
CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

DICIEMBRE 2012

AÑO 22, N° 28

ISSN 1409-0643

DOCTRINA EXTRANJERA

Prisión provisional mínima

Juan Antonio Lascuraín

La construcción cultural del delincuente
sexuado: para una Política Criminal con
enfoque de género

Claudia Palma Campos

Los sistemas penitenciarios europeos
frente al siglo XXI

**Fernando Reviriego Picón y Faustino
Gudín Rodríguez Magariños**

DOCTRINA NACIONAL

Medidas de seguridad y proceso Penal en
Costa Rica: ¿De la disparidad de criterios
a la uniformidad jurisprudencial?

Frank Harbottle Quirós

Contra la Mafia: lecciones aprendidas

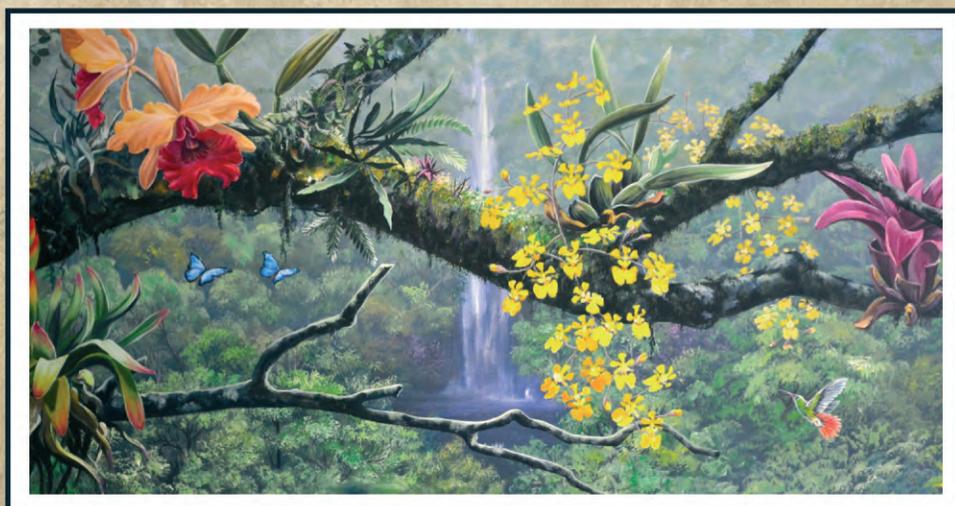
Francisco J. Dall'Anese Ruiz

Sobre la flexibilidad de la pena
y la alcahuetería penitenciaria?

Roy Murillo Rodríguez

Aspectos psicosociales y criminológicos
de la victimología: Una aproximación a la
realidad costarricense

**Mario Alberto Sáenz Rojas y Yessenia
Valverde Zumbado**





ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES
C O S T A R I C A

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Alvarez, Director
Javier Llobet Rodríguez
Alfredo Chirino Sánchez
Alexander Rodríguez Campos
J. Federico Campos Calderón
Yamura Valenciano Jimenez

DIRECCION POSTAL

Colegio de Abogados, Edificio Fundadores
San José , Costa Rica
Tel/Fax (506) 2283-5722

Correo electrónico: acpcr@ice.co.org

Página Web: www.cienciaspenalescr.com

www.facebook.com/asociacion.cienciaspenalescr

***CONSEJO CONSULTIVO
INTERNACIONAL***

Dr. Kai Ambos	Alemania
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania
Dr. Raúl Zaffaroni	Argentina
Dr. Alberto Binder	Argentina
Dr. Julio B.J. Maier	Argentina
Dr. Alejandro Colanzi Z.	Bolivia
Dra. Ada Pellegrini Grinover	Brasil
Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre	España
Dr. Antonio González Cuéllar	España
Dr. Vicente Gimeno Sendra	España
Dr. Juan Luis Gómez Colomer	España
Dra. Elena Larrauri Pijan	España
Dr. José María Asencio Mellado	España



ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES

C O S T A R I C A

*JUNTA DIRECTIVA
ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES
2012-2013*

Daniel González Alvarez, Presidente
Javier Llobet Rodríguez, Vicepresidente
Yamura Valenciano Jiménez, Secretaria
Ana Isabel Solís Zamora, Tesorera
Max Escalante Quirós, Vocal
J. Federico Campos Calderón, Vocal
Alfredo Chirino Sánchez, Fiscal

El contenido de los artículos publicados es responsabilidad de su autor y no necesariamente reflejan la opinión del Director, del Consejo Editorial o la Asociación.
Cuadro de la portada: Pintura "Mi ventana" de Gerardo González, 2012.

REQUISITOS PARA PUBLICAR EN LA REVISTA

La persona que desee publicar en la Revista debe enviar su artículo al Consejo Editorial a la dirección de correo electrónico de la Asociación: **acpcr@ice.co.org**

El artículo debe confeccionarse en Word, en principio con no más de 50,000 caracteres y debe tratarse de un trabajo inédito en el país. El autor debe indicar en forma expresa si el trabajo ha sido publicado con anterioridad, suministrando los datos que permitan identificar la edición.

Debe incluirse un sumario del artículo no mayor de media página y además el currículum del autor, indicando en especial su ocupación actual y correo electrónico.

INDICE

EDITORIAL.....	7
----------------	---

DOCTRINA EXTRANJERA

1. Prisión provisional mínima <i>Juan Antonio Lascuraín.....</i>	8
2. La construcción cultural del delincuente sexuado: para una Política Criminal con enfoque de género <i>Claudia Palma Campos.....</i>	27
3. Los sistemas penitenciarios europeos frente al siglo XXI <i>Fernando Reviriego Picón y Faustino Gudín Rodríguez Magariños</i>	38

DOCTRINA NACIONAL

1. Medidas de seguridad y proceso Penal en Costa Rica: ¿De la disparidad de criterios a la uniformidad jurisprudencial? <i>Frank Harbottle Quirós</i>	72
2. Contra la Mafia: lecciones aprendidas <i>Francisco J. Dall'Anese Ruiz.....</i>	90
3. Sobre la flexibilidad de la pena y la alcahuetería penitenciaria? <i>Roy Murillo Rodríguez</i>	102
4. Aspectos psicosociales y criminológicos de la victimología: Una aproximación a la realidad costarricense <i>Mario Alberto Sáenz Rojas y Yessenia Valverde Zumbado</i>	119

EDITORIAL

Presentamos el numero 28 correspondiente al año de 2012 de la Revista de la Asociación de Ciencias Penales.

Hemos retomado la dirección y realizamos varios cambios que estimamos indispensables con el fin de mantener siempre abierta esta ventana del pensamiento jurídico penal costarricense, como fue denominada la Revista en el extranjero.

Pero los tiempos actuales ya no son los mismos de aquellos años de su fundación, lo que nos ha obligado a introducir algunos cambios. En primer término reconocer, una vez por todas, que la Revista es anual y no semestral, ante la imposibilidad de cumplir con dos entregas al año en los últimos tiempos. En segundo lugar han cambiado paradigmáticamente las formas y los métodos de comunicación, que nos obligan a editar la Revista en forma digital, no sólo para facilitar su distribución en la red entre nuestros Asociados, el foro nacional e internacional, y abaratar costos, sino también para contribuir a disminuir el uso de papel en defensa del ambiente.

Muchas personas han estado involucradas en la edición de la Revista, la actual Junta Directiva de la Asociación, el Consejo Editorial y la Dirección de la Revista asumimos un claro compromiso de continuar los esfuerzos necesarios para cumplir con la periodicidad que nos hemos impuesto.

El funcionamiento del sistema penal costarricense y los acontecimientos penales que estamos enfrentando justifican mantener abierta una puerta crítica, que contribuya al fortalecimiento del Estado de Derecho y que no permita que nuestro país abandone el sendero de los derechos fundamentales como el límite de la actividad represiva del Estado, independientemente de los costos políticos que deban asumirse.

Es más sencillo y más cómodo seguir el sentimiento populista que considera que la represión desmedida y el desconocimiento de derechos constituyen la única vía frente a la creciente criminalidad de la cual somos víctimas.

Sin embargo también debemos reconocer la necesidad de dotar a los órganos encargados de la persecución penal de los instrumentos jurídicos y materiales necesarios para que puedan cumplir en forma adecuada su función, en los límites que nos lo imponen un Estado de Derecho, que impida el desbordamiento irracional de una actividad represiva injustificada y alejada del cumplimiento de las garantías ciudadanas.

Costa Rica, como ningún otro Estado, no tiene otra alternativa para combatir la criminalidad que recurrir a su propio sistema penal, con todas las garantías de su sistema democrático, muy lejos de la solución militar que han asumido nuestros vecinos, y ello debe ser así no sólo porque no tenemos ejército, sino además porque la vía represiva militar ha sido un verdadero fracaso, como lo evidencian los resultados obtenidos hasta ahora.

PRISIÓN PROVISIONAL MÍNIMA

Juan Antonio Lascuráin

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

Publicado en:

AA. VV., “Estudos em homenagem ao Prof. Jorge de Figueredo Dias”, vol. III, Coimbra (Universidade de Coimbra), 2010, pp. 897 a 921.

I PRISIÓN Y PROVISIONAL

1 ▶ “Prisión provisional” y “prisión preventiva” son las dos expresiones con las que denominamos una de las instituciones jurídicas que más cuesta encajar en un ordenamiento jurídico de legitimación democrática. Las dos transmiten certeramente dos de sus esencias y, con ellas, lo dificultoso de su legitimación. Se trata de encerrar a alguien, cosa ya difícil de digerir en un sistema que sitúa en su frontispicio el valor de la libertad, sin la cobertura justificativa que procura la constatación de que ese alguien ha cometido un delito. Con la prisión provisional resulta que el encierro es fácticamente el mismo que con la pena¹, pero sin la precedencia de una declaración firme de culpabilidad penal. No se trata de afligir intencionadamente y por imperiosas necesidades preventivas a quien ha resultado probadamente autor de la consciente² quiebra de una norma esencial de convivencia, sino, permítaseme la provocadora expresión, de privar de libertad a una persona jurídicamente inocente y de hacerlo “por si acaso”: porque se trata de un imputado – de un posible culpable – y tenemos miedo de que huya y no podamos juzgarle, o de que destruya pruebas y no podamos investigar lo sucedido, o de que vuelva a delinquir – *rectius*: de que delinca como sospechamos que lo ha hecho en el pasado -.

Lo anterior suena ciertamente extraño a una moral democrática. La prisión provisional tiene una sed intensa de legitimación porque cuestiona dos de los pilares básicos del Estado democrático: la libertad y la presunción de inocencia³.

1 O incluso peor: por ejemplo, por la exclusión de los permisos de salida.

2 Creo que esta afirmación es válida para los que denominamos delitos imprudentes.

3 Lo que “dificulta sobremanera la legitimación de la medida cautelar” (Alberto Jorge Barreiro,

El primer pilar establece una regla que sólo puede ser quebrada en aplicación de una previsión legal que responda a criterios de proporcionalidad: por estrictas razones de salvaguarda ventajosa de otros valores y bienes constitucionales. El segundo pilar impone, en su vertiente material, por razones que se remiten en última instancia a la dignidad de la persona, que no pueda tratarse como culpable a una persona inocente.

La contradicción expresada no puede ventilarse sin más renunciando a la prisión provisional y con ello eludiendo el cuestionamiento anterior. Resulta fácil aventurar que la desaparición de esta institución y de las funciones que quizás sólo ella pueda desplegar es insoportable para el sistema⁴. El ordenamiento jurídico necesita la prisión provisional para la protección directa de importantes bienes jurídicos (para la evitación de la nueva comisión de delitos por parte de un sujeto que parece altamente peligroso porque parece que ha cometido un delito grave) y para la protección indirecta, con la realización de la justicia penal (para que puedan enjuiciarse conductas sospechosas de ser delictivas). ¿Podemos acaso renunciar a la prisión preventiva del peligroso sujeto sólidamente imputado por una agresión sexual? ¿Podemos acaso renunciar a la prisión provisional del acaudalado narcotraficante cuya presencia voluntaria en el juicio parece ilusoria? ¿Podemos renunciar a la justicia más básica en un Estado de Derecho?⁵

2 ▶ Como sucede sin ir más lejos con la pena, estamos ante una institución tan necesaria como antipática. Y como sucede con cualquier medida pública de restricción de derechos, de lo que se trata es de proceder a una conformación de la misma que más allá de ciertas cautelas formales necesarias, devenga materialmente en una institución ventajosa – que ganemos con ella más que lo que perdemos y que a la vez sea una medida más útil que las alternativas funcionales disponibles – y respetuosa con el núcleo duro de los derechos que necesariamente socava.

Empleando una expresión usual para la pena, podemos decir que la prisión provisional es una amarga necesidad y que, porque es amarga, el Estado democrático queda obligado a reducirla a lo imprescindible, a hacerla previsible para los ciudadanos, a rodearla de plenas garantías: a hacerla decente. Y así, si no podemos evitar que recaiga sobre inocentes, habremos de procurar al menos que recaiga sobre personas probablemente culpables. Y si no podemos evitar su intenso

“La reforma de la prisión provisional - Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003 - y la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 51, 2004, p. 37).

