- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução penal*, 11ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2004.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de Direito Penal*, 26ª ed., Editora Atlas, São Paulo, 2008.
- MIRANDA PEREIRA, Luís de, *Minorias e diversidade cultural, Algumas reflexões sobre o contacto de culturas na prisão a propósito, designadamente, de estrangeiros e ciganos*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 17, nº 2, Coimbra Editora, Coimbra, abril-junio de 2007.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, *Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade*, seu fundamento e âmbito, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *Globalização, Democracia e Crime*, II Congresso de Processo Penal- Memórias, Edições Almedina, Coimbra, 2006.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela, *Consensualismo y prisión: nuevos desafíos*, en ARROYO ZAPATERO, Luis A. y BERDUGO GOMÉZ DE LA TORRE, Ignacio (Directores), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos (in memoriam)*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha y Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001.
- MONTESINOS Y MOLINA, Manuel, *Bases en las que se apoya mi sistema penal*, Reproducido por la REP nº 159(Homenaje al Coronel Montesinos), octubre-diciembre, 1962.
- MONTESQUIEU, Charles de, *Do espírito das leis*, Editora Nova Cultural, São Paulo, 1997.
- MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos Arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, Coleção Temas Jurídicos, Editora Atlas, São Paulo, 2000.
- MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Editorial Destino, Barcelona, 1984.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Curso de Derecho Penal Español, Parte general*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Derecho Penal, Parte General – Fundamentos Conceptuales y Metodológicos del Derecho Penal, Ley Penal*, Editorial Dykinson S. L., Madrid, 2004.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.

- MORTIMER, May, *Electronic monitoring in practice: the second year of the trial curfew orders*, Home Office, London, 1996.
- MUÑGORRI, Ignacio, *Privación de libertad y derechos fundamentales*, en *Privación de libertad y derechos humanos, La tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español*, OSPDH, Barcelona, 2008.
- MUNNÉ, F., *Una comunidad abierta a la prisión: dialéctica de una relación patológica*, en *Generalitat de Catalunya, Presó i Comunitat, Departament de Justícia, Centre d'Estudis i Formació*, Barcelona, 1988.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed. rev., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Direito Penal e Controle Social*, 1ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975.
- NAVARRO MASSIP, Jorge, *La imparcialidad judicial y la pérdida de neutralidad*, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 2, mayo de 2001.
- NELLIS, M., *Surveillance, rehabilitation and electronic monitoring: getting the issues clear*, *Criminology and Public Policy*, Vol. V, nº 1, 2006.
- NIEVA FENOLL, Jorge, *Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal*, *Revista del Poder Judicial*, nº 77, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- NISTAL BURÓN, Javier, *La nueva medida de libertad vigilada, Problemática jurídica que conllevaría a su cumplimiento*, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 793, febrero de 2010.
- NISTAL BURÓN, Javier, *La prisión del siglo XXI*, I Congreso Europeo de Derecho Penitenciario, X Jornadas Penitenciarias de Andalucía, Jaén, 2002.
- NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito Penal*, 15ª ed., Vol. I, Editora Saraiva, São Paulo, 1978.
- NUCCI, Guilherme de Sousa, *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Sousa, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 5ª ed. rev. atual. y amp., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- OLEAGA, Begoña y BALLESTEROS, César, *Dificultades y necesidades de las personas fuera de la prisión*, en *Servicios Sociales y Cárcel: Alternativas a la actual cultura punitiva*, Editora Salhaketa, Vitoria-Gasteiz, 2005.

- OLMEDO CARDENETE, Miguel y ARAÚJO NETO, Félix, *Introducción al Derecho Penal*, ARA Editores, Lima, 2007.
- ORWELL, George, "1984", Editorial Companhia das Letras, São Paulo, 2009.
- OSSET, Miguel, *Más allá de los derechos humanos*, Capellades, Barcelona, 2001.
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Control Telemático de Penados*, Análisis Jurídico, Económico y Social, Tirant Monografías, nº 534, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PARÉS I GALLÉS, Ramón, *Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro*, Revista del Poder Judicial nº 46, segundo trimestre de 1997, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 1997.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Biblioteca Universitaria Guadiana, Madrid, 1973.
- PEDROSA, Ronaldo Leite, *Direito em História*, Imagem Virtual, Nova Friburgo, 2002.
- PEREIRA, Luís de Miranda, *Controle eletrônico de delinquentes*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano IX, Fasc. 2º, 04-05/99, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Derecho Penal, Parte general*, CISE, D.L, Salamanca, 2006.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Derecho Penal, Parte especial*, CISE, D.L, Salamanca, 2008.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y sus Competencias*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio(Coord.), Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal, Tomo VI, Derecho Penitenciario, Iustel, Madrid, 2010.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y FERNANDÉZ GARCÍA, Julio, *Los Establecimientos Penitenciarios*, en Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal, Tomo VI, Derecho Penitenciario, Iustel, Madrid, 2010.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La tercera generación de derechos humanos*, The Global Law Collection, Cizur Menor Aranzadi, S.A., Navarra, 2006.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 4ª ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PIMENTEL, Manoel Pedro, *O crime e a pena na atualidade*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983.

PINTO DE MIRANDA RODRIGUES, Analía María, *Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, M. J. Bosch, S. L., Barcelona, 2000.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Universal*, 3ªed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

PIRES, Ariosvaldo de Campos, *Compêndio de Direito Penal, Parte Geral*, 3ª ed. rev., atual. y ampl., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006.

POLETTI ADORNO, Alberto, *Realidad o ficción: Los derechos de las personas privadas de libertad en Paraguay, De la Ley Penitenciaria al Anteproyecto de Código de Ejecución Penal*, en *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010.

PORTILLA CONTRERAS, G., *El derecho penal de la libertad y seguridad*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2012.

PORTILLA, Guillermo, *La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España: análisis de la legislación procesal, penal, administrativa y penitenciaria que le sirve de cobertura*, en *Privación de libertad y derechos humanos, La tortura y otras formas de violencia en el Estado español*, OSPDH, Barcelona, 2008.

POSADA SEGURA, Juan David, *La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal*, en *Nuevo Foro Penal*, n° 64, tercera época, Año I, Universidad EAFIT, Medellín, enero-abril de 2003.

POZA CISNEROS, María, *Las nuevas tecnologías en el ámbito penal*, *Revista del Poder Judicial*, n° 65, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

PRADO, Luiz Regis, *Comentários ao código penal: doutrina e jurisprudência selecionada*, 2ª ed. rev., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

PRATT, John, *Castigo y Civilización, Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*, Trad. Gabriel Zadunaisky, Editorial Gedisa, Barcelona, 2006.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Casa Civil, Ley n° 12.403/2011, de 04 de mayo.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Casa Civil, Art. 2º del Decreto n° 7.627/2011, de 24 de noviembre.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Casa Civil, Decreto n° 7.627/2011, de 24 de noviembre.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Casa Civil, Ley n° 12.258/2010, de 15 de junio.

QUADERNS DE BARCELONA - CIUTADANIA I DRETS, *La Cárcel en el Entorno Familiar, Estudio de las Repercusiones del Encarcelamiento sobre las Familias*:

Problemáticas y Necesidades, Observatori Del Sistema Penal I Els Drets Hlimans, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2006.