4 Así, O. Sanguiné, “Prisión provisional y derechos fundamentales”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 49 y ss.

5 Ferrajoli postula “un proceso sin prisión provisional (...), al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia” y con la excepción de “la presentación coactiva del imputado ante el juez, al objeto de hacer posible la imputación formal del hecho y el ejercicio de las primeras defensas sin la oportunidad de preparar alteraciones fraudulentas” (“Derecho y razón”, Madrid - Trotta -, 1995, p. 559). Así lo demandaría la presunción de inocencia como regla de tratamiento, el principio de jurisdiccionalidad como exigencia no sólo de juez sino también de juicio, y una correcta comprensión del derecho de defensa (pp. 549 y ss., 555, 559).

contenido aflictivo, sí habremos al menos de procurar tanto que tal aflicción se reduzca al máximo en su dimensión penitenciaria, como que sólo se produzca cuando sea estrictamente necesario para la preservación, directa o indirecta, de un bien importante. Y si nos resulta difícilmente pensable un ordenamiento eficaz sin prisión preventiva, estaremos al menos obligados a pensarla como una institución exclusivamente legal, de administración únicamente judicial, y de imposición sólo cuando venga precedida de un proceso con plenas garantías de defensa y de corrección.

La decencia de la prisión provisional, su soportabilidad democrática, pasa, expresado ahora con más rigor, por el tamiz que procuran los principios que condicionan la justificación de la actividad pública de restricción de derechos fundamentales. Y esos principios son, en lo material, el de legalidad y el de proporcionalidad; y, en lo procedimental, las garantías de judicialidad, imparcialidad, oralidad, contradicción y motivación⁶. Al análisis de las exigencias que dichos principios dirigen a la prisión provisional y a la posibilidad de una prisión provisional acorde a los mismos – a la posibilidad de una prisión provisional democrática – es a lo que se van a dedicar las siguientes reflexiones.

6 Que la Constitución sea «parca en alusiones expresas a la prisión provisional» no supone que estemos «ante un derecho de pura configuración legal, cuyo desarrollo no encuentra más cortapisas constitucionales que las formales y cuya limitación no admite otro análisis de legitimidad que el de su mera legalidad» (STC 128/1995, f. j. 3). Así, pronto tuvo el Tribunal Constitucional oportunidad de afirmar que «(l)a institución de la prisión provisional, situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro, viene delimitada en el texto de la CE por las afirmaciones contenidas en (...) el art. 1.1, consagrando el Estado social y democrático de derecho que “propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”; en (...) el art. 17.1, en que se establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”, y (...) en el art. 24.2, que dispone que todos tienen derecho “a un proceso público sin dilaciones indebidas (...) y a la presunción de inocencia”» (STC 41/1982, f. j. 2). Este caudal normativo, «acrecentado por las correspondientes disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 9), del Convenio para Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 5) y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 9)», conduce a que «(e)l establecimiento de los principios que informan la institución de la prisión provisional deb(a) reparar prioritariamente, en primer lugar, en su carácter restrictivo de la libertad, que le emparenta directamente con las penas privativas de libertad, con cuyo contenido material coincide básicamente (STC 32/1987, f. j. 3), y, en segundo lugar, en divergencia ahora con la pena, en que el sujeto que sufre la medida no ha sido declarado culpable de la realización de un hecho delictivo y goza, en consecuencia, de la presunción de su inocencia (...). Más allá, pues, del expreso principio de legalidad (arts. 17.1 y 17.4 CE), debe consignarse que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos» (STC 128/1995, f. j. 3).

II PRISIÓN PROVISIONAL LEGAL

4 ▶ Lo primero que tiene que ser la prisión provisional legítima es legal. Esto significa que, en cuanto institución restrictiva de la libertad y de la presunción de inocencia, no la dejamos en manos de la Administración o de los jueces, sino que sólo confiamos su regulación al Parlamento, a los representantes de los ciudadanos. Por razones de democracia, pero también por razones de seguridad jurídica, la prisión provisional ha de venir regulada en una ley, y, si no queremos que salga fácilmente por la ventana lo que tan difícilmente hemos metido por la puerta, tal ley ha de contener una regulación precisa de los supuestos en que la prisión provisional puede imponerse y de los plazos máximos para la misma.

5 ▶ La experiencia española legislativa y de jurisdicción constitucional es peculiar al respecto. Hasta el año 2003⁷ la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contenía una regulación suficientemente precisa de la prisión provisional porque, aunque requería una imputación suficientemente sólida y establecía plazos máximos concretos, carecía de un catálogo de fines justificativos de la misma⁸. Con ello la institución salía en buena parte de las manos de la ley y entraba en la misma medida en las de la decisión judicial.

Este hecho condujo al Tribunal Constitucional español, como tribunal de

⁷ Hasta la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre.

⁸ De “deficiente” califica Catalina Benavente “el trabajo del legislador” (“La regulación de la prisión provisional tras la reforma efectuada por la LO 13/2003, de 24 de octubre: muchas expectativas insatisfechas”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 17, 2007, p. 139).

El art. 503 LECr decía: “Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes

1ª Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2ª Que éste tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien que, aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. Cuando el Juez haya decretado la prisión provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión mayor, podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculcado con o sin fianza.

3ª Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”.

Y el art. 504, en sus dos primeros párrafos:

“Procederá también la prisión provisional cuando concurran la primera y la tercera circunstancias del artículo anterior y el inculcado no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del Juez o Tribunal, o cada vez que éste lo considere necesario.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculcado carezca de antecedentes penales, o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometan con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción, podrán éstos acordar, mediante fianza, la libertad del inculcado”.

amparo de derechos fundamentales, a dos estrategias diferentes. En un primer momento, el de la STC 128/1995, exigió a los jueces y tribunales una aplicación directa de la Constitución que integrara las lagunas legales. Exigió que los jueces sólo decretaran la prisión cuando concurriera riesgo de sustracción a la acción de la Justicia, o riesgo de obstrucción de la instrucción o riesgo de reiteración delictiva; y que por tanto identificaran al finalidad constitucional de la medida de prisión; y que además justificaran las razones fácticas que informaban tales riesgos (de fuga, de destrucción de pruebas, de comisión de delitos).

Esta jurisprudencia constitucional fue tan eficaz en sus resultados de amparo de la libertad como singular en el modo de perseguirlos. Eficaz, porque consiguió que la prisión provisional fuera más selectiva y su decisión más motivada, a la vez que coadyuvó a una cultura de excepcionalidad de la prisión y de rechazo de los formularios para su decreto. Singular, porque obligaba a los órganos judiciales, no a interpretar la ley conforme a la Constitución, sino a integrar aquélla con un Texto Fundamental poco explícito en la materia⁹; singular también, porque se trataba de una jurisprudencia en cierto modo constructiva, no dedicada tanto a evaluar la conformidad constitucional de un texto legal como empeñada en la labor de dibujar el ámbito material posible de la prisión preventiva; y singular, en fin, porque uno de sus presupuestos era el de la tolerancia con una regulación difusa de la libertad¹⁰.

Esta jurisprudencia no provocó la reacción legislativa esperada, por lo que el Tribunal Constitucional decidió cuestionar la ley, cosa que le posibilita la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando como tribunal de amparo considere que la vulneración del derecho fundamental procede de la propia conformación de la ley¹¹. En esta tardanza en esta segunda estrategia (el cuestionamiento es del

9 La Constitución española sólo menciona la prisión provisional en su art. 17.4 CE: “por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”. V *supra* n. 6.

10 En contraste con la firme postura de la STC 169/2001, que otorga el amparo a quien había sido declarado en «libertad provisional sin fianza y condicionada a específicas cautelas, consistentes en la obligación *apud acta* de presentarse semanalmente ante el Juzgado y siempre que fuere llamado, entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización» (f. j. 5) por el hecho de que estas dos últimas medidas no estaban previstas en la ley.

11 El cuestionamiento de la constitucionalidad de la ley se debió a dos causas. Por un lado, a la insuficiencia de la ley: «La comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto *prima facie*, que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizás bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el art. 17 CE en los términos que señalamos, para el derecho al secreto de las comunicaciones, en la STC 49/1999». La segunda razón para el cuestionamiento de la ley radicaba en que para ésta «el mero hecho de que el delito esté castigado con pena superior a la de prisión menor puede determinar» en algunos casos que la privación cautelar de libertad se acuerde necesariamente. «De entre ellos, merece una especial consideración la alarma social producida por el delito» (STC 47/2000, f. j. 5).

año 2000¹²) debieron influir las dificultades que comportaba una declaración de nulidad de las normas reguladoras de la prisión provisional y la esperanza en que las mismas pudieran ser soslayadas por la iniciativa del legislador. Recuerdo en este sentido algo que ya apuntaba con anterioridad: no parece que podamos permitirnos, siquiera provisionalmente, vivir sin prisión provisional, valga el juego de palabras. La nulidad de la regulación de la prisión provisional sólo era posible pro futuro. Afortunadamente, el legislador reaccionó al cuestionamiento y antes de que el mismo se resolviera reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal con una descripción detallada de los supuestos en los que cabía la prisión provisional, con lo que las dudas de constitucionalidad quedaron sin objeto¹³.

III PRISIÓN PROVISIONAL PROPORCIONADA

6 ▶ Si la legalidad es lo primero que exige a la prisión provisional su legitimación democrática, la segunda demanda lo es de proporcionalidad. Deben recordarse de nuevo los esenciales componentes negativos de la institución – que es privativa de libertad y que no presupone culpabilidad –, que hacen de la misma un cuerpo extraño en el sistema de libertades; un cuerpo a disminuir e incluso, en el horizonte, a expulsar, que se tolera sólo, precisamente, por su utilidad para otros bienes fundamentales, por su utilidad para la libertad. La prisión provisional sólo es así legítima si es una institución *duplex*: si a sus naturales efectos negativos suma mayores efectos positivos. Mientras que una de las caras de este peculiar Jano es naturalmente coactiva y quizás injustamente coactiva, la otra debe legitimarse por su servicio a la libertad.

Pues bien: en estos casos de actividades públicas restrictivas de derechos en pos de la libertad, en estos casos de instituciones a la vez positivas y negativas en términos de valor, el análisis racional de legitimación es el que procura el principio de proporcionalidad¹⁴. Partiendo de esta naturaleza de *norma duplex*, la prisión provisional será legítima si es positiva (si persigue realmente fines legítimos y de un modo posible), si es imprescindible su concurso, y con ello su nocividad para alcanzar tales loables fines – si no es sustituible por la fianza, la retirada del pasaporte o el arresto domiciliario, por ejemplo –, y si además es mayor su cara positiva que su cara negativa (si es ventajosa).

7 ▶ En relación con los fines que legitiman la prisión provisional la jurisprudencia constitucional española, en convergencia con las recomendaciones del Consejo de Europa¹⁵, ha sostenido la validez del aseguramiento de la comparecencia del

12 STC 47/2000.

13 ATC 154/2004.

14 Así, respecto a la prisión provisional, ya, Barona Vilar, “Prisión provisional y medidas alternativas”, Barcelona (Bosch), 1988, pp. 18 y s.

15 Según la Recomendación (80) 11 del Consejo de Europa, “(l)a prisión preventiva sólo podrá

imputado a juicio¹⁶, de la evitación de la obstrucción de la investigación penal y de la evitación de la reiteración delictiva¹⁷. Dicho de otro modo: la prisión provisional se legitima si persigue conjurar uno de estos tres riesgos: la fuga, la destrucción de pruebas, la comisión de delitos¹⁸.

A) En todos los casos la prisión se justifica por tales riesgos y mientras esos riesgos existen. Eso es especialmente importante para el caso de la obstrucción de la instrucción penal, riesgo que, referido a la destrucción de archivos o documentos, en papel o informáticos, o a la coacción a testigos, suele concurrir, cuando concurre, sólo en los momentos iniciales de la indagación¹⁹. No se trata, por cierto, como a veces se ha pretendido, de que estemos ante una medida ilegítima en cuanto contraria al derecho de defensa²⁰. No se trata con este tipo de prisión de obligar al sujeto a declarar o a aportar pruebas contra sí mismo, en una sutil forma de tortura (“o hablas o no sales”), sino de evitar que impida que él o su entorno sea investigado. El derecho de defensa comporta el derecho a no declarar y a no aportar pruebas contra uno mismo, pero no comporta el derecho a no soportar ser investigado. Si en cada caso concurren las garantías necesarias

ordenarse en caso de sospecha legítima de que el interesado ha cometido la infracción de que se trate y cuando existan serias razones para pensar que existen uno o varios de los siguientes peligros: peligro de huida, peligro de obstrucción del curso de la justicia, peligro de que la persona cometa una infracción grave”; añade no obstante que “aun no pudiendo determinarse la existencia de los peligros anteriormente enunciados, la prisión preventiva podrá sin embargo estar excepcionalmente justificada en casos de infracciones particularmente graves”.

16 Matiza Ortells Ramos que esta finalidad responde en realidad a dos finalidades: “mantener la presencia del imputado durante el proceso declarativo” y “asegurar su presencia para el momento en que, dictada sentencia firme, deba procederse a la ejecución de una pena corporal”. Esta última es la finalidad “principal y constante” de la prisión provisional, de la que la primera es accesoria (“Para una sistematización de las medidas cautelares”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, pp. 448 y ss.).

17 Gimeno Sendra considera tajantemente que “sin fundada sospecha del peligro de fuga del imputado nunca puede justificarse la prisión provisional” (“La prisión provisional y el derecho a la libertad”, en *La Ley*, 4.187 - 1998 -, p. 4). En sentido similar se manifiesta Banacloche Palao (“La libertad personal y sus limitaciones”, Madrid - McGraw-Hill -, 1986, p. 380).

18 Se trata de la conjuración de “ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la acción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva” (STC 128/1995, f. j. 3). Al hilo de esta tríada merece la pena recordar las necesidades a cuya respuesta atribuía Carrara la utilización admisible de la prisión provisional: “1º, de justicia, para impedir la fuga del reo; 2º, de verdad, para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos; 3º, de defensa pública, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno” (“Programa de Derecho criminal”, II, Bogotá - Temis -, 1957, p. 375).

Alberto Jorge Barreiro entiende que la sola evitación de la reiteración no ha merecido el aval del Tribunal Constitucional como finalidad legitimadora de la prisión provisional (“La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *La Ley*, 4.297 - 1997 -, p. 4).

19 Para Catalina Benavente “la prisión provisional sólo podrá ser acordada por esta razón en los momentos iniciales de la investigación” (op. cit. n. 8, p. 149).

20 Así, Asencio Mellado (“La prisión provisional”, Madrid - Civitas -, 1987, p. 36 y s.) y Gimeno Sendra (“La prisión provisional...”, cit. n. 17, p. 4).

en la adopción y ejecución de la medida, el imputado no puede negarse a ser fotografiado, o a que se le tomen huellas dactilares, o a que se le extraiga una muestra de su sangre²¹.

B) Los fines legítimos de la prisión provisional pueden resumirse en la prevención directa o indirecta del delito: evitando la comisión de delitos por parte del imputado y posibilitando la administración de la justicia penal.

Dos precisiones se tornan necesarias al respecto. La primera es que la prisión provisional que evita el riesgo de fuga y la destrucción de pruebas es una medida cautelar, una medida dirigida al aseguramiento del proceso. En cambio, la prisión provisional que evita la reiteración delictiva tiene una naturaleza bien distinta: es una medida de seguridad. Una medida de seguridad penal que muestra, a mi juicio, que existen medidas de seguridad predelictivas legítimas, por mucho que la predelictividad sea aquí *sui generis*: la medida es anterior a la constatación judicial firme de un delito, pero posterior a la comisión probable del mismo. Expresado de otro modo: no se impone a un condenado, pero sí a un imputado²².

La legitimidad de la prisión provisional como medida de seguridad ha sido fuertemente cuestionada²³. En todo caso, considero que la esta legitimación

21 “La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de su legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la identificación y el reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia” (STC 161/1997, f. j. 6).

22 Rodríguez Ramos afirma que se trata de “una categoría intermedia entre las medidas predelictuales y las posdelictuales, en cuanto que se dicta tras una al menos apariencia de delito y no ante una mera probabilidad o juicio de pronóstico” (“La prisión preventiva: ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?”, en *La Ley*, 1984, 2, p. 1.059).

23 Ortells Ramos critica la utilización de la prisión provisional como medida de seguridad porque “no se adopta tras un procedimiento con las constitucionalmente imperativas posibilidades de contradicción, ni va precedida de unas actuaciones técnicamente adecuadas para determinar la peligrosidad de un sujeto y las medidas para corregirla” y “porque conduce al enjuiciamiento de la peligrosidad por un órgano jurisdiccional no especializado” (op. cit. n. 16, p. 456). Moreno Catena critica esta finalidad porque en la misma subyace una presunción de culpabilidad: se afirma la peligrosidad del imputado sin esperar a la sentencia (“En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1981, p. 649). En un primer momento, a Rodríguez Ramos le parece “aberrante” la concepción de la prisión preventiva como medida de seguridad, tanto por su carácter “antedelictual” como por la falta de garantías procesales en su adopción (“La prisión preventiva y los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, p. 486). Posteriormente, cuestiona tal naturaleza “predelictual” y llega a afirmar que la doble naturaleza de la prisión provisional es “posiblemente inevitable” (op. cit. n. anterior, p. 1.059). Fernández Entralgo critica también la legitimación de la prisión con fines asegurativos porque supone la legitimación de una medida predelictual (“El sentido de la prisión provisional y la Ley Orgánica 10/1983 de 26 de diciembre”, en *La Ley*, 1985, 4, p. 1.075). Asencio Mellado afirma, en relación a la prisión preventiva acordada como medida de seguridad para evitar la comisión de delitos, que “la adopción de la prisión preventiva fuera de los casos en los que la habitualidad del sujeto pasivo denote un peligro de evasión al proceso será contraria a la naturaleza cautelar de la resolución y, posiblemente, a los propios enunciados constitucionales y textos internacionales

dependerá de su adecuación a los principios y valores de legitimación de referencia, pero no, sin más, de que sea predelictiva o postdelictiva; de que se adecue a los textos internacionales reguladores de la institución; o de que colida con el principio de culpabilidad, cosa que sucede también con la prisión provisional cautelar: “Si se constata que un sujeto es muy peligroso para los elementales bienes individuales y sociales, el Estado estará legitimado en principio para preservar las condiciones esenciales de ejercicio de libertad de los ciudadanos; lo estará también finalmente si ello lo hace conforme a los esenciales valores de seguridad jurídica (principio de legalidad), libertad (proporcionalidad) y dignidad de la persona (proscripción de tratos inhumanos o degradantes), y si rodea su actuación de elementales garantías de imparcialidad y defensa (judicialidad). Todo ello demarca un estrecho ámbito en el que la medida de seguridad “predelictiva” es posible: sólo cuando esté determinada con precisión en la ley, cuando así lo acuerde un juez tras un procedimiento contradictorio – o, en ciertos casos de menor afflictividad, cuando así lo acuerde la Administración en un acto judicialmente revisable -, cuando el estado de peligrosidad quede objetivamente constatado, cuando la medida se aplique al sujeto peligroso, cuando trate finalmente de preservar bienes jurídicos fundamentales, cuando no haya otra alternativa a la medida menos afflictiva, y siempre que no produzca un desequilibrio entre la libertad que se pretende preservar y la libertad que la medida sacrifica. Todo ello configura también un panorama en el que la medida de seguridad predelictiva aparece como una medida excepcional y sometida a una sana sospecha de ilegitimidad”²⁴.

al respecto” (op. cit. n. 20, p. 98). Andrés Ibáñez concluye contundentemente que “el uso directamente defensivo de la prisión provisional en función de prevención de la peligrosidad del reo no puede ser considerado de otro modo que como una ejecución anticipada de la pena” (“El juez y la prisión provisional”, en AA. VV., “Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales”, Cuenca, Universidad de Castilla - La Mancha, 1997, p. 20). En sentido similar, Muñoz Conde (“Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional”, en AA. VV., “Prisión provisional, detención...”, cit. en esta n., pp. 225 y s.). Para Barona Vilar, la adopción de la prisión provisional con fines no cautelares tales como impedir la ocultación o alteración de las fuentes o medios de prueba, o la reiteración delictiva, desnaturaliza la institución y la asemeja “a una pena anticipada, o a una medida de seguridad, llegando a producir situaciones que llevan a la quiebra de los más elementales principios constitucionales, en aras a la satisfacción de la opinión pública” (“Prisión provisional: ‘sólo’ una medida cautelar”, en *Actualidad Penal*, 2000, III, pp. 4 y 8 de la versión digital). Jorge Barreiro considera que “no resulta fácilmente asumible apoyar la privación de libertad en un doble pronóstico contra reo, y sobre todo sobre la mera elucubración de una hipótesis sustancialmente incierta de posibles acciones delictivas que incluso pueden tener poco que ver con el proceso en trámite” (“La reforma...”, cit. n. 3, p. 48). En contra también, Landrove Díaz, “La reforma de la prisión provisional”, *La Ley*, núm. 5926, 2004, pp. 2 y 6 de la versión digital; O. Sanguiné, op. cit. n. 4, pp. 235 y ss.; 452 y ss.

²⁴ Lascuráin Sánchez, “Por un Derecho Penal sólo penal: Derecho Penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho Administrativo sancionador”, en AA. VV., “Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Pamplona Thomson Civitas, 2005, pp. 608 y s. También, en “Fines legítimos de la prisión provisional”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*,

La segunda precisión es que, dado lo que cuesta en términos axiológicos la prisión provisional, sólo puede utilizarse si es muy útil: sólo para la prevención directa o indirecta de delitos – no de faltas ni por supuesto de infracciones administrativas – y sólo de delitos de cierta gravedad. En tal sentido no cabe prisión provisional legítima por la comisión de una falta o de un delito leve²⁵. Este corolario tiene que ver, en rigor, con el tercer nivel de proporcionalidad: con que la prisión provisional sea, amen de legítima en su fin y necesaria para alcanzarlo, ventajosa o estrictamente proporcionada.

La preocupación por una prisión preventiva proporcionada ha llevado a dos directrices en torno a su duración²⁶. Ha conducido, en primer lugar, a la exigencia de que el plazo sea “razonable”, razonabilidad que parece tener que ver con dos ideas: con la necesidad de la prisión y con su finalidad. Lo razonable es, en primer lugar, lo imprescindible para el cumplimiento del fin que persiga la prisión (evitar la fuga, la obstrucción de la investigación, la reiteración delictiva), pues su mantenimiento “es un acto de auténtica tiranía cuando cesan las mencionadas razones”²⁷. En este baremo ha de tomarse en cuenta peculiarmente la complejidad de la causa, porque la prisión no es sólo razonable porque, por ejemplo, perviva el riesgo de fuga y no se haya celebrado aún el juicio, sino porque esa falta de celebración del juicio – con el coste correspondiente en moneda de libertad para el imputado – sea a su vez “razonable”: con que se trate de un tiempo necesario para el adecuado desarrollo del procedimiento.

La razonabilidad tiene que ver también con la finalidad: con la prevención que se busca con la realización de justicia. Si la prisión preventiva es un medio auxiliar para la resolución de un conflicto penal que, en el peor de los casos para el acusado, se va a saldar con una pena privativa de libertad de cinco años, no parece sensato, como muy poco, que la prisión preventiva supere en duración, o iguale, o se acerque, a dicha pena.

11/1998, p. 25 y s.

Sostienen, en general, la legitimidad de la prisión provisional como medida de seguridad: Aguilera de Paz, “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, IV, Madrid (Reus), 1924, p. 190; Rodríguez Ramos (“La prisión preventiva: ¿pena...”, cit. n. 22, p. 1.059); Ortiz Urculo (“La privación de libertad; la prisión provisional”, en AA. VV., “Estudios del Ministerio Fiscal”, Madrid - Ministerio de Justicia e Interior -, 1995, p. 414).

25 Sobre la regulación española al respecto, v. la reflexión crítica de Jorge Barreiro, “La reforma...”, cit. n. 3, p. 41. También, Landrove Díaz, op. cit. n. 23, p. 6; Catalina Benavente, op. cit. n. 8, p. 141 y s.

26 Al respecto, v. Bellido Penadés, “La duración de la prisión provisional”, en Tribunales de Justicia, 1998, núms. 6 (pp. 627 y ss.) y 7 (pp. 709 y ss.); Jorge Barreiro, “La reforma...”, cit. n. 3, pp. 43 y ss.

27 F. Carrara, “Inmoralidad de la prisión provisional”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1999, núm. 67, p. 8. Como indica, la STC 44/1997, “con independencia de la no superación del plazo legal máximo de prisión preventiva, y con independencia también de la adecuada justificación material de la medida, la misma no puede extenderse en el tiempo más allá de lo estrictamente necesario para cumplir su legítima finalidad, lo que comporta, en última instancia, que el imputado no tiene por qué sufrir las dilaciones indebidas en el proceso penal” (f. j. 3).

8 ▶ Si de los fines pasamos a los no fines, a las metas que no legitiman la prisión provisional, debemos comenzar con los fines punitivos. La prisión provisional no es una pena ni puede servir para penar. Los fines de prevención general y especial que persigue la pena sólo pueden perseguirse racionalmente mediante la aflicción del sujeto que ha realizado probadamente el hecho delictivo, pero no mediante la aflicción del sospechoso.