QUADRINI, Guillermo Adolfo, *La administración penitenciaria: ¿función soberana del Estado? Una experiencia que procura servicio y calidad: el modelo francés*, en Cuaderno Negro, Revista sobre la cárcel y la filosofía del castigo, A. Marambio Avaria, Buenos Aires, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza, *Funções do direito penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2001.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director), MORALES PRATS, Fermín. (Coord.) y otros, *Comentarios al nuevo código penal*, 3ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2004.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed. rev. y amp., Editorial Aranzadi, Navarra, 2000.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, *Parte General del Derecho Penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.

RACIONERO CARMONA, Francisco, *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.

RACIONERO CARMONA, Francisco, *El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Historia de un Afán, Minorías y Prisión*, Revista Eguzkilore, Número Extraordinario 12, San Sebastián, Diciembre de 1998.

RAMOS PASCUA, José Antonio, *La crítica a la idea de los derechos humanos*, Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Vol. II, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Ediciones Universidad Complutense, Madrid, 2001.

RAMOS TAVARES, André, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, São Paulo, 2006.

REALE JR., Miguel, *Instituições de Direito Penal, Parte geral*, Vol. II, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003.

REDONDO ILLESCAS, Santiago, *Manual para el tratamiento psicológico de delinquentes*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2012.

RENART GARCÍA, Felipe, *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras*, Universidad de Alicante, Zaragoza, 2002.

RENART GARCÍA, Felipe, *La Libertad Condicional: Nuevo Régimen Jurídico, (Adaptada a la L.0.7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas)*, Edisofer, S. L., Madrid, 2003.

RENZEMA, Marc y MAYO-WILSON, Evan, *Can electronic monitoring reduce crime for moderate to high-risk offenders?*, Journal of Experimental Criminology, nº 1, 2005.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando, *España: Centros penitenciarios y derechos fundamentales*, en Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones, Editorial IB de F, Buenos Aires, 2010.

RÍOS MARTÍN, Juan Carlos (Coord.), *Manual de Ejecución Penitenciaria: Defenderse de la Cárcel*, 6ª ed., Colex, Madrid, 2010.

RÍOS MARTÍN, Juan Carlos y CABRERA, Pedro José, *Mil voces presas*, Editorial Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998.

RÍOS MARTÍN, Juan Carlos y CABRERA, Pedro José, *Mirando al Abismo, El régimen cerrado*, Editorial Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002.

RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de, *Función e aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Cárcel y Derechos Humanos, Un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992.

RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria, Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La desvaloración de los derechos fundamentales de los reclusos, la construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1997.

RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos, España y Argentina*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.

RODRÍGUEZ ALONSO, Antonio, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 3ª ed., corregida, aumentada y puesta al día, Editorial Comares, Granada, 2003.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, Carmen, *El cumplimiento efectivo de las penas y el papel del tratamiento penitenciario*, en DIÁZ-SANTOS, María Rosario Diego, ZUÑIGA RODRIGUÉZ, Laura y FABIAN CAPARRÓS, Eduardo A., *Conflicto Social y Sistema Penal, Diez estudios sobre la actual reforma*, Editorial Colex, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental*, Revista del Poder Judicial, nº 79, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Estados Unidos: éxito de las leyes contra la pedofilia a través de sistemas de vigilancia electrónica*, Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XVII, nº 732, julio de 2007.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *La cárcel de Lelystad: otro modelo de cárcel electrónica*, Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XVI, nº 706, junio de 2006.

RODRÍGUEZ- MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Nuevas penas: Comparación de los resultados de la vigilancia electrónica como sustitutivo de la prisión en los países de nuestro entorno*, Revista de Derecho y Proceso Penal, nº 15, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Editorial Slovento, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Vigilancia electrónica, criminalidad y sociedad de riesgos: la difícil compatibilización del proyecto de nueva ley francesa antiterrorista y los derechos fundamentales individuales*, Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XVI, nº 698, febrero de 2006.

RODRÍGUEZ SAÉZ, José A., *Derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad, Un análisis del deber ser*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, M. J. Bosch, S. L., Barcelona, 2000.

ROUSSEAU, J-J, *O contrato social*, Trad. Rolando Roque da Silva, 20ª ed., Cultrix, São Paulo, 1999.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.

ROXIN, Claus, *Política criminal e sistema jurídico-penal*, Trad. Luís Grecco, Editorial Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

ROXIN, Claus, *¿Tiene futuro el Derecho penal?*, Revista del Poder Judicial, nº 49, Madrid, 1998.

RUIZ DE PINEDO, Iñaki, *Programas institucionales e iniciativas de la red asociativa en el ámbito de apoyo social a las personas penadas y sus familias*, en *Servicios Sociales y Cárcel: Alternativas a la actual política punitiva*, Editora Salhaketa, Vitoria-Gasteiz, 2005.

RUIZ RENFIGO, Hoover Wadith, *Hacia dónde va el derecho penal: un Nuevo fundamento basado en el sentido común. La equitipicidad*, 2ª ed., Editorial Ratio Legis, Madrid, 2012.

RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, *Extranjeros en prisión, Una marginación reiterada, en Sistema Penal y exclusión de extranjeros*, Editorial Bomarzo S. L, Albacete, 2006.

RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, *Informe sobre condiciones de marginalidad y exclusión de extranjeros en España*, en *Sistema Penal y exclusión de extranjeros*, Editorial Bomarzo S. L, Albacete, 2006.

RUOTOLO, Marco, *Derechos de los detenidos y Constitución*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

SALILLAS, Rafael, *La vida penal en España*, Analecta Editorial, Madrid, 1999.

SALINAS, Raúl, *A propósito de algunas medidas en materia de política penitenciaria*, en Cuaderno Negro, Revista sobre la cárcel y la filosofía del castigo, A. Marambio Avaria, Buenos Aires, 2004.

SALINAS RAMOS, Francisco, *Pastoral Social y Pastoral Penitenciaria: espacios comunes y coordinación*, Por una pastoral de Justicia y Libertad, Actas del VI Congreso Nacional de Pastoral Penitenciaria, realizado en Madrid, de 15 a 17 de septiembre de 2000, Corintios-Revista de Teología y Pastoral de la Caridad XIII, nº 97 y 98, enero-junio de 2001.

SÁNCHEZ GUIU, Iñaki, *Descentralización y competencias penitenciarias*, Revista Eguzkilore, Número Extraordinario 12, San Sebastián, diciembre de 1998.

SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, *Las organizaciones internacionales ante la violación de los derechos humanos*, Septem Ediciones, Oviedo, 2004.

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, *Comentários ao CP de 1995*, Vol. I, Arts. 1 a 233, (Coord.), Editora Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, *La libertad condicional, Cuestiones prácticas de su aplicación*, en Vigilancia Penitenciaria, VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

SANTAMARÍA, Ángela, *Derechos Humanos en América Latina, Mundialización y Circulación Internacional del Conocimiento Experto Jurídico*, CEPI, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

SANTIAGO REDONDO, Eulalia Luque, *La reincidencia en el delito: un análisis empírico*, en ARROYO, Luis, MONTAÑES, Juan y RECHEA, Cristina, Estudios de Criminología II, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 1999.

SANZ DELGADO, Enrique, *Regresar Antes: Los Beneficios Penitenciarios, Premio Nacional Victoria Kent*, Ministerio del Interior, Madrid, 2006.

SANZ MULAS, Nieves, *A Imprensa e o Direito Processual Penal- Juízos Paralelos, II Congresso de Processo Penal- Memórias*, Edições Almedina, Coimbra, 2006.

SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad, Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Prólogo de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Colex, Madrid, 2000.

- SANZ MULAS, Nieves, *Especificidades en la aplicación del Derecho Penitenciario sobre presos terroristas*, en DIEGO DÍAZ-SANTOS y SÁNCHEZ LÓPEZ (Coords.), *Nuevas cuestiones penales*, Colex, Madrid, 1998.
- SANZ MULAS, Nieves, *La libertad definitiva y la asistencia postpenitenciaria*, Manual de Derecho Penitenciario, Universidad de Salamanca, Colex, Madrid, 2001.
- SANZ MULAS, Nieves, *La libertad definitiva y la asistencia social postpenitenciaria*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio(Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo VI, Derecho Penitenciario, Iustel, Madrid, 2010.
- SANZ MULAS, Nieves, *La pena privativa de libertad y sus alternativas*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio(Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo VI, Derecho Penitenciario, Iustel, Madrid, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- SENÉS MOTILLA, Carmen, *Las órdenes de alejamiento y de salida del domicilio adoptadas en los procesos sobre violencia de género*, Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XVIII, nº 750, abril de 2008.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, *Código Penal de 1995, Comentarios y jurisprudencia*, Editorial Comares, Granada, 1998.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, *Las penas en el nuevo código penal (Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)*, Editorial Comares, Granada, 1996.
- SHUTE, S., *Sattelite tracking of offenders: a study of pilots in England and Wales*, Ministry of Justice, London, 2007.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª. ed., Editora Malheiros, São Paulo, 1995.
- SIMONA, Gustavo, *Prolongación de la penitencia: el trabajo después de la cárcel*, en Cuaderno Negro, Revista sobre la cárcel y la filosofía del castigo, A. Marambio Avaria, Buenos Aires, 2004.
- SOLA DUEÑAS, Ángel, GARCÍA ARÁN, Mercédez, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Alternativas a la prisión*, PPU, Barcelona, 1986.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando, *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Círculo de Empresarios, Pirámide, Madrid, 1980.
- SWEDISH COUNCIL FOR CRIME PREVENTION, *Extended use of electronic tagging in Sweden, The offenders and victims view*, BRA, Report, 2007.

TAMARIT SUMALLA, José María, *Curso de Derecho Penitenciario*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1996.

TAMARIT SUMALLA, José María, *Hechos postdelictivos e individualización de la ejecución*, en ASUA BATARRITA, Adela y GARRO CARRERA, Enara, *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Argitalpen Zerbitzua Servicio Editorial, Bilbao, 2009.

TAMARIT SUMALLA, José María, GARCÍA ALBERO, Ramón, RODRÍGUEZ PUERTA, María José y SAPENA GRAU, Francisco, *Curso de Derecho Penitenciario*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

TASENDE CALVO, Julio J., *Aspectos civiles de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XV, nº 664, abril de 2005.

TAVARES, Celma, *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a continuidade da prática de tortura por parte dos agentes do Estado*, en ARRUDA, Paula (Coord.), *Direitos Humanos, Questões em Debate*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2009.

TAVARES LEITE, Flamarion, *Manual de Filosofia Geral y Jurídica, Das origens a Kant*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2006.

TÉBAR VILCHES, Beatriz, *El modelo de libertad condicional español*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2006.

TELES, Ney Moura, *Direito Penal I, Parte Geral*, Editora Atlas, São Paulo, 2004.

THUMS, Gilberto, *Sistemas Processuais Penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2006.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La tortura judicial en España*, Ariel, Barcelona, 1973.

TOON, J., *Electronic monitoring in England and Wales, Will electronic monitoring have a future in Europe?* Contributions from a European Workshop, Friburgo, 2003.

TORRES, Enrique, *Relación entre la justicia y la administración penitenciaria*, Revista Eguzkilore, nº 1, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1987.

TORRES ROSELL, Núria, *La supervisión electrónica de penados: propuestas y reflexiones desde el Derecho comparado*, Revista de Derecho y Proceso Penal, nº 19, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

TOUBES-MUÑIZ, Joaquín Rodríguez, *La razón de los derechos, Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los Derechos Humanos: Declaraciones y Convenios Internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

- VALDÉS, Carlos García, *Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria, Necesidad de asumir nuevas competencias*, en Derecho Penitenciario II, Consejo General del Poder Judicial, D.L, Madrid, 2004.
- VALVERDE, Jesús, *La cárcel y sus consecuencias, La intervención sobre la conducta desadaptada*, Ed. Popular, Madrid, 1991.
- VÁSQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tomo I, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1991.
- VEGA ALOCÉN, Manuel, *El tercer grado con control telemático*, Editorial Comares, Granada, 2010.
- VEGA ALOCÉN, Manuel, *La libertad condicional en el Derecho español*, Civitas Ediciones, Madrid, 2001.
- VEGA ALOCÉN, Manuel, *Los permisos de salida ordinarios*, Editorial Comares, Granada, 2005.
- VIGGIANE BICUDO, Tatiana, *Por que punir? Teoria Geral da Pena*, Editora Saraiva, São Paulo, 2010.
- VITAL DE ALMEIDA, Ricardo, *O Júri no Brasil, Aspectos constitucionais, soberania e democracia social, equívocos propositais e verdades contestáveis*, EDIJUR, São Paulo, 2005.
- VITORES, Anna y DOMÉNECH, Miquel, *Telepoder: Tecnologías y control penitenciario*, Scripta Nova, Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Vol. VIII, nº 170(44), UB, Barcelona, 2004.
- WACQUANT, Loïc, *Extirpar y expulsar: Sobre la gestión penal de los inmigrantes postcoloniales en la Unión Europea*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 43, 2009.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Criminología: Aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 1988.
- ZAFFARONI, Eugenio, ALAJIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIARANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, 4ª ed. rev., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

ZARAGOZA HUERTA, José, *Derecho Penitenciario Español*, Prólogo de Carlos García Valdés, Editorial Elsa G. de Lazcano, Ciudad de México, 2007.

ZIMBARDO, P.J., HANEY, C., BANKS, W.C. y JAFEE, D., *La psicología del encarcelamiento: privación poder y patología*, Revista de Psicología Social, 1986.

ZULGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Director) y otros, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *A propósito de la resocialización de los presos terroristas*, en Jueces para la Democracia, n.º. 32, 1999.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, DÍAZ-SANTOS, María Rosario Diego (Coords.), *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, DÍAZ-SANTOS, María Rosario Diego (Coords.), *El derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *El trabajo penitenciario*, en VV.AA, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *El tratamiento penitenciario*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*, Tomo VI, Derecho Penitenciario, Iustel, Madrid, 2010.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *El tratamiento penitenciario*, en VV.AA., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (Coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *El Tipo Penal de Tortura en la Legislación Española a la Luz de la Jurisprudencia Nacional e Internacional*, en ARRUDA, Paula (Coord.), *Direitos Humanos, Questões em Debate*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Instrumentos Jurídicos Para Prevenir a Tortura e os Tratos Desumanos e Degradantes*, Trad. Sónia Fidalgo, en Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n. 02, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, GORJÓN BARRANCO, Mª Concepción y FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio (Coords.), *La Reforma Penal de 2010*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2011.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Nociones de Política Criminal*, CISE- Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal*, Colex, Madrid, 2001.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal y Prevención del delito: El denotado restablecimiento de la pena de prisión en España o la construcción social del delincuente/enemigo*, en Víctima, Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Editora Comares, Granada, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Relaciones del recluso con el mundo exterior*, en VV.AA., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, (Coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001.