La punición no es un fin legítimo de la prisión provisional, como tampoco lo es la mitigación o eliminación de la alarma social que ha generado el hecho delictivo. La inquietud que genera un hecho delictivo no se contrarresta con cualquier castigo infligido a cualquier persona, sino únicamente con la sanción impuesta a aquel cuya autoría y culpabilidad respecto a aquel hecho han quedado fehacientemente probadas²⁸. No en vano se acentúa cada vez más en la doctrina penal la relevancia de la pacificación de la conciencia jurídica, la confianza en el Derecho y su vigencia, como fin propio y primordial de la pena. Baste en este punto la cita de Jakobs respecto a cuál es la misión del Derecho Penal: “la resistencia a la frustración de las esenciales expectativas normativas”. Dicho de otro modo: calmar la alarma social es un fin muy legítimo que sólo puede alcanzarse con la pena. Es uno de los fines de la pena de prevención general positiva.

¿Y evitar la alarma que generaría la libertad del imputado? Ciertamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mostrado cierta comprensión con esta finalidad de la prisión preventiva cuando lo que está en juego es un peligro grave de disturbios sociales. Este *placet* resulta discutible. La alarma social que genera una libertad justificada – justificada porque no hay una imputación sólida, o porque no hay riesgo de fuga, ni de destrucción de pruebas, ni peligrosidad criminal – es una alarma irracional que se combate con pedagogía política, al igual que los disturbios irracionales, que exigirán también medidas policiales. Lo que no podemos permitirnos es combatir la alarma y los disturbios con la prisión de un inocente que no sirva además para evitar su fuga o su reiteración delictiva. No podemos utilizar la libertad de un ciudadano para combatir los riesgos que generan otros. Acaso “¿conviene que muera un hombre por el pueblo?”²⁹.

28 Con lo que la prisión provisional decretada para calmar la alarma social que ha suscitado el hecho que se atribuye al imputado es desproporcionada por su desconexión con el objeto pretendido: no supera el primero el escalón de la idoneidad, aptitud o validez de la medida.

29 Para la jurisprudencia constitucional española constituyen finalidades constitucionalmente proscritas las punitivas o de anticipación de la pena (SSTC 41/1982, f. j. 3; 128/1995, f. j. 3), en primer lugar; la obtención de declaraciones de los imputados que impulsen la instrucción (STC 128/1995, f. j. 3), en segundo; y “con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos - la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo -, y otros orígenes - la fuga del imputado o su libertad provisional -, (...) la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito” (SSTC 66/1997, f. j. 6; 98/1997, f. j. 9), en tercer y último lugar.

IV PRISIÓN PROVISIONAL JUSTA

9 ▶ El argumento anterior nos conduce a otra de las características de la prisión provisional democrática, que es su justicia. La prisión provisional ha de ser legal y proporcionada, pero también ha de ser justa en el sentido de ajustada al criterio de justicia que inspira el principio de culpabilidad.

Aquí los matices se revelan necesarios. Ciertamente no le es aplicable en rigor a la prisión provisional el principio de culpabilidad, que se refiere a un presupuesto de la sanción, de la pena: sólo cabe sancionar a alguien por lo que él mismo hace en el uso normal de su libertad. Pero el valor de la dignidad de la persona que está detrás del principio de culpabilidad hace que la prisión provisional demande una imputación sólida en el preso³⁰ – si se me permite la expresión: que sea un “probable culpable” – y que sólo se imponga al sólidamente imputado – y no por ejemplo a la madre del imputado para compeler al imputado a que acuda a juicio⁻³¹.

V GARANTÍAS PROCESALES.

10 ▶ Al igual que sucede con la pena, una prisión provisional legal, proporcionada y justa puede naufragar en su administración, en su aplicación. Dado lo que hay en juego en la prisión provisional, que es, conviene reiterarlo, el derecho a la libertad, esta aplicación debe encauzarse a través de ciertas formas que favorezcan la justicia de la decisión y que aseguren la defensa del afectado. El proceso de la prisión provisional debe observar ciertas garantías básicas.

El punto de partida para la delimitación de las garantías procesales de la prisión provisional ha de ser el de las garantías fundamentales del proceso penal. El proceso penal en un Estado democrático se concibe como un diálogo racional e informado entre las partes en conflicto (la sociedad y el imputado) que permite a un tercero imparcial adoptar la solución más razonable para el mismo. Ello supone, muy en síntesis, que ese tercero que decide sea un juez y un juez imparcial; que las partes pueden alegar y probar con libertad ante el juez; y que el juez ha de

30 Considera incisivamente Jorge Barreiro que “el juicio de imputación que ha de realizarse para acordar la prisión provisional debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo” (“La reforma...”, cit. n. 3, p. 42). O Sanguiné habla de “un alto grado de probabilidad real” (op. cit. n. 4, p. 462).

31 Así lo reseñaba la STC 128/1995: “Ausente la posible virtualidad en cuanto tal del principio de culpabilidad, debe asimismo acentuarse, tal como hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias del T.E.D.H. de 10 de noviembre de 1969, caso Stögmüller, f. j. 4º; de 28 de marzo de 1990, caso B contra Austria, parágrafo 42; de 26 de junio de 1991, caso Letellier, parágrafo 35; de 27 de noviembre de 1991, caso Kemmache, parágrafo 45; de 12 de diciembre de 1991, caso Toth, parágrafo 67; de 12 de diciembre de 1991, caso Clooth, parágrafo 36; de 27 de agosto de 1992, caso Tomasi, parágrafo 84; de 26 de enero de 1993, caso W. contra Suiza, parágrafo 30), que la constatación de ‘razonables sospechas’ de responsabilidad criminal opera como *conditio sine qua non* de la adopción y del mantenimiento de tan drástica medida cautelar” (f. j. 3).

resolver el conflicto motivadamente. Además, dado lo que implica la condena para el ciudadano que la sufre, el punto de partida es su inocencia y tal presupuesto sólo decae si resulta plenamente arrumbado.

Con el incidente procesal de la prisión provisional algunas cosas han de ser distintas. En primer lugar, porque se trata de una decisión urgente que ha de adoptarse en una situación de necesidad – el dilema del juez es “o aseguro el proceso con la prisión o pongo en peligro el proceso con la libertad” -. Y en segundo lugar, porque a la urgencia de la decisión se une el hecho de que hay que tomarla con una información muy fragmentaria. Mientras que en el proceso penal se investiga todo lo que haya que investigar y se somete a prueba todo lo que haya que probar, el juez de la prisión provisional ha de tomar su decisión con lo que sabe en ese momento acerca de la imputación y de los riesgos de fuga, de destrucción de pruebas, de peligrosidad criminal.

Sin embargo, ni las prisas ni la desinformación son buenas consejeras. Y aunque no podemos evitarlas, sí podemos tratar de compensarlas con otros requisitos: que quien haya de decidir sea un juez, que escuche personalmente al imputado, que se pueda practicar la prueba disponible, que la decisión de prisión sea recurrible ante un órgano superior, y que la decisión de prisión puedan replantearse sin límite a la luz de nuevos datos fácticos.

De entre los distintos problemas constitucionales que plantea el proceso de la prisión provisional quisiera, siquiera brevemente, exponer a continuación los cuatro siguientes: si queda contaminado el juez de la prisión provisional para el enjuiciamiento final del delito; qué y cuánto debe motivar el juez su decisión de prisión; si cabe que el juez que decretó la libertad provisional se replantee su decisión a instancias de la acusación y la troque sin ningún dato fáctico nuevo; y si, en fin, cada medida de prisión – de adopción, prórroga o confirmación – exige la presencia del imputado ante el juez o tribunal que la adopta.

A) IMPARCIALIDAD

11 ▶ Creo que la primera cuestión merece una respuesta afirmativa: el juez que decreta la prisión provisional queda severamente condicionado para el enjuiciamiento final del delito³². Y queda condicionado por tres razones: por

32 La jurisprudencia constitucional española entiende que la prisión provisional constituye una decisión que “exige del Juez, por regla general, una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad” y, que, en cuanto que “comporta una actividad esencialmente inquisitiva” si se “adopta de oficio ... sin la previa instauración del contradictorio” (STC 106/1989, f. j. 4), afecta a su imparcialidad como decisor del fondo del conflicto penal (STC 145/1988, f. j. 7; también, STC 60/1995, f. j. 6). Señala recientemente la STC 143/2006, que “si bien la adopción de una medida cautelar como la prisión provisional es una de las actuaciones que, abstractamente consideradas, pueden generar en quienes las efectúan un prejuicio o idea preconcebida acerca de la participación del imputado en los hechos enjuiciados y de su culpabilidad, no debemos perder de vista que, conforme a la doctrina constitucional expuesta, se impone un análisis circunstancial de la cuestión sin apriorismos de los que este Tribunal ha huido constantemente”, siendo lo decisivo “tal como hemos dicho al abordar si el enjuiciamiento en segunda instancia de recursos deducidos contra resoluciones sobre

su participación en la instrucción, porque decide sobre la probabilidad de culpabilidad, y porque parece tener un interés personal en la decisión.

La primera razón radica en su toma de contacto con un material probatorio no depurado en cuanto a las garantías de su realización. Su percepción de lo sucedido no proviene sólo, como sería lo propio, del limpio escenario que supone el juicio oral, sino de su personal y obligada implicación en la instrucción. Además, en segundo lugar, constituye una fuente añadida de contaminación de su función de enjuiciamiento el hecho de que la prisión provisional presuponga una cierta probabilidad de culpabilidad, lo que comporta que el juez de la prisión que acude a la vista como juez penal lo hace con un prejuicio sobre el fondo incompatible con su función. Ya no tiene ante él a un inocente, sino a alguien a quien él ya ha catalogado como probable culpable. Acude al juicio – o cabe pensar que acude al juicio – con un cierto prejuicio de culpabilidad.

La tercera razón es de parcialidad subjetiva. De que el juez tenga alguna razón personal relevante para preferir una u otra decisión jurídica. Es notorio, porque es de sentido común, que el juez de la prisión provisional puede tener poderosas razones de prestigio personal y de conciencia, conscientes o inconscientes, para desear que no resulte absuelto quien con su intervención ha sido privado preventivamente de libertad. El riesgo de parcialidad al que me refiero – parcialidad pro condena – proviene así de un posible deseo del juez del siguiente contenido: “ojalá que el imputado a quien envié a prisión resulte finalmente condenado a una pena de privación de libertad; ojalá que aquella medida quede finalmente justificada con una condena y no tener en mi conciencia que el acusado ha sufrido tal privación sin en realidad, vista las cosas finalmente, merecerlo”³³.

En la sentencia del Tribunal Constitucional español 98/1997 se abordó una cuestión de imparcialidad bien diferente a la expuesta en el texto: si el juez de instrucción quedaba contaminado para la decisión acerca de la prisión del imputado por el hecho mismo de haber instruido la causa y, dentro de ella, el incidente relativo a dicha situación personal. Si bien no parece discutible que quien dilucida y decide sobre algo tan trascendente como la libertad no pueda quedar al margen de la imparcialidad en cualquiera de sus vertientes, “que solo desde la imparcialidad cabe adoptar una resolución judicial como la que nos ocupa” (f. j. 3), sí que lo es que, atendida la naturaleza de la decisión, forme parte del contenido constitucional de la imparcialidad el que quien la adopte no sea

prisión provisional compromete o no la garantía de imparcialidad judicial (ATC 68/2002, de 22 de abril, y resoluciones en él citadas), ... si el veredicto que se contiene en las resoluciones pretendidamente ‘contaminantes de la imparcialidad judicial’ es o no sustancialmente idéntico al que integra el juicio de culpabilidad” (f. j. 4).

33 Más en general, Jorge Barreiro destaca que “el juez o tribunal sentenciador se muestra no poco sensible al peso de la pena que ya lleva cumplida el acusado en prisión provisional. Contingencia que acaba repercutiendo, aunque sea de forma inconsciente y encubierta, en aspectos fundamentales de su decisión, tanto en la propia apreciación probatoria como en la cuantificación de la pena, que en no pocos casos acaba determinándose con la mira puesta en los plazos de prisión preventiva” (“La reforma...”, cit. n. 3, p. 38).

el instructor de la causa. Y ello, porque “la prisión provisional es una medida excepcional que se justifica como la respuesta más razonable a una situación en la que se impone la necesidad de optar entre el derecho a la libertad de una persona que no ha sido declarada culpable, de una parte, y el aseguramiento, de otra, de la administración de justicia penal. La correcta adopción de la decisión sobre la situación personal del imputado y su efectividad requieren, respectivamente, el conocimiento por parte del órgano decisor de toda la información relevante procesalmente disponible y, normalmente, la sujeción personal del imputado, lo que agrava cualquier demora en la resolución” (f. j. 3). A la vista de todas estas circunstancias, “la específica garantía que ahora exige el demandante de amparo como componente inexcusable de la imparcialidad objetiva, es decir, la sustitución del Juez instructor en la decisión relativa a la prisión provisional, si bien puede ciertamente contribuir a reforzar dicha imparcialidad, no alcanza a erigirse en garantía única e imprescindible de la incolumidad del derecho fundamental. Sin necesidad, en efecto, de recordar la proyección que en esta garantía ocupa su propio carácter judicial, la imparcialidad objetiva de quien viene instruyendo y decide, además, la privación preventiva de libertad puede venir suficientemente avalada por exigencias tales como la postulación de esta medida por parte de la acusación, la celebración de un debate contradictorio previo, así como la existencia de un recurso inmediato ante un órgano judicial ajeno a la instrucción y con arreglo a una tramitación necesariamente acelerada” (f. j. 4)³⁴.