REFERENCIAS DE SITIOS ELECTRÓNICOS

ARAÚJO NETO, Félix y MEDEIROS, Rebeca Rodrigues Nunes, *O monitoramento eletrônico de presos e a Lei nº 12.403/2011*, Revista Electrónica Ámbito Jurídico, Rio Grande, XIV, nº 90, Julio/2011, Disponible en la página web: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9894&revista_caderno=22. Acceso en 22/05/2012.

CAMPDERRICH BRAVO, Ramón, *Nota crítica sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal español*, Disponible en la página web: <http://www.suscripcionesmientrastanto.org>. Acceso en 26/01/2013.

CID MOLINÉ, José, *El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnósticos y remedios*, Revista Española de Investigación Criminológica, Artículo 02, nº 06, 2008, Disponible en la página web: <http://www.criminologia.net>. Acceso en 22/01/2013.

DELA-BIANCA, Naiara Antunes, *Monitoramento eletrônico de presos, Pena alternativa ou medida auxiliar da execução penal?* Revista Jurídica Jus Navigandi, Teresina, Ano 16, nº 2748, Enero/2011, Disponible en la página web: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18126>. Acceso en 25/05/2012.

MAINPRIZE, Steve, *Elective Affinities in the Engineering of Social Control: The evolution of Electronic Monitoring*, *Electronic Journal of Sociology*, 1996, Disponible en la página web: <http://www.sociology.org/content/vol002.02/mainprize.html>. Acceso en 07/04/2011.

MAPELLI CAFARENA, Borja, *Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas*, Conferencia realizada en la Universidad de Sevilla, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Disponible en la página web: <http://criminnet.ugr.es>. Acceso en 12/05/2012.

RAMAZZINI BECHARA, Fábio, *Breves notas acerca da prisão*, Disponible en la página web: www.damasio.com.br/news/edicao/news17/conteudo/artigos/default.asp. Acceso en 22/07/2008.

REIS, Fábio André Silva, *Monitoramento eletrônico de prisioneiros (as): breve análise comparativa entre as experiências inglesa e sueca*, Disponible en la página web: www.fabioreis.org. Acceso en 02/02/2012.

RODRIGUES OLIVEIRA, Janaína, *O monitoramento eletrônico na justiça criminal: Um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo*, Trabajo Final de Máster presentado en el Posgrado en Ciencias Criminales, Porto Alegre, 2011, p. 65, Disponible a través de la página web: http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/5/TDE-2011-05-09T131742Z-3197/Publico/431126.pdf. Acceso en 06/05/2012.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín, *Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI*, Disponible en la página web: http://www.uah.es/derecho/facultad/docs/Anuario2005/06carcel_electronica.pdf. Acceso en 05/05/2012.

ROXIN, Claus, El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania, InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Octubre de 2012, Disponible en la página web <http://www.indret.com>. Acceso en 25/01/2013.

STACEY, Tom, *Electronic tagging of offenders: a global view*, International Review of Law Computers and Technology, Vol. XX, 2006, Disponible en la página web: www.offenderstag.com.uk. Acceso en 12/05/2012.

ANEXOS

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.

Texto compilado

Institui a Lei de Execução Penal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I

Do Objeto e da Aplicação da Lei de Execução Penal

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

TÍTULO II

Do Condenado e do Internado

CAPÍTULO I

Da Classificação

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

~~Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões.~~

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social.

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.

Art. 9º A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá:

I - entrevistar pessoas;

II - requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado;

III - realizar outras diligências e exames necessários.

CAPÍTULO II

Da Assistência

SEÇÃO I

Disposições Gerais

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

SEÇÃO II

Da Assistência Material

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

SEÇÃO III

Da Assistência à Saúde

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

SEÇÃO IV

Da Assistência Jurídica

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica nos estabelecimentos penais.

SEÇÃO V

Da Assistência Educacional

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

SEÇÃO VI

Da Assistência Social

Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social:

I - conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;

II - relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;

III - acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;

IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;

V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;

VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho;

VII - orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.

SEÇÃO VII

Da Assistência Religiosa

Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

SEÇÃO VIII

Da Assistência ao Egresso

Art. 25. A assistência ao egresso consiste:

I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego.

Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei:

I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento;

II - o liberado condicional, durante o período de prova.

Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho.

CAPÍTULO III

Do Trabalho

SEÇÃO I

Disposições Gerais

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

b) à assistência à família;

c) a pequenas despesas pessoais;

d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Art. 30. As tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não serão remuneradas.

SEÇÃO II

Do Trabalho Interno

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

Art. 32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

§ 1º Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo.

§ 2º Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade.

§ 3º Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado.

Art. 33. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.

Parágrafo único. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal.

Art. 34. O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado.

§ 1º. Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada. (Renumerado pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 2º Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Art. 35. Os órgãos da Administração Direta ou Indireta da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e dos Municípios adquirirão, com dispensa de concorrência pública, os bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares.

Parágrafo único. Todas as importâncias arrecadadas com as vendas reverterão em favor da fundação ou empresa pública a que alude o artigo anterior ou, na sua falta, do estabelecimento penal.

SEÇÃO III

Do Trabalho Externo

Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

§ 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§ 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso.

Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo.

CAPÍTULO IV

Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina

SEÇÃO I

Dos Deveres

Art. 38. Cumpre ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;

IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;

V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

VI - submissão à sanção disciplinar imposta;

VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores;

VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;

IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;

X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

SEÇÃO II

Dos Direitos

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 13.8.2003)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Art. 42 - Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.

Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução.

SEÇÃO III

Da Disciplina

SUBSEÇÃO I

Disposições Gerais

Art. 44. A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho.

Parágrafo único. Estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório.

Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

§ 1º As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado.

§ 2º É vedado o emprego de cela escura.

§ 3º São vedadas as sanções coletivas.

Art. 46. O condenado ou denunciado, no início da execução da pena ou da prisão, será cientificado das normas disciplinares.

Art. 47. O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.

Art. 48. Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

Parágrafo único. Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei.

SUBSEÇÃO II

Das Faltas Disciplinares

Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada.

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:

I - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;

II - retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;

III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

~~Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e sujeita o preso, ou condenado, à sanção disciplinar, sem prejuízo da sanção penal.~~

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

SUBSEÇÃO III

Das Sanções e das Recompensas

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

~~Art. 54. As sanções dos incisos I a III do artigo anterior serão aplicadas pelo diretor do estabelecimento; a do inciso IV, por Conselho Disciplinar, conforme dispuser o regulamento.~~

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Art. 55. As recompensas têm em vista o bom comportamento reconhecido em favor do condenado, de sua colaboração com a disciplina e de sua dedicação ao trabalho.

Art. 56. São recompensas:

I - o elogio;

II - a concessão de regalias.

Parágrafo único. A legislação local e os regulamentos estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias.

SUBSEÇÃO IV

Da Aplicação das Sanções

~~Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares levar-se-á em conta a pessoa do faltoso, a natureza e as circunstâncias do fato, bem como as suas consequências.~~

~~Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III e IV, do artigo 53, desta Lei.~~

Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

~~Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a 30 (trinta) dias.~~

Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O isolamento será sempre comunicado ao Juiz da execução.