B) MOTIVACIÓN

12 ▶ Las garantías de judicialidad y defensa sólo adquieren sentido pleno a partir de la motivación de la decisión de prisión. De poco vale la garantía de que quien decida sea un juez imparcial si no existe instrumento alguno para comprobar que su decisión ha sido racional y para poder defenderse de ella. Desde tal perspectiva, que no es sólo una perspectiva de tutela judicial o de proceso debido, sino de derecho sustantivo a la libertad³⁵, la cuestión es la de qué tiene que justificar, qué

34 Jorge Barreiro sostiene que el “juez de instrucción tiende a legitimar la adopción de la medida cautelar acentuando la práctica de las diligencias de investigación incriminatorias en detrimento de las diligencias exculpatorias, incrementando así la naturaleza ya de por sí inquisitiva de la instrucción”. No obstante, “no deja de resultar en cierto modo distorsionador que no sea él quien pueda acordar la prisión provisional de oficio ni tampoco quien la solicita”, dado que es el que dirige de oficio la investigación: “tiene en mente el boceto de toda la investigación y conoce las consecuencias de la fuga de un imputado y las posibilidades de que suceda, así como los efectos que puede producir una ocultación o alteración de pruebas y las expectativas de que tenga lugar” (“La reforma...”, cit. n. 3, p. 38).

35 Según la STC 128/1995, “debe acentuarse la íntima relación que existe entre la motivación judicial - entendida en el doble sentido de explicitación del fundamento de Derecho en el que se basa la decisión y, sobre todo, del razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión - y las circunstancias fácticas que legitiman la privación de libertad, pues sólo en aquélla van a ser cognoscibles y supervisables éstas. De este modo, amén de al genérico derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (SSTC 66/1989, f. j. 5; 9/1994, f. j. 6; 13/1994, f. j. 6), en este supuesto de afección judicial al objeto del derecho, la falta de motivación de la resolución que determine la

tiene que explicar el juez de la prisión provisional.

Parece obvio que ha de hacer constar el presupuesto de la prisión y su finalidad. Que ha de consignar los indicios de culpabilidad y la finalidad constitucional perseguida con la prisión: si evitar la fuga, la destrucción de pruebas o la reiteración delictiva. No es suficiente, sin embargo, para evaluar la suficiencia del juicio de proporcionalidad realizado por el juez la mera alusión a una finalidad constitucional. La prioridad de la libertad y la concurrencia de la presunción de inocencia requieren la solidez de ese juicio de peligro - peligro de fuga, de destrucción de pruebas, de comisión de delitos - y tal solidez pasa por la aportación de datos fácticos concretos que sustenten tales peligros. La Constitución exige esmero judicial frente a quien demanda algo tan trascendente como es la libertad. Y por ello debe subrayarse la importancia de la concreción de la motivación. No se trata así de afirmar, por ejemplo, que los imputados por cierto tipo de delitos suelen escaparse a la acción de la justicia si se les deja en libertad, sino que el concreto imputado, en atención a sus individuales circunstancias personales, profesionales y familiares no va a comparecer en el proceso si se le deja en libertad.

En tal concreción, en la motivación suficiente de la prisión, está en juego, conviene recordarlo, no sólo la prestación de tutela, sino la libertad misma. La prisión provisional puede determinar la lesión del derecho fundamental a la libertad cuando la misma carezca de justificación, cosa que sucederá en cualquier caso cuando las razones aducidas por el juez sean inaceptables, pero también cuando el juez no aporte razón alguna o cuando las que aporte sean insuficientes.

13 ▶ Tiene interés la experiencia del Tribunal Constitucional español en el difícil control externo de las motivaciones de las prisiones provisionales, que es control de la restricción judicial de la libertad.

El primer foco de tal interés se encuentra en la relativización temporal del juicio. La solidez de la inferencia del riesgo en cuestión - de fuga, por ejemplo - ha de hacerse desde la perspectiva de la información existente en el momento de la adopción de la medida. Muchas prisiones se deciden en el primer momento de la instrucción, con una información harto fragmentaria que hace débil cualquier decisión adoptable por el juez en la situación de necesidad ante la que se encuentra. La suficiencia o no de la motivación no habrá de evaluarse en términos absolutos, sino en atención a lo posible, a la información disponible. Lejos del simplismo

prisión provisional afecta primordialmente, por la vía de un de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la privación de libertad y, por lo tanto, al propio derecho a la misma” [f. j. 4.a)]. Así, la “motivación que ha de ser ‘suficiente y razonable’, entendiéndose por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado, ponderando adecuadamente los intereses en juego -la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal, en atención a los fines que hemos reseñado, por otro- a partir de toda la información disponible en el momento de adoptar la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida excepcional, subsidiaria y provisional” (STC 152/2007, f. j. 2).

de una decisión sin más por la libertad o por la prisión, debe recordarse que se trata de una opción entre la privación provisional de libertad de un ciudadano y la asunción de ciertos riesgos para bienes fundamentales de la sociedad³⁶.

Una segunda estrategia reseñable de la jurisdicción constitucional española es su intento de asentar modelos de razonamiento suficientes e insuficientes, procurando de este modo aportar seguridad constitucional a la labor de los órganos judiciales. Modelos de tal tipo serían, por ejemplo, los siguientes:

» salvo en el primer estadio de la instrucción, el riesgo de fuga no puede sustentarse sólo en la cuantía de la pena que amenaza al imputado: la gravedad de la pena amenazante no es suficiente para sostener que el imputado se va a fugar³⁷; en cambio el dictado de una sentencia condenatoria grave sí puede ser suficiente para inferir el riesgo de fuga³⁸;

» la proximidad de la celebración del juicio oral como dato a partir del cual sustentar los riesgos que se pretenden evitar tiene “un sentido ambivalente o no concluyente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación, como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado”, por lo que “el órgano judicial debe concretar las circunstancias que avalan en el caso concreto una u otra hipótesis (por todas, SSTC 128/1995, f. j. 3; 66/1997, f. j. 6; 146/1997, f. j. 5; 33/1999, f. j. 6; 35/2007, f. j. 2)” (STC 35/2007, f. j. 2)³⁹;

» en la prisión del extraditabile constituye un sólido indicio del riesgo de fuga el hecho de que ya haya eludido la acción de la justicia del Estado reclamante (STC 71/2000, f. j. 6): vale el argumento “pienso que te vas a fugar porque ya te has fugado una vez y recientemente”.

36 Al respecto, Barona Vilar, “Prisión provisional: ‘sólo’...”, cit. n. 23, punto 3. Así, en relación con la constatación del riesgo de fuga, “si bien es cierto que ‘en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional (...), así como los datos con los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena’, también lo es que ‘el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias’ y obliga a ponderar ‘los datos personales así como los del caso concreto’ [STC 128/1995, f. j. 4 b); también, SSTC 37/1996, f. j. 6 A); 62/1996, f. j. 5º] [STC 44/1997, f. j. 5 b)]. Y así, en el supuesto que enjuiciaba la sentencia citada se concluía que “(c)uando el Juez adoptó la decisión, no había pasado aún un mes desde el inicio de la instrucción y el único dato descollante era el de la indiciaria comisión de un delito calificable inicialmente como grave por parte de ciudadanos extranjeros que no cabe descartar que formen parte de un organización. Que en esta tesitura el Juzgado optara por la prisión y no por la libertad, y sustentara su opción en la conjuración de un riesgo de fuga sostenido sólo por la gravedad de la imputación y de la pena amenazante, no puede calificarse en este caso concreto como una decisión ilógica o injustificada y excesivamente preservadora del proceso en detrimento de la libertad” (f. j. 7).

37 SSTC 128/1995, f. j. 4; 33/1999, f. j. 6; 61/2001, f. j. 4; 94/2001, f. j. 6.

38 STC 62/1996.

39 “Esta ambivalencia es precisamente la que obliga a que, cuando se alude a lo avanzado de la tramitación y al aseguramiento de la celebración del juicio oral -dato puramente objetivo-, se concreten las circunstancias específicas derivadas de la tramitación que en cada caso abonan o no la hipótesis de que, en el supuesto enjuiciado, el transcurso del tiempo puede llevar a la fuga del imputado. La simple referencia a lo avanzado de la tramitación carece como tal de fuerza argumentativa para afirmar la posibilidad de que el imputado huya” (STC 66/1997, f. j. 6);

C) INMEDIACIÓN

14 ▶ La garantía de intermediación debe atemperarse a su concreta necesidad en función de la reiteración del incidente. Como la cuestión acerca de la libertad o la prisión provisionales del imputado puede ser suscitada por éste siempre que así lo tenga a bien, podría llegar a carecer de sentido en el concreto incidente procesal así generado lo que respecto a la adopción o la prórroga de la prisión se presenta como aconsejable o como imprescindible. Así lo entiende el Tribunal Constitucional español en su sentencia 108/1997: “Tampoco cabe entender que estemos en este concreto supuesto (comparecencia del imputado previa a la decisión sobre la continuación de la prisión provisional en la tramitación del recurso de casación) ante una garantía directamente exigida por la Constitución, es decir, ante una garantía que, aun no estando expresamente contemplada en la ley, debiera estarlo o debiera integrar necesariamente su interpretación. Repárese, en primer lugar, en abstracto, en que las decisiones sobre la situación personal del imputado no sólo le vienen impuestas al Juez en determinados momentos procesales por la ley, sino que pueden ser también instadas en cualquier momento por el imputado afectado cuantas veces lo estime conveniente. De ahí que en ocasiones la garantía de comparecencia pueda resultar no sólo innecesaria, sino también, por ello, dilatoria y perturbadora para la correcta tramitación del procedimiento. De ahí, también, que el legislador haya optado en la actualidad por reservar tal exigencia para las decisiones de empeoramiento de la situación del imputado en términos de libertad. Repárese asimismo, en concreto, en que en el caso que nos ocupa nos encontramos ante una decisión de confirmación que la ley impone al Tribunal respecto a una situación que el mismo había ya confirmado unos días antes en la Sentencia condenatoria y que había venido precedida entonces de la correspondiente vista oral” (f. j. 2).

D) COSA JUZGADA

15 ▶ Como la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional “obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente” (STC 66/1997, f. j. 1), “ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables”. Ello no proporciona “cobertura a modificaciones arbitrarias de la situación personal del imputado, por lo que en última instancia será necesario que la decisión judicial sí tenga su sustento en el acaecimiento de nuevas circunstancias en el curso del proceso, en la valoración de alegaciones no formuladas con anterioridad, o incluso en una reconsideración -plasmada en la resolución judicial- de las circunstancias ya concurrentes pero que, a juicio del propio órgano judicial, fueron erróneamente apreciadas en la resolución que se modifica” (SSTC 65/2008, f. j. 3; 66/2008, f. j. 3).

Esta última reflexión jurisdiccional se realiza en relación con un supuesto en el que la decisión inicial del juez instructor había sido la de someter la libertad

de los imputados – dos ciudadanos extranjeros a los que se le atribuía el haber participado en una operación de tráfico internacional de heroína y cocaína - a una altísima fianza de 750.000 euros. Los imputados no la abonaron y, concluido el sumario, solicitan con éxito la reconsideración de la cuantía, que pasa a ser, por decisión ahora de la sala juzgadora, de 50.000 euros, sin recurso de la acusación pública al respecto. Ante el pago y la consecuente libertad de los imputados, la Fiscalía se lo piensa mejor y pide la elevación de la fianza a su cuantía original, a lo que la Sala accede. Los imputados no pagan la nueva fianza e ingresan de nuevo preventivamente en prisión, sin que prosperen sus recursos ante la propia Sala y, en amparo, ante el Tribunal Constitucional.

Ante un supuesto como éste procede recordar las dos directrices que concurren a su resolución. Es la primera la de que las decisiones de prisión provisional o de libertad provisional bajo fianza no generan cosa juzgada y que pueden ser por lo tanto objeto de reconsideración. Es la segunda la de que tal reconsideración puede proceder tanto de novedades fácticas, con lo que en realidad cambia el objeto del proceso, como de un distinto entendimiento de los hechos o de las normas que rigen la medida cautelar o de seguridad. Si éste es el caso, debe exigirse a la motivación judicial una doble solidez: la que exige el que su contenido sea de prisión y la que exige el que quede poderosamente afectada la seguridad jurídica en materia tan sensible como la libertad, con la reconsideración de una decisión reciente más favorable a la misma.