SUBSEÇÃO V

Do Procedimento Disciplinar

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Parágrafo único. A decisão será motivada.

~~Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso, pelo prazo máximo de 10 (dez) dias, no interesse da disciplina e da averiguação do fato.
Parágrafo único. O tempo de isolamento preventivo será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.~~

Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

TÍTULO III

Dos Órgãos da Execução Penal

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 61. São órgãos da execução penal:

I - o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária;

II - o Juízo da Execução;

III - o Ministério Público;

IV - o Conselho Penitenciário;

V - os Departamentos Penitenciários;

VI - o Patronato;

VII - o Conselho da Comunidade.

CAPÍTULO II

Do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

Art. 62. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, com sede na Capital da República, é subordinado ao Ministério da Justiça.

Art. 63. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária será integrado por 13 (treze) membros designados através de ato do Ministério da Justiça, dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social.

Parágrafo único. O mandato dos membros do Conselho terá duração de 2 (dois) anos, renovado 1/3 (um terço) em cada ano.

Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:

I - propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança;

II - contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária;

III - promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País;

IV - estimular e promover a pesquisa criminológica;

V - elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor;

VI - estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados;

VII - estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal;

VIII - inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento;

IX - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal;

X - representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

CAPÍTULO III

Do Juízo da Execução

Art. 65. A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

II - declarar extinta a punibilidade;

III - decidir sobre:

a) soma ou unificação de penas;

b) progressão ou regressão nos regimes;

c) detração e remição da pena;

d) suspensão condicional da pena;

e) livramento condicional;

f) incidentes da execução.

IV - autorizar saídas temporárias;

V - determinar:

a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;

b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade;

c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos;

d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

- e) a revogação da medida de segurança;
- f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;
- g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca;
- h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei.
- i) (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;

IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade.

X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 13.8.2003)

CAPÍTULO IV

Do Ministério Público

Art. 67. O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução.

Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público:

I - fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento;

II - requerer:

a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;

b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;

c) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

d) a revogação da medida de segurança;

e) a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional;

f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior.

III - interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução.

Parágrafo único. O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

CAPÍTULO V

Do Conselho Penitenciário

Art. 69. O Conselho Penitenciário é órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena.

§ 1º O Conselho será integrado por membros nomeados pelo Governador do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências

correlatas, bem como por representantes da comunidade. A legislação federal e estadual regulará o seu funcionamento.

§ 2º O mandato dos membros do Conselho Penitenciário terá a duração de 4 (quatro) anos.

Art. 70. Incumbe ao Conselho Penitenciário:

~~I - emitir parecer sobre livramento condicional, indulto e comutação de pena;~~

I - emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso; (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

II - inspecionar os estabelecimentos e serviços penais;

III - apresentar, no 1º (primeiro) trimestre de cada ano, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, relatório dos trabalhos efetuados no exercício anterior;

IV - supervisionar os patronatos, bem como a assistência aos egressos.

CAPÍTULO VI

Dos Departamentos Penitenciários

SEÇÃO I

Do Departamento Penitenciário Nacional

Art. 71. O Departamento Penitenciário Nacional, subordinado ao Ministério da Justiça, é órgão executivo da Política Penitenciária Nacional e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Art. 72. São atribuições do Departamento Penitenciário Nacional:

I - acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o Território Nacional;

II - inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais;

III - assistir tecnicamente as Unidades Federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos nesta Lei;

IV - colaborar com as Unidades Federativas mediante convênios, na implantação de estabelecimentos e serviços penais;

V - colaborar com as Unidades Federativas para a realização de cursos de formação de pessoal penitenciário e de ensino profissionalizante do condenado e do internado.

VI - estabelecer, mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro nacional das vagas existentes em estabelecimentos locais destinadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de outra unidade federativa, em especial para presos sujeitos a regime disciplinar. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. Incumbem também ao Departamento a coordenação e supervisão dos estabelecimentos penais e de internamento federais.

SEÇÃO II

Do Departamento Penitenciário Local

Art. 73. A legislação local poderá criar Departamento Penitenciário ou órgão similar, com as atribuições que estabelecer.

Art. 74. O Departamento Penitenciário local, ou órgão similar, tem por finalidade supervisionar e coordenar os estabelecimentos penais da Unidade da Federação a que pertencer.

SEÇÃO III

Da Direção e do Pessoal dos Estabelecimentos Penais

Art. 75. O ocupante do cargo de diretor de estabelecimento deverá satisfazer os seguintes requisitos:

I - ser portador de diploma de nível superior de Direito, ou Psicologia, ou Ciências Sociais, ou Pedagogia, ou Serviços Sociais;

II - possuir experiência administrativa na área;

III - ter idoneidade moral e reconhecida aptidão para o desempenho da função.

Parágrafo único. O diretor deverá residir no estabelecimento, ou nas proximidades, e dedicará tempo integral à sua função.

Art. 76. O Quadro do Pessoal Penitenciário será organizado em diferentes categorias funcionais, segundo as necessidades do serviço, com especificação de atribuições relativas às funções de direção, chefia e assessoramento do estabelecimento e às demais funções.

Art. 77. A escolha do pessoal administrativo, especializado, de instrução técnica e de vigilância atenderá a vocação, preparação profissional e antecedentes pessoais do candidato.

§ 1º O ingresso do pessoal penitenciário, bem como a progressão ou a ascensão funcional dependerão de cursos específicos de formação, procedendo-se à reciclagem periódica dos servidores em exercício.

§ 2º No estabelecimento para mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado.

CAPÍTULO VII

Do Patronato

Art. 78. O Patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos (artigo 26).

Art. 79. Incumbe também ao Patronato:

I - orientar os condenados à pena restritiva de direitos;

II - fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana;

III - colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional.

CAPÍTULO VIII

Do Conselho da Comunidade

Art. 80. Haverá em cada comarca, um Conselho da Comunidade, composto no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais.

Parágrafo único. Na falta da representação prevista neste artigo, ficará a critério do Juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho.

Art. 81. Incumbe ao Conselho da Comunidade:

I - visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca;

II - entrevistar presos;

III - apresentar relatórios mensais ao Juiz da execução e ao Conselho Penitenciário;

IV - diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

TÍTULO IV

Dos Estabelecimentos Penais

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

~~§ 1º - A mulher será recolhida a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.~~

§ 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal. (Redação dada pela Lei nº 9.460, de 04/06/97)

§ 2º - O mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados.

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 1º Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários. (Renumerado pela Lei nº 9.046, de 18/05/95)

~~§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam amamentar seus filhos. (Incluído pela Lei nº 9.046, de 18/05/95)~~

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)

§ 3º Os estabelecimentos de que trata o § 2º deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas. (Incluído pela Lei nº 12.121, de 2009).

§ 4º Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante. (Incluído pela Lei nº 12.245, de 2010)

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§ 1º O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes.

§ 2º O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

Art. 86. As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União.

~~§ 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher, mediante decisão judicial, os condenados à pena superior a 15 (quinze) anos, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado.~~

§ 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 2º Conforme a natureza do estabelecimento, nele poderão trabalhar os liberados ou egressos que se dediquem a obras públicas ou ao aproveitamento de terras ociosas.

§ 3º Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

CAPÍTULO II

Da Penitenciária

Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

~~Art. 88. Além dos requisitos referidos no artigo anterior, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa.~~

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

CAPÍTULO III

Da Colônia Agrícola, Industrial ou Similar

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

a) a seleção adequada dos presos;

b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

CAPÍTULO IV

Da Casa do Albergado

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

CAPÍTULO V

Do Centro de Observação

Art. 96. No Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação.

Parágrafo único. No Centro poderão ser realizadas pesquisas criminológicas.

Art. 97. O Centro de Observação será instalado em unidade autônoma ou em anexo a estabelecimento penal.

Art. 98. Os exames poderão ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação, na falta do Centro de Observação.

CAPÍTULO VI

Do Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico

Art. 99. O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal.

Parágrafo único. Aplica-se ao hospital, no que couber, o disposto no parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Art. 100. O exame psiquiátrico e os demais exames necessários ao tratamento são obrigatórios para todos os internados.

Art. 101. O tratamento ambulatorial, previsto no artigo 97, segunda parte, do Código Penal, será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada.

CAPÍTULO VII

Da Cadeia Pública

Art. 102. A cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

Art. 103. Cada comarca terá, pelo menos 1 (uma) cadeia pública a fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

Art. 104. O estabelecimento de que trata este Capítulo será instalado próximo de centro urbano, observando-se na construção as exigências mínimas referidas no artigo 88 e seu parágrafo único desta Lei.

TÍTULO V

Da Execução das Penas em Espécie

CAPÍTULO I

Das Penas Privativas de Liberdade

SEÇÃO I

Disposições Gerais

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá:

I - o nome do condenado;

II - a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação;

III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado;

IV - a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução;

V - a data da terminação da pena;

VI - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário.

§ 1º Ao Ministério Público se dará ciência da guia de recolhimento.

§ 2º A guia de recolhimento será retificada sempre que sobrevier modificação quanto ao início da execução ou ao tempo de duração da pena.

§ 3º Se o condenado, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal, far-se-á, na guia, menção dessa circunstância, para fins do disposto no § 2º, do artigo 84, desta Lei.

Art. 107. Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

§ 1º A autoridade administrativa incumbida da execução passará recibo da guia de recolhimento para juntá-la aos autos do processo, e dará ciência dos seus termos ao condenado.

§ 2º As guias de recolhimento serão registradas em livro especial, segundo a ordem cronológica do recebimento, e anexadas ao prontuário do condenado, aditando-se, no curso da execução, o cálculo das remições e de outras retificações posteriores.

Art. 108. O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.

Art. 109. Cumprida ou extinta a pena, o condenado será posto em liberdade, mediante alvará do Juiz, se por outro motivo não estiver preso.

SEÇÃO II

Dos Regimes

Art. 110. O Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal.

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

~~Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.~~
~~Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e de exame criminológico, quando necessário.~~

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Art. 113. O ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo Juiz.

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:

I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;

II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei.

Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;

II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;

III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;

IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Art. 116. O Juiz poderá modificar as condições estabelecidas, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, desde que as circunstâncias assim o recomendem.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, tome incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Art. 119. A legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (artigo 36, § 1º, do Código Penal).

SEÇÃO III

Das Autorizações de Saída

SUBSEÇÃO I

Da Permissão de Saída

Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos:

I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;

II - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do artigo 14).

Parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso.

Art. 121. A permanência do preso fora do estabelecimento terá a duração necessária à finalidade da saída.

SUBSEÇÃO II

Da Saída Temporária

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Art. 124. A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.

~~Parágrafo único. Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de 2º grau ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes.~~

§ 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - recolhimento à residência visitada, no período noturno; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III - proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

§ 2º Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.258, de 2010)

§ 3º Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Art. 125. O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

Parágrafo único. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado.

SEÇÃO IV

Da Remição

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho.

§ 2º O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 3º A remição será declarada pelo Juiz da execução, ouvido o Ministério Público.

Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

Art. 128. O tempo remido será computado para a concessão de livramento condicional e indulto.

Art. 129. A autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao Juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando e dos dias de trabalho de cada um deles.

Parágrafo único. Ao condenado dar-se-á relação de seus dias remidos.

Art. 130. Constitui o crime do artigo 299 do Código Penal declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição.

SEÇÃO V

Do Livramento Condicional

Art. 131. O livramento condicional poderá ser concedido pelo Juiz da execução, presentes os requisitos do artigo 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, ouvidos o Ministério Público e Conselho Penitenciário.

Art. 132. Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§ 1º Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;
- b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação;
- c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.

§ 2º Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;

b) recolher-se à habitação em hora fixada;

c) não freqüentar determinados lugares.

d) (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Art. 133. Se for permitido ao liberado residir fora da comarca do Juízo da execução, remeter-se-á cópia da sentença do livramento ao Juízo do lugar para onde ele se houver transferido e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção.

Art. 134. O liberado será advertido da obrigação de apresentar-se imediatamente às autoridades referidas no artigo anterior.

Art. 135. Reformada a sentença denegatória do livramento, os autos baixarão ao Juízo da execução, para as providências cabíveis.

Art. 136. Concedido o benefício, será expedida a carta de livramento com a cópia integral da sentença em 2 (duas) vias, remetendo-se uma à autoridade administrativa incumbida da execução e outra ao Conselho Penitenciário.

Art. 137. A cerimônia do livramento condicional será realizada solenemente no dia marcado pelo Presidente do Conselho Penitenciário, no estabelecimento onde está sendo cumprida a pena, observando-se o seguinte:

I - a sentença será lida ao liberando, na presença dos demais condenados, pelo Presidente do Conselho Penitenciário ou membro por ele designado, ou, na falta, pelo Juiz;

II - a autoridade administrativa chamará a atenção do liberando para as condições impostas na sentença de livramento;

III - o liberando declarará se aceita as condições.

§ 1º De tudo em livro próprio, será lavrado termo subscrito por quem presidir a cerimônia e pelo liberando, ou alguém a seu rogo, se não souber ou não puder escrever.

§ 2º Cópia desse termo deverá ser remetida ao Juiz da execução.

Art. 138. Ao sair o liberado do estabelecimento penal, ser-lhe-á entregue, além do saldo de seu pecúlio e do que lhe pertencer, uma caderneta, que exhibirá à autoridade judiciária ou administrativa, sempre que lhe for exigida.

§ 1º A caderneta conterá:

a) a identificação do liberado;

b) o texto impresso do presente Capítulo;

c) as condições impostas.

§ 2º Na falta de caderneta, será entregue ao liberado um salvo-conduto, em que constem as condições do livramento, podendo substituir-se a ficha de identificação ou o seu retrato pela descrição dos sinais que possam identificá-lo.

§ 3º Na caderneta e no salvo-conduto deverá haver espaço para consignar-se o cumprimento das condições referidas no artigo 132 desta Lei.

Art. 139. A observação cautelar e a proteção realizadas por serviço social penitenciário, Patronato ou Conselho da Comunidade terão a finalidade de:

I - fazer observar o cumprimento das condições especificadas na sentença concessiva do benefício;

II - proteger o beneficiário, orientando-o na execução de suas obrigações e auxiliando-o na obtenção de atividade laborativa.

Parágrafo único. A entidade encarregada da observação cautelar e da proteção do liberado apresentará relatório ao Conselho Penitenciário, para efeito da representação prevista nos artigos 143 e 144 desta Lei.