VI CONCLUSIÓN

16 ▶ Reseñaba al comienzo de este artículo que la prisión provisional constituye una paradoja del Estado democrático. Es radicalmente hostil al mismo en la medida en que supone la privación de libertad de un inocente. Pero es imprescindible para el mismo porque es un instrumento imprescindible para la prevención de delitos. Esta paradoja tiene como única solución de compromiso⁴⁰ la de hacer de la prisión provisional un instrumento decente. Y un instrumento decente supone que la prisión provisional sea legal – esto es: prevista con detalle en la ley -, proporcionada – esto es: imprescindible para la prevención mediata o inmediata de delitos – y justa – sólo aplicable a un probable culpable -. Y ha de ser un instrumento decente decentemente aplicado: por un juez imparcial y con plenas garantías de defensa.

No es propio de una sociedad democrática la que Carrara denominaba “manía de cárcel”, y sí “espaciar cuanto sea posible y acortar la prisión provisional”, reducirla “dentro de los límites de la más estricta necesidad”, ordenándola “de modo que no sea tirocinio de perversión moral”⁴¹. Lo que la Constitución democrática le exige a la prisión provisional es que sea un instrumento legal, mínimo y justo al servicio de la libertad.

⁴⁰ Que, como afirma Landrove Díaz, “tiene mucho de resignación” (op. cit. n. 23, p. 2).

⁴¹ “Inmoralidad...”, cit. n. 27, pp. 9 y 10.

LA CONSTRUCCIÓN CULTURAL DEL DELINCUENTE SEXUADO: PARA UNA POLÍTICA CRIMINAL CON ENFOQUE DE GÉNERO¹

Claudia Palma Campo

Existe una coyuntura sobre los delitos y las sanciones que ha colocado sobre la mesa de discusión la forma en que se concibe la Política Criminal en Costa Rica, si esta existe o no, o bien si la que existe qué características tiene y si contiene un sustento vinculado al respeto de los derechos humanos. Sin embargo, mi postura al no ser ni jurista ni abogada, ha tratado de colocarse de forma crítica con respecto a los elementos que se podrían tomar en cuenta en la construcción de esa Política Criminal, o bien en la historia que la ha propiciado.

Uno de ellos, y desde mi perspectiva de los más interesantes, es la noción del sujeto desde el cual parte todo el andamio de la justicia y las leyes. Este sujeto ha sido un sujeto sexuado, condición primaria que se ha obviado a pesar de las críticas y aportes que desde las ciencias sociales y la criminología crítica ha realizado el feminismo. Lo que me gustaría es reflexionar alrededor de la imagen de la persona delincuente, de la forma en que esta noción ha sido construida para hombres y para mujeres, arrastrando estereotipos de género que se siguen manteniendo y se reflejan en la actualidad en la forma en que se concibe, se trata y sancionan los delitos.

A pesar de que no entraré en el detalle del trato y la sanción, sí retomaré las ideas generales sobre las que se monta el discurso de la mujer delincuente y que están íntimamente vinculados con una naturalización de la condición social de la feminidad. Es sobre este mismo discurso desde el que se ha construido el sujeto jurídico e impregnan las concepciones de lo que podría ser una política criminal. Las normas y las sanciones son producto de la cultura y como antropóloga parto de esa construcción sociocultural. Al final del texto, retomo una propuesta de lo que podría ser una Política Criminal respetuosa desde los Derechos Humanos, pero para que cumpla este requisito también debería ser una política criminal

1 Un primer esbozo de este ensayo fue presentado como reflexión final en el Seminario sobre Criminología, Política Criminal y Derechos Humanos, de la Cátedra Latinoamericana de Criminología y Derechos Humanos “Alessandro Baratta” del Instituto de Estudios Latinoamericanos (IDELA) de la Universidad Nacional de Costa Rica.

estudiosa de la desigualdad de género que impregna la ideología del derecho, la justicia y las penas.

LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO Y DEL DELINCUENTE

A quien se cataloga de delincuente es a un sujeto que se considera se encuentra fuera de las normas, de la ley y el orden y está íntimamente vinculado con lo que la sociedad ha definido como un delito. Se ha entendido por delito como aquella acción voluntaria o imprudente que pone en riesgo los bienes, la vida, la moral de con quienes se convive en sociedad y el cometerlo, puede estar sancionado con la prisión. Esta definición muy personal o tal vez muy popular, ha tenido sus revés y traspies a lo largo de la historia y tal vez un elemento que se puede mantener desde la antigüedad hasta nuestros días, es la noción de apartar a quienes se consideran incumplen las normas sociales o culturales.

Los mecanismos que se han utilizado para ello, las consideraciones políticas y objetivos de esta acción es lo que considero ha variado en el tiempo y definitivamente responden no sólo a momentos históricos particulares, sino a condiciones morales, nociones sobre el bien y el mal, y principalmente a la construcción de un deber social común en la sociedad y un deber social de sujeto, sexuado² y al que se le pide una actuación particular a partir de su subjetividad.

Por otro lado la sociedad ha tratado de construir una noción objetiva del delito; es decir, hoy en día se parte de que las discusiones que han decantado en lo que se conoce, hoy por hoy, como compendios jurídicos, son producto de un largo proceso de objetivación, a pesar de que en diferentes países alrededor del mundo, existan consideraciones legales diferentes para los mismo delitos y con sanciones diferentes. Pero lo menos “claro” de esa objetivación es la forma en que cada Estado ha decidido qué considera falta penal y qué no. Sobra lanzar la pregunta sobre la objetividad de la ley, la legalidad y la justicia.

Esta noción objetiva del delito hace suponer que estaría medianamente depurada del juzgamiento moral, pero veremos que en las nociones tradicionales y en los imaginarios socioculturales que se mantienen hoy en día, los cuales se vinculan a las personas que comenten delitos, como las estigmatizaciones y estereotipos, responden a una moral particular, que puede ser poco objetiva y poco respetuosa de los derechos humanos estipulados en los tratados internacionales. Pero los Sistemas de Justicia y Penitenciario son producto de este tipo de ordenamiento y han sido reforzados por los compendios científicos de disciplinas como el Derecho, la Criminología, y la Ciencias Sociales como la Sociología, la

2 Al hablar de sujeto sexuado es para hacer, intencionalmente, una diferenciación en la noción de sujeto esencial y homogéneo, sin sexo y por lo tanto sin una condición sociocultural construida alrededor de esta marca física. Por ejemplo, al hablar del “sujeto delincuente” o “sujeto criminal” se tienen a homogeneizar los actos y las personas.

Psicología y la Antropología, que se han esforzado por comprender y aportar al tema de la cárcel, los delitos y el sujeto delictivo, y que buscan incansablemente comprender, de forma objetiva, el tema en cuestión.

Así, históricamente han existido una serie de explicaciones para comprender qué lleva a las sujetos a cometer delitos y una serie de teorías han tratado de descubrir o caracterizar científicamente lo que se dio por llamar la “conducta criminal”, en singular. Han habido fundamentos con bases biológicas, psicológicas o sociológicas que han tratado de dar fuerza a la construcción de teorías, pero es hasta el siglo XIX que realmente se desarrolla un proceso de “objetivación científica” sobre el tema. Antes de esto, en la antigüedad lo que se consideraba principalmente era la falta a la norma, a la moral, al orden religioso las que justifican el castigo, encierro o reclusión y que también tenían una particular relación con las mujeres como apuntaré en adelante.

Las formas de castigo que existían en la antigüedad o edad media podían ser bastante desproporcionadas a los castigos cometidos y fueron cuestionadas por el británico Jeremy Bentham (1748-1832) y el italiano Cesare Beccaria (1738-1794), quienes introdujeron la iniciativa de proponer que debía existir una adaptación de los castigos a la proporción del delito cometido. En esa época se construye la noción del delito como libre albedrío y de la imputabilidad moral, que lo que implicaba era tomar en cuenta que podía mediar la voluntad del sujeto en el acto del delito. De esta forma, la causalidad y la responsabilidad estarían focalizadas en el sujeto que actúa (Arnosó, 2005).

Algunos autores, entre ellos Foucault (1998), mencionan que en esa época del siglo de las luces probablemente hubo un cambio en la noción del sujeto y los esfuerzos para construir una nueva forma de civilización, con lo que se quiso “humanizar”³ los tratos dados a las personas que cometían delitos. De manera muy ilustrativa y crítica es el inicio del libro de Michel Foucault “*Vigilar y Castigar*”, con respecto a la moral imperante en los siglos XVI y XVII, los castigos públicos y la flagelación. Antes de este tipo de trato hubo fuertes proclamas y críticas que se fueron introduciendo poco a poco con las corrientes humanistas y que se ilustran con las propuestas de Beccaria y Bentham tras la búsqueda del castigo justo.

Pero, la noción de delito y sujeto delictivo de la época no estaba descontextualizada de una noción de sujeto sexuado, es decir, de una diferenciación de sexo de quienes cometían los delitos; con la particularidad de que en la época no existía una diferenciación socialmente construida entre sexo-género, cultura-naturaleza y regía una naturalización de las acciones y los comportamientos sociales y más tarde sustentados por el enfoque biológico en el siglo XIX.

Vinculado al delito, el delincuente era un sujeto que tenía problemas físicos o psiquiátricos que propiciaban su actuar “anormal” dentro de la sociedad y aunado al dimorfismo sexual humano, se consideraba que la delincuencia en los hombres

3 Más adelante la explicación de Foucault decanta en comprender que más bien hubo una especialización del castigo, pasando a construirse una noción de mayor vigilancia y control social a través del control sobre el cuerpo.

se explicaba a través de la agresividad innata en tanto el alfa de la especie, con una predisposición mayor a correr riesgos. A la par de ello, la delincuencia en las mujeres era menos importante pues por su “menor evolución”, cometían menos delitos que los hombres (Calvo, 1993).

Este ambiente permitió la construcción de una noción de las mujeres diferente a la de los hombres que cometían delitos y de los actos que cometían que podían considerarse “fuera de la ley”, que aunado a la particularidad de la poca frecuencia con la que cometían delitos y la naturalización de un “deber ser” social y moral esperado, como mecanismo de control social suficiente, estas mujeres fueron muy particularmente conceptualizadas, lo que contribuyó a construir una idea diferenciada y estereotipada, del actuar “indebido” de las mujeres y reflejado en las nociones de justicia penal hasta nuestros días.

LAS MUJERES DELINCUENTES Y LA NOCIÓN DEL DELITO

En el siglo XIX hubo una introducción fundamental sobre la construcción cultural del delito desde el pensamiento positivista biológico, argumentando que el comportamiento delictivo alteraba el funcionamiento “normal” de la sociedad. Uno de sus principales exponentes en Europa fue César Lombroso que con su obra *L'uomo delinquente*, de 1876 (1890 [1876]), dio paso al estudio del individuo “anormal” desde el enfoque médico y psiquiátrico, dejando de lado las intervenciones sociales en la explicación de dicho comportamiento (Arnoso, 2005; Almeda, 2003; Matthews, 2003). Los aportes de Lombroso se atrevieron a definir las personalidades susceptibles de caer en la delincuencia y a caracterizar físicamente a aquellos sujetos delictivos, estigmatizando características físicas como la frente o la asimetría craneal, e incluso características sensoriales vinculadas con el sentido de la moral, la impulsividad o la ociosidad (Arnoso, 2005: 27).

Para César Lombroso, los comportamientos delictivos tanto masculinos como femeninos formaban parte de una anormalidad física y aunque también para él las diferencias de género eran producto de la biología, a los hombres no se les exigía los mismos deberes morales que a las mujeres. Era claro que la naturalización de la condición social femenina, y también masculina, vinculaba a las mujeres a una natural maternidad y un natural comportamiento marcado por esta: un “llamado”, un anhelo, un deber social y moral.

Es por esto que Lombroso, frente a las mujeres que delinquen, no podía sino concebirlas como personas especialmente degeneradas por la razón de que han violado la ley y la normas sociales, lo que las acreditaba como doblemente peligrosas y por lo que había que considerarlas como monstruos. Para este científico de la época, estas mujeres no sólo tienen cualidades de peligrosidad masculina sino, además, “todas las peores” de las femeninas: astucia, rencor y falsedad. Según su visión de mundo: *“ellas tienen los rasgos invertidos de las mujeres “normales”, no siendo ni dóciles, ni maternales, ni sexualmente apáticas*

y con rasgos físicos identificables: menor talla, de caderas y pechos rudimentarios, cabellos espesos, arrugas anormales, prematuras, palidez lívida en el rostro, lóbulos muy desarrollados, nariz corta y remangada y mandíbula demasiado voluminosa para una mujer...” (Lombroso y Ferrero (1890), citado por Almeda, 2003).

En esta época, la concepción de criminología que era positivista, fue convirtiendo en patologías las características que identificaban a las personas delincuentes en general, no sólo a las mujeres, y poco a poco fueron desarrolladas por las ciencias sociales crecientes de la época: como la psicología, la antropología, la sociología, la psiquiatría y también por la medicina; estudios alejados del ámbito penal y jurídico. A pesar de que con la incorporación en la década de 1930 de conceptos como “anomia” y “desviación” (Durkheim, Parsons y Merton) que permitieron cambiar un poco este enfoque, aún en los años 1960 se mantuvieron posturas patologizantes sobre el delito en las mujeres, como las argumentaciones de Pollack (1961) citado por Almeda (2003), para el cual las mujeres eran falsas, mentirosas y vengativas y la delincuencia femenina se explicaba más por razones de carácter fisiológicas, sentimentales y emocionales, que por un defecto en su socialización primaria, devienen en distorsiones de sus instintos nerviosos.