Art. 140. A revogação do livramento condicional dar-se-á nas hipóteses previstas nos artigos 86 e 87 do Código Penal.

Parágrafo único. Mantido o livramento condicional, na hipótese da revogação facultativa, o Juiz deverá advertir o liberado ou agravar as condições.

Art. 141. Se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de prova, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das 2 (duas) penas.

Art. 142. No caso de revogação por outro motivo, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, e tampouco se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento.

Art. 143. A revogação será decretada a requerimento do Ministério Público, mediante representação do Conselho Penitenciário, ou, de ofício, pelo Juiz, ouvido o liberado.

Art. 144. O Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou mediante representação do Conselho Penitenciário, e ouvido o liberado, poderá modificar as condições especificadas na sentença, devendo o respectivo ato decisório ser lido ao liberado por uma das autoridades ou funcionários indicados no inciso I, do artigo 137, desta Lei, observado o disposto nos incisos II e III e §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Art. 145. Praticada pelo liberado outra infração penal, o Juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final.

Art. 146. O Juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público ou mediante representação do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena privativa de liberdade, se expirar o prazo do livramento sem revogação.

Seção VI

Da Monitoração Eletrônica
(Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Art. 146-A. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

IV - determinar a prisão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

V - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - a regressão do regime; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - a revogação da autorização de saída temporária; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

IV - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

V - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

VI - a revogação da prisão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

VII - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - quando se tornar desnecessária ou inadequada; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

CAPÍTULO II

Das Penas Restritivas de Direitos

SEÇÃO I

Disposições Gerais

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Art. 148. Em qualquer fase da execução, poderá o Juiz, motivadamente, alterar, a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal.

SEÇÃO II

Da Prestação de Serviços à Comunidade

Art. 149. Caberá ao Juiz da execução:

I - designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões;

II - determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena;

III - alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho.

§ 1º o trabalho terá a duração de 8 (oito) horas semanais e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Juiz.

§ 2º A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

Art. 150. A entidade beneficiada com a prestação de serviços encaminhará mensalmente, ao Juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar.

SEÇÃO III

Da Limitação de Fim de Semana

Art. 151. Caberá ao Juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena.

Parágrafo único. A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006)

Art. 153. O estabelecimento designado encaminhará, mensalmente, ao Juiz da execução, relatório, bem assim comunicará, a qualquer tempo, a ausência ou falta disciplinar do condenado.

SEÇÃO IV

Da Interdição Temporária de Direitos

Art. 154. Caberá ao Juiz da execução comunicar à autoridade competente a pena aplicada, determinada a intimação do condenado.

§ 1º Na hipótese de pena de interdição do artigo 47, inciso I, do Código Penal, a autoridade deverá, em 24 (vinte e quatro) horas, contadas do recebimento do ofício, baixar ato, a partir do qual a execução terá seu início.

§ 2º Nas hipóteses do artigo 47, incisos II e III, do Código Penal, o Juízo da execução determinará a apreensão dos documentos, que autorizam o exercício do direito interditado.

Art. 155. A autoridade deverá comunicar imediatamente ao Juiz da execução o descumprimento da pena.

Parágrafo único. A comunicação prevista neste artigo poderá ser feita por qualquer prejudicado.

CAPÍTULO III

Da Suspensão Condicional

Art. 156. O Juiz poderá suspender, pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, a execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, na forma prevista nos artigos 77 a 82 do Código Penal.

Art. 157. O Juiz ou Tribunal, na sentença que aplicar pena privativa de liberdade, na situação determinada no artigo anterior, deverá pronunciar-se, motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer a conceda, quer a denegue.

Art. 158. Concedida a suspensão, o Juiz especificará as condições a que fica sujeito o condenado, pelo prazo fixado, começando este a correr da audiência prevista no artigo 160 desta Lei.

§ 1º As condições serão adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado, devendo ser incluída entre as mesmas a de prestar serviços à comunidade, ou limitação de fim de semana, salvo hipótese do artigo 78, § 2º, do Código Penal.

§ 2º O Juiz poderá, a qualquer tempo, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante proposta do Conselho Penitenciário, modificar as condições e regras estabelecidas na sentença, ouvido o condenado.

§ 3º A fiscalização do cumprimento das condições, reguladas nos Estados, Territórios e Distrito Federal por normas supletivas, será atribuída a serviço social penitenciário, Patronato, Conselho da Comunidade ou instituição beneficiada com a prestação de serviços, inspecionados pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério Público, ou ambos, devendo o Juiz da execução suprir, por ato, a falta das normas supletivas.

§ 4º O beneficiário, ao comparecer periodicamente à entidade fiscalizadora, para comprovar a observância das condições a que está sujeito, comunicará, também, a sua ocupação e os salários ou proventos de que vive.

§ 5º A entidade fiscalizadora deverá comunicar imediatamente ao órgão de inspeção, para os fins legais, qualquer fato capaz de acarretar a revogação do benefício, a prorrogação do prazo ou a modificação das condições.

§ 6º Se for permitido ao beneficiário mudar-se, será feita comunicação ao Juiz e à entidade fiscalizadora do local da nova residência, aos quais o primeiro deverá apresentar-se imediatamente.

Art. 159. Quando a suspensão condicional da pena for concedida por Tribunal, a este caberá estabelecer as condições do benefício.

§ 1º De igual modo proceder-se-á quando o Tribunal modificar as condições estabelecidas na sentença recorrida.

§ 2º O Tribunal, ao conceder a suspensão condicional da pena, poderá, todavia, conferir ao Juízo da execução a incumbência de estabelecer as condições do benefício, e, em qualquer caso, a de realizar a audiência admonitória.

Art. 160. Transitada em julgado a sentença condenatória, o Juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das conseqüências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas.

Art. 161. Se, intimado pessoalmente ou por edital com prazo de 20 (vinte) dias, o réu não comparecer injustificadamente à audiência admonitória, a suspensão ficará sem efeito e será executada imediatamente a pena.

Art. 162. A revogação da suspensão condicional da pena e a prorrogação do período de prova dar-se-ão na forma do artigo 81 e respectivos parágrafos do Código Penal.

Art. 163. A sentença condenatória será registrada, com a nota de suspensão em livro especial do Juízo a que couber a execução da pena.

§ 1º Revogada a suspensão ou extinta a pena, será o fato averbado à margem do registro.

§ 2º O registro e a averbação serão sigilosos, salvo para efeito de informações requisitadas por órgão judiciário ou pelo Ministério Público, para instruir processo penal.

CAPÍTULO IV

Da Pena de Multa

Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

§ 1º Decorrido o prazo sem o pagamento da multa, ou o depósito da respectiva importância, proceder-se-á à penhora de tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

§ 2º A nomeação de bens à penhora e a posterior execução seguirão o que dispuser a lei processual civil.

Art. 165. Se a penhora recair em bem imóvel, os autos apartados serão remetidos ao Juízo Cível para prosseguimento.

Art. 166. Recaindo a penhora em outros bens, dar-se-á prosseguimento nos termos do § 2º do artigo 164, desta Lei.

Art. 167. A execução da pena de multa será suspensa quando sobrevier ao condenado doença mental (artigo 52 do Código Penal).

Art. 168. O Juiz poderá determinar que a cobrança da multa se efetue mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, nas hipóteses do artigo 50, § 1º, do Código Penal, observando-se o seguinte:

I - o limite máximo do desconto mensal será o da quarta parte da remuneração e o mínimo o de um décimo;

II - o desconto será feito mediante ordem do Juiz a quem de direito;

III - o responsável pelo desconto será intimado a recolher mensalmente, até o dia fixado pelo Juiz, a importância determinada.

Art. 169. Até o término do prazo a que se refere o artigo 164 desta Lei, poderá o condenado requerer ao Juiz o pagamento da multa em prestações mensais, iguais e sucessivas.

§ 1º O Juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações.

§ 2º Se o condenado for impontual ou se melhorar de situação econômica, o Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, revogará o benefício executando-se a multa, na forma prevista neste Capítulo, ou prosseguindo-se na execução já iniciada.

Art. 170. Quando a pena de multa for aplicada cumulativamente com pena privativa da liberdade, enquanto esta estiver sendo executada, poderá aquela ser cobrada mediante desconto na remuneração do condenado (artigo 168).

§ 1º Se o condenado cumprir a pena privativa de liberdade ou obtiver livramento condicional, sem haver resgatado a multa, far-se-á a cobrança nos termos deste Capítulo.

§ 2º Aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior aos casos em que for concedida a suspensão condicional da pena.

TÍTULO VI

Da Execução das Medidas de Segurança

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

Art. 172. Ninguém será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ou submetido a tratamento ambulatorial, para cumprimento de medida de segurança, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

Art. 173. A guia de internamento ou de tratamento ambulatorial, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a subscreverá com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá:

I - a qualificação do agente e o número do registro geral do órgão oficial de identificação;

II - o inteiro teor da denúncia e da sentença que tiver aplicado a medida de segurança, bem como a certidão do trânsito em julgado;

III - a data em que terminará o prazo mínimo de internação, ou do tratamento ambulatorial;

IV - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento ou internamento.

§ 1º Ao Ministério Público será dada ciência da guia de recolhimento e de sujeição a tratamento.

§ 2º A guia será retificada sempre que sobrevier modificações quanto ao prazo de execução.

Art. 174. Aplicar-se-á, na execução da medida de segurança, naquilo que couber, o disposto nos artigos 8º e 9º desta Lei.

CAPÍTULO II

Da Cessação da Periculosidade

Art. 175. A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o seguinte:

I - a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao Juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida;

II - o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico;

III - juntado aos autos o relatório ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de 3 (três) dias para cada um;

IV - o Juiz nomeará curador ou defensor para o agente que não o tiver;

V - o Juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança;

VI - ouvidas as partes ou realizadas as diligências a que se refere o inciso anterior, o Juiz proferirá a sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias.

Art. 176. Em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o Juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior.

Art. 177. Nos exames sucessivos para verificar-se a cessação da periculosidade, observar-se-á, no que lhes for aplicável, o disposto no artigo anterior.

Art. 178. Nas hipóteses de desinternação ou de liberação (artigo 97, § 3º, do Código Penal), aplicar-se-á o disposto nos artigos 132 e 133 desta Lei.

Art. 179. Transitada em julgado a sentença, o Juiz expedirá ordem para a desinternação ou a liberação.

TÍTULO VII

Dos Incidentes de Execução

CAPÍTULO I

Das Conversões

Art. 180. A pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que:

- I - o condenado a esteja cumprindo em regime aberto;
- II - tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena;
- III - os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável.

Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

§ 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

- a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;
- b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;
- c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;
- d) praticar falta grave;
- e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

§ 2º A pena de limitação de fim de semana será convertida quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo Juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras "a", "d" e "e" do parágrafo anterior.

§ 3º A pena de interdição temporária de direitos será convertida quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interditado ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras "a" e "e", do § 1º, deste artigo.

Art. 182. ~~A pena de multa será convertida em detenção, na forma prevista pelo artigo 51 do Código Penal. (Artigo revogado pela Lei nº 9.268, de 1.4.1996)~~

~~§ 1º Na conversão, a cada dia multa corresponderá 1 (um) dia de detenção, cujo tempo de duração não poderá ser superior a 1 (um) ano.~~

~~§ 2º A conversão tornar-se-á sem efeito se, a qualquer tempo, for paga a multa.~~

Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

Art. 184. O tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida.

Parágrafo único. Nesta hipótese, o prazo mínimo de internação será de 1 (um) ano.

CAPÍTULO II

Do Excesso ou Desvio

Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

Art. 186. Podem suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução:

I - o Ministério Público;

II - o Conselho Penitenciário;

III - o sentenciado;

IV - qualquer dos demais órgãos da execução penal.

CAPÍTULO III

Da Anistia e do Indulto

Art. 187. Concedida a anistia, o Juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade.

Art. 188. O indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa.

Art. 189. A petição do indulto, acompanhada dos documentos que a instruírem, será entregue ao Conselho Penitenciário, para a elaboração de parecer e posterior encaminhamento ao Ministério da Justiça.

Art. 190. O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do processo e do prontuário, promoverá as diligências que entender necessárias e fará, em relatório, a narração do ilícito penal e dos fundamentos da sentença condenatória, a exposição dos antecedentes do condenado e do procedimento deste depois da prisão, emitindo seu parecer sobre o mérito do pedido e esclarecendo qualquer formalidade ou circunstâncias omitidas na petição.

Art. 191. Processada no Ministério da Justiça com documentos e o relatório do Conselho Penitenciário, a petição será submetida a despacho do Presidente da República, a quem serão presentes os autos do processo ou a certidão de qualquer de suas peças, se ele o determinar.

Art. 192. Concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o Juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação.

Art. 193. Se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o Juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, providenciará de acordo com o disposto no artigo anterior.

TÍTULO VIII

Do Procedimento Judicial

Art. 194. O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.

Art. 195. O procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o representante, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.

Art. 196. A portaria ou petição será autuada ouvindo-se, em 3 (três) dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida.

§ 1º Sendo desnecessária a produção de prova, o Juiz decidirá de plano, em igual prazo.

§ 2º Entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o Juiz a ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada.

Art. 197. Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

TÍTULO IX

Das Disposições Finais e Transitórias

Art. 198. É defesa ao integrante dos órgãos da execução penal, e ao servidor, a divulgação de ocorrência que perturbe a segurança e a disciplina dos estabelecimentos, bem como exponha o preso à inconveniente notoriedade, durante o cumprimento da pena.

Art. 199. O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal.

Art. 200. O condenado por crime político não está obrigado ao trabalho.

Art. 201. Na falta de estabelecimento adequado, o cumprimento da prisão civil e da prisão administrativa se efetivará em seção especial da Cadeia Pública.

Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Art. 203. No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis.

§ 1º Dentro do mesmo prazo deverão as Unidades Federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei.

§ 2º Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados.

§ 3º O prazo a que se refere o caput deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação, instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos.

§ 4º O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as Unidades Federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança.

Art. 204. Esta Lei entra em vigor concomitantemente com a lei de reforma da Parte Geral do Código Penal, revogadas as disposições em contrário, especialmente a Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957.

Brasília, 11 de julho de 1984; 163º da Independência e 96º da República.

JOÃO FIGUEIREDO
Ibrahim Abi-Ackel

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 13.7.1984.