Pero, estas concepciones sobre la conducta de las mujeres no deberían sonar extrañas o sorprender, ni al hablar de época antigua ni en la actual, estas sólo reproducen el lugar social en el que se han concebido a las mujeres y sus deberes, aunando al imaginario cultural sobre lo bueno y lo malo, lo permitido y lo ilegal, amoral. Lo particular es que esta noción se enmarca en una serie de actos no deseados y no permitidos a las mujeres y que tiene que ver con las actividades consideradas “amenazantes” a la sociedad, pero que finalmente eran parte de las actividades vinculadas con el uso tradicional de los recursos: como la curación con hierbas y las parteras, o bien vinculadas a la subsistencia como la prostitución. Actos punibles que más que considerados fuera de la ley, estaban considerados fuera de la moral.

De esta manera, se construyen una serie categorías de sujetas delincuentes o categorías de criminalidad más allá de la figura legal, y más bien sustentadas en las concepciones sociales sobre los sujetos, y en este caso la sujetas y lo que de ellas se espera, que particularmente alrededor de las mujeres tiene un sustento que se basa en un ideal de lo femenino y normativo que aún en la actualidad no se escapa a la legislación: los actos vinculados a la moral. Estas concepciones han marcado profundamente lo que conocemos como Política Criminal, que al ser producto de una sociedad altamente diferenciadora en la forma en que concibe a las mujeres y a los hombres y la gran diferencia en la forma en que se valoran sus actos, no ha estado exenta de reproducirlos y aplicarlos en su concepción de objetividad jurídica. Una objetividad y por lo tanto una verdad construidas desde una noción androcéntrica de la sociedad, el mundo y los valores asociados a los sujetos sexuados.

Pero incluso, si rebobinamos hacia atrás, la historia de la criminalidad de las mujeres no es posible pensarla pasando por alto la consolidación de un orden punitivo que se da a través de la inquisición, que está por demás decir que se ensañó con las mujeres. Fue el papa Inocencio VIII que en 1484 manifiesta su

deseo de que la fe crezca en todas partes de Europa, a partir de una preocupación tras enterarse de que en *Germania* existían muchas personas que renegaban de la fe católica y por lo tanto de su bautismo, siendo tomados por demonios; así, ordena a Heinrich Kramer y Jacobus Sprenger a que ejerzan el “ministerio de la inquisición” para la corrección, a través de la cárcel y el castigo, de las personas que se inculparan de perversión herética (Bigalli, 2006). De esta manera, en el año 1487 los dominicos Sprenger y Kramer publicaron el *Malleus Maleficarum* o Martillo de las brujas, que desde este inicio en su título queda plasmada su relación directa con las mujeres (Zaffaroni, 1993).

Según Bigalli (2006) la aparición de la bruja data del año 1400 y eran brujas aquellas mujeres que se negaban a ser esposas y madres sumisas, revelándose contra la jerarquía patriarcal de la época y cuando el hombre fracasaba en la tarea de domesticación, la inquisición intervenía; dice Baratta que hoy en día y también como parte del control social informal exclusivo para las mujeres, ese dominio patriarcal de la esfera privada ve su “última garantía” en la violencia física contra las mujeres (Baratta, 2000). Así, en la época, el contrapunto de la mujer buena, es decir, la perfecta casada era por lo tanto la mujer mala, ejemplificada en las brujas y en las prostitutas, que se resistían a la iglesia y a la monogamia (Luna, s.a.).

Para Kramer y Sprenger las mujeres eran foco central de la propagación del mal en el mundo, no solo por su inferioridad, su tendencia a la carnalidad y debilidad (tomando como base la debilidad de Eva) sino también por su congénita imperfección, al haber sido concebidas de una costilla torcida: *“Pero como sabemos en nuestros tiempos la brujería se encuentra con más frecuencia entre las mujeres que entre los hombres, como sabemos por experiencia, si alguien tiene curiosidad en cuanto a la razón, podemos añadir a lo dicho lo siguiente: que a causa de su debilidad de mente y de cuerpo, no resulta extraño que caigan en mayor medida bajo el hechizo de la brujería.”* (Kramer y Sprenger [1487] 1976: 118).

Zaffaroni (1993) argumenta que ante estos elementos contundentes no hay mucho que discutir para corroborar contra quien se consolidó el poder punitivo de la inquisición teniendo como elementos “característicos” de las mujeres: la falla genética, su mayor inclinación al mal por su menor resistencia a la tentación, su predominante carnalidad y menor espiritualidad, y la necesidad de tutela debido a su infantilismo constitutivo. Y a pesar de que otros sujetos fueron inquiridos, juzgados y quemados por blasfemia, salirse de las leyes o por simple sospecha de ello, para Zaffaroni la inquisición es una manifestación del discurso legitimante del poder punitivo con una clara marca de género en contra de las mujeres.

LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y EL ENFOQUE DE GÉNERO PARA UNA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL

A finales de los de la década de 1960 y principios de los años 70, se da inicio a una propuesta analítica del crimen que se conoce con el nombre de la

Criminología Crítica, esta es producto de un movimiento anterior que se llamó la Nueva Criminología en donde se revisaron las concepciones de desviación y desviados y su vínculo con el delito.

Siguiendo a Baratta (2000), se puede decir que: *“Cuando la consideración de los procesos de definición y de reacción social es acompañada por una desigual distribución del poder de definición y de reacción y, paralelamente, los sistemas de la justicia penal son interpretados en el contexto de las relaciones sociales de inequidad y en conflicto, podemos decir, según los criterios de clasificación que yo utilizo, que estamos frente a una criminología crítica”* (Baratta, 2000: 12)

Así, como parte de la Criminología Crítica existe una nueva concepción del delincuente e incluso una revisión de la misión del derecho penal, del papel del criminólogo y de la criminología misma y que además de esto, recibe el aporte y cuestionamientos de otras posturas y grupos de la época como los ecologistas y primordialmente, de interés para este trabajo, del movimiento feminista.

Dentro de esta última propuesta existen planteamientos importantes que desde la década de los años 70 se han tratado de desarrollar y en donde destacan las aportaciones de criminológicas feministas como Frances Heidensohn (1985 [1968]), Carol Smart (1977;1989; 1994), Pat Carlen (1983; 1985), Frances Olsen (1990) entre otras, y que han consistido en integrar las posturas feministas sobre el papel de las mujeres en la sociedad y la teoría de los roles diferenciados entre hombres y mujeres, para comprender que los delitos cometidos por ambos tienen orígenes diferentes y son diferentes, y no explicar los delitos de las mujeres sólo desde las teorías tradicionales de la criminalidad.

De esta manera, rompiendo con algunos estereotipos de género, se propuso que no se podía considerar la criminalidad femenina como una masculinización de las mujeres por pensar que ellas rompen con los roles sociales esperados adoptando los del “género masculino”, los cuales han estado social y culturalmente vinculados al delito. De la misma manera, la explicación de la delincuencia en las mujeres tampoco podía explicarse por una manifestación ilegítima de sus “roles femeninos” esperados, más bien la tarea era empezar a explicarla tras la comprensión particular de los factores estructurales y culturales de las mujeres en su vinculación con la criminalidad. Estos avances, producto también del movimiento de mujeres y feminista, han logrado que cambie la imagen concebida para las mujeres y que con ello se consiga despenalizar actitudes de discriminación en algunas legislaciones y en los tipos de delitos que antes perjudicaban de manera especial a las mujeres, como por el ejemplo la prostitución y el adulterio⁴ (Yagüe Olmos, 2006).

Así, las explicaciones sobre la delincuencia han logrado en buena medida

4 Tanto la prostitución como el adulterio, a pesar de que dejaron de penalizarse en algunos países occidentales como los europeos o americanos, siguen siendo delitos graves cometidos por las mujeres en otras culturas. Pero también existe otra acción que es considerada como delito muy femenino, el aborto. Es preciso dejar claro que la legislación con respecto al aborto tiene sus traspiés y que durante muchos siglos en la antigüedad no era un acto al que se hacía mayor referencia. Según datos de Yadira Calvo (1993), hasta el siglo XIX no era abiertamente castigado sino hasta que el papa Pío IX retomó la Bula *Effranatan* y estipuló excomunión como pena para quienes consintieran o practicaran el aborto. Se puede leer más sobre el tema en esta autora.

superar las propuestas biológicas más recalcitrantes y estereotipadas que se tenía con respecto a las personas que delinquen y este ha sido un gran avance. Las propuestas de las investigaciones desde las ciencias sociales y las ciencias médicas y también específicamente desde la criminología han logrado avanzar el tema y colocarlo en el plano de la intervención de diferentes factores en la comisión del delito. Eso no quiere decir que no existan discusiones que se deberán de seguir elaborando dentro de la criminología, pero al menos dentro de las ciencias sociales se han tratado de hacer esfuerzos por analizar los diferentes factores que intervienen en la comisión del delito.

Por otro lado, es importante rescatar que las consideraciones con respecto a la noción del delito son producto de un contexto histórico y ellas han repercutido a lo largo del tiempo en la noción del individuo delincuente en la sociedad, pero además de ello, este sujeto del cual se habla ha sido un sujeto sexuado como hombre y de género masculino, al menos en las ciencias sociales, lo cual no implicaba que no existieran mujeres sobre las cuales teorizar la desviación y el delito, pero no era la predominancia. Dice Elena Larrauri (2000) que la criminología era cosa de hombres y que el impacto del feminismo no se produce en esta ciencia sino hasta en la década de los años 80, pero lo que sin duda permanecía en el imaginario social era una vinculación particular de las tesis defendidas por Lombroso con respecto a los actos que convertía a las mujeres en doblemente peligrosas. De esta manera, delitos y castigos han tenido una concepción culturalmente masculina, en el nivel legal, penal y en los espacios que se han concebido para la corrección: las cárceles.

Pero, a pesar de que hace ya muchos años que se incorporaron a la criminología crítica explicaciones que han tratado de superar el sexismo sobre el delito, ya no sólo a nivel patológico sino social, cultural y estructural, siguen existiendo concepciones de género sobre la conducta moral de los sujetos. Aún hoy en día los actos de las mujeres siguen siendo considerados y valorados de forma muy diferente que los actos de los hombres. El trabajo de la mexicana Elena Azaola sacó a la luz cuestionamientos sobre las desigualdades de género no sólo en las cárceles sino en la forma en que las mujeres pueden ser juzgadas de manera diferente y más dura por el hecho de ser mujeres y delante de delitos similares cometidos por hombres (Azaola, 1996).

A las mujeres se les concibe diferente porque se les trata deferente cuando comenten un delito. Las faltas de las mujeres, sus errores o todo aquello que está “fuera de la ley moral” se le sanciona y se le juzgan de manera más dura y diferente. Esto ha quedado reflejado en la forma de hacer la política criminal que además está decir que para cumplir con los requisitos de una política con derechos humanos, tiene que además velar o ser consciente de las diferencias de género, sus historias y sus condiciones.

DICE ELENA
LARRAURI
QUE LA
CRIMINOLOGÍA ERA
COSA DE HOMBRES
Y QUE EL IMPACTO
DEL FEMINISMO NO
SE PRODUCE EN ESTA
CIENCIA SINO HASTA
EN LA DÉCADA DE
LOS AÑOS 80

Pero es que además, no puede existir concepción objetiva que trata de igualar las diferencias que de por sí es a la vista que existen. La acción delictiva de las mujeres no puede concebirse igual que la de los hombres, éstas entran a la cárcel en un 7% a la para de un 93% de los hombres. De igual manera pasa por los tipos delitos que comenten, en donde las mujeres parece que están definidas por el tráfico de drogas mientras que los hombres están definidos por delitos de vinculados a la violencia directa. ¿Analíticamente cómo se puede igualar lo que no es igual? ¿Cómo utilizar los mismos parámetros de medición y comprensión de los delitos para fenómenos que tienen raíces explicativas diferentes? ¿Cómo concebir una Política Criminal que no parte de este tipo de particularidades si se dice que debe velar por el respeto de los derechos humanos?

Considero que la reflexión alrededor de una Política Criminal consciente y respetuosa de los derechos humanos pasa además por los análisis de contexto de género, que en las ciencias sociales es una categoría que implicó una ruptura epistemológica con respecto al sujeto, las diferencias y las desigualdades. La discusión ya no debe girar sólo entorno a que las profundas desigualdades económicas, que cada vez se acrecientan en el país, son las causantes de algunas de las formas de criminalidad, sino también que hay que analizar Qué sujetos, y Qué crímenes son los cometidos. De acuerdo con Baratta, ya no es no posible examinar la cuestión criminal sin tener presente, de modo adecuado, las variables de género (Baratta, 2000).

Para finalizar deseo resaltar la discusión de Alessandro Baratta en torno a su análisis sobre el enfoque general y homogéneo de la ciencia, del derecho y la criminología tradicional, mismo que parte de las críticas de la ciencia y criminólogas feministas y su propuesta de desconstruir la estrategia de investigación y enfoque que ha predominado en el abordaje del tema; cuando se pregunta sobre qué se debe reconstruir, su respuesta es, desde mi perspectiva, el andamio para una política criminal con un sustento respetuoso de la desigualdad histórica entre los géneros, del enfoque androcéntrico y de la misoginia del sistema jurídico penal. Él Dice:

“¿Qué debe ser reconstruido?: Una subjetividad humana integral o andrógina, portadora, al mismo tiempo, de cualidades y de valores que fueran separados y contrapuestos en la creación social de los géneros; un conocimiento adecuado a las necesidades de desarrollo humano en una sociedad planetaria compleja; una ciencia de la naturaleza y de la sociedad que retina el método de investigación con la ética de la responsabilidad en la utilización de sus resultados; una red de alianzas que vuelva a poner en circulación e integre las variables de las diferentes formas de desigualdad y de opresión, recomponiendo la unidad de la cuestión humana y del proyecto de emancipación. Por lo tanto, se trata de reconstruir las premisas teóricas y materiales para una estrategia capaz, al mismo tiempo, de respetar la especificidad de las luchas, y de reconstruir, continuamente, su interrelación y su globalidad” (Baratta, 2000: 10).

*Claudia Palma Campos.
Junio, 2011*

REFERENCIAS

- Almeda, Elisabet (2002) *Corregir y Castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*. Ediciones Bellaterra, Barcelona.
- Almeda, Elisabet (2003) *Mujeres encarceladas*. Segunda Edición. Ariel, Barcelona
- Azaola, Elena (1996) *El delito de ser mujer*. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS). Editorial Plaza y Valdes, Ciudad de México.
- Barrata, Alessandro (2000) El Paradigma de Género: De la cuestión criminal a la cuestión humana. En: Birgin Haydée (2000) *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*. Colección Identidad, Mujer y Derecho. Editorial Biblos, Buenos Aires. Pág 39-83
- Bigalli, Carlos (2006) El Malleus Maleficarum. *Subjetividad y Procesos cognitivos*, 9: 92-114.
- Cain, Maureen (1990) Towards Transgression: New directions in feminist criminology. *International Journal of the Sociology of Law*. 18, pp. 1-18.
- Carlen, Pat (1983) *Women's Imprisonment. A study in Social Control*. Routledge and Kegan Paul, London.
- Carlen, Pat; *et. al.* (1985) *Criminal Women*. Basil Blackwell, Oxford.
- Foucault, Michel (1998) *Vigilar y Castigar: el origen de la prisión*. Trigésimo cuarta edición, Siglo XXI editores. Ciudad de México.
- Goffman, Irwing (2006 [1970]) *Estigma: La identidad deteriorada*. 10ª reimp. Arrorortu, Buenos Aires.
- Heidensohn, Frances (1985 [1968]) *Women and Crime*. Macmillan, Londres.
- Kraemer, Heinrich; SPRENGER, Jacobus ([1487] 1976), *El martillo de las brujas. Para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa maza*. Felmar, Madrid.
- Larrauri, Elena (1994) Control Informal: Las penas de las mujeres En: Larrauri, Elena; comp. (1994) *Mujeres, Derecho Penal y criminología*. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid. Pág 93-108.
- Larrauri, Elena (2000 [3ª edición 1991]) *La herencia de la criminología crítica*. Siglo veintiuno de España Editores, Madrid.
- Lombroso, César (1890 [1876]) *Los criminales*. Libros Selectos Centro Editorial Presa, Barcelona.
- Lombroso, César; FERRERO, William (1895) *The Female Offender*. Fisher Unwin, Londres.
- Luna, Lola (s.a.) *La historia feminista del género y la cuestión del sujeto*. [En línea] Mujeres en la Red: http://www.nodo50.org/mujeresred//f-lola_luna-sujeto.html
- Matthews, Roger (2003) *Pagando tiempo: una introducción a la sociología del encarcelamiento*. Edición Iñaki Rivera Beiras. Bellaterra, Barcelona.
- Olsen, Frances (1990) Feminism and Critical Legal Theory. An American Perspective. *International Journal of the Sociology of Law*, 18, pp. 199-215.

- Pollack, Otto. (1961) *The Criminality of Women*. SEEAR, N.; PLAYER, editores (1986) *Women in the Penal System*. A.S. Barnes, Nueva York; Howard League, London.
- Smart, Carol (1977) *Women, crime and criminology. A Feminist critique*. Routledge, London.
- Smart, Carol (1989) *Feminist and the power of law*. Routledge, Londres.
- Smart, Carol (1994) La mujer del discurso Jurídico. En: Elena Larrauri (1994) (compiladora) *Mujeres, Derecho Penal y criminología*. Siglo Veintiuno de España, Madrid,167-177.
- Yagüe Olmos, Concepción (2006) Las mujeres encarceladas. En: *Mujeres en la periferia. Algunos debates sobre género y exclusión social*. Icaria, España,120-144.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1993) La mujer y el poder punitivo. En: *Sobre Patriarcas, Jerarcas, Patronas y otros varones. Una miradas género-sensitiva de derecho*. Programa Mujer, Justicia y Género. ILANUD, Costa Rica.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000) El discurso feminista y el poder punitivo. En: Birgin Haydée (2000) *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*. Colección Identidad, Mujer y Derecho. Editorial Biblos, Argentina, 19-37.

LOS SISTEMAS PENITENCIARIOS EUROPEOS FRENTE AL SIGLO XXI

Fernando Reviriego Picón

Profesor titular de derecho constitucional

Uned

Faustino Gudín Rodríguez Magariños

Magistrado

Doctor en Derecho. Licenciado en Criminología

Resumen: El análisis de la situación de los diferentes sistemas penitenciarios europeos revela la existencia de numerosas carencias: masificación, hacinamiento, falta de medios materiales y personales, conflictividad, ausencia de confianza en el sistema, etc. Esta situación resulta común a la totalidad de los sistemas continentales, por más que existen notables diferencias entre unos y otros especialmente significativas en el caso de algunos de los países incorporados a la Unión en los últimos años.

1. INTRODUCCIÓN

La nueva Europa pretende erigirse como un faro que sirva de guía a todas las democracias avanzadas; en ese contexto, el ámbito penitenciario, como lugar que refleja el mayor grado de marginalización social, parece un adecuado termómetro al que se recurre para evaluar el progreso en el marco de la defensa de los derechos fundamentales. Mas el grado de desarrollo social está en buena medida vinculado a las posibilidades económicas de los Estados que configuran la Unión Europea, al grado de compromiso con ciertos ideales, y de madurez y normalidad democrática. Paulatinamente Europa ha atesorado una serie de prácticas y métodos de corte jurídico enfocadas a la hora de resolver civilizadamente los problemas que va generando su devenir como colectivo humano.

Junto a los altos propósitos en la materia penitenciaria convergen numerosas variables difíciles de encauzar de un modo armónico: los sentimientos vindicativos de la población, la inseguridad y necesidad de control, las necesidades electoralistas de los grupos que ansían llegar al poder, el sentimiento de insatisfacción y desgaste en la defensa de los derechos fundamentales, las desigualdades sociales y las necesidades hedonistas de una sociedad de consumo, etc. Todos estos factores confluyen en un panorama complejo cargado de tensiones. Bajo este contexto, el Derecho penal (y el Derecho penitenciario como su necesario acólito) viene a ejercer un papel simbólico y se inculca en la población la ilusoria idea, auténtico espejismo, de que la vara penal puede servir como un instrumento útil para resolver los problemas básicos derivados de la convivencia; mas, en realidad, sólo puede ser utilizado para maquillar sus más dolorosas consecuencias.

La masificación penitenciaria que se está produciendo a nivel global es una secuela de un mundo que avanza tecnológicamente a un nivel más veloz que las estructuras organizativas que lo gobiernan. Pero, junto a todos estos desajustes, lejos de inclinarnos ante posturas fatalistas, también existen factores que nos permiten vislumbrar el futuro con cierto halo de esperanza, pues en esta sociedad de riesgos, con todas sus endémicas trabas también existen voces que buscan lograr marcos más inteligentes y racionalizados de convivencia.

Los derechos fundamentales que cimientan la Unión, son valores positivos que trascienden de los ecos autoritarios negativos que buscan la dureza y el control para marginalizar al hombre. Es posible y factible imaginar un mundo mejor, pero para ello es necesario realizar un análisis pormenorizado de cada institución, intentando diseccionar qué debe sobrevivir y qué aspectos constituyen rémoras arcaicas, obsoletas y arbitrarias que es preciso erradicar. El submundo carcelario proviene de otro cosmos más amplio sobre el que los Gobiernos, en la mayor parte de las ocasiones, no han sabido o querido actuar. Hablamos de un caldo de cultivo, potencialmente criminógeno, habitado por individuos marginalizados por numerosos factores (sociales, de salud mental, derivados de adicciones a las drogas y al alcohol, etc.).

La institución penitenciaria es un ámbito donde han recaído tanto críticas

absolutamente destructivas de carácter abolicionista como posturas de defensa de los sistemas más brutales de reacción. Entre ambas posturas, surgen otras intermedias y es aquí donde recae nuestro análisis buscando otras respuestas racionales y acordes a los derechos fundamentales, no despreciando en ningún caso los eventuales beneficios que la nueva era tecnológica hatraído consigo.

Nunca hemos de olvidar que el sistema carcelario, ya desde sus inicios tras las cenizas de las guerras napoleónicas, ha presentado una imagen de «crisis» permanente¹. El hecho de que haya sobrevivido estos dos siglos viene a significar según la Exposición de Motivos de nuestra ley penitenciaria que nos encontramos ante un «mal necesario». Este postulado nos indica que hay que optimizar las alternativas, siempre que las mismas cubran los mínimos de seguridad que la sociedad demanda.

Desde Ulpiano y sus *tria iura praecepta* nuestra concepción de Justicia pasa por adaptar y acoplar la norma a cada caso y no los casos a la norma inflexible, es decir en la máxima *suum cuique tribuere*. El derecho penitenciario busca alcanzar resultados positivos mediante el sistema de la individualización científica² en adaptarse a la situación del afectado. Esto sólo resulta posible mediante un análisis casuístico incompatible tanto con prisiones masificadas como con reglas rígidas e inflexibles que anteponen la institución a las necesidades de los sujetos afectados.

2. LAS REGLAS PENITENCIARIAS EUROPEAS

Bajo una óptica garantista, la primera conquista internacional de conseguir un *mínimum normativo* en esta materia lo representaron las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, de 30 de agosto de 1955. En aras a la búsqueda de la universalidad y a alcanzar el mayor grado de aceptación se optó por un modelo de carácter programático que en muchos casos no permitía convertir su contenido en un compromiso político penitenciario de los países a los que iba destinado. Sin embargo, este complejo de postulados no se adaptaba a las mayores exigencias de la Europa desarrollada que se consideraba mucho más escrupulosa con el respeto a los Derechos fundamentales. Fue en este contexto, el de la precariedad y la insuficiencia, el que impulsó en que en enero 1973, el Consejo de Europa diera un paso más y dictará la Recomendación nº R (87) del Comité de Ministros sobre las Reglas Penitenciarias europeas (reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos).

Al hilo de esta normativa, comenzaron a aparecer un conjunto de compendios

1 Vid. De la Cuesta Arzamendi, J. L., «La prisión, historia, crisis, perspectivas de futuro», Beristain, A. (Coord.), Reformas penales en el mundo de hoy, Edersa, Madrid, 1984, págs. 142 y ss.

2 Los más modernos sistemas penitenciarios se basan en la idea de la individualización científica (art.72.1 LOGP española) cuya filosofía básicamente radica en adaptar el tratamiento no a las exigencias del centro sino a las necesidades tratamentales del individuo.

normativos penitenciarios avanzados³: así cabe citar la ley penitenciaria sueca en 1974, la italiana en 1975, la alemana en 1976 y la portuguesa y española ambas de 1979. El hilo conductor de esta normativa era una subordinación de toda la estrategia penitenciaria bajo el axioma de la resocialización, aunque entendida ésta no bajo los patrones conductistas norteamericanos⁴, sino como una posibilidad que se otorga al interno penitenciario de ampliar sus horizontes incorporando nuevos roles que le adapten a los márgenes de vida en sociedad⁵.

Como refiere Nistal Burón⁶ la actividad penitencia comporta una doble finalidad: por un lado, la de reeducación y reinserción, aparece como principal para los internos penados, y, por otro, la de retención y custodia. Mas si los aspectos tratamentales son esencialmente voluntarios, los regimentales son marcadamente imperativos y forzosos, en consecuencia, la materia penitenciaria parece poseer una naturaleza esquizofrénica que la doctrina se ha encargado convenientemente de

3 Como precedentes a este nuevo sistema garantista encontramos cómo la Constitución italiana de 1947 recogió el principio de legalidad penal y responsabilidad penal personal, y en su artículo 27 incluyó el principio de que las penas han de ser humanitarias y deben tender a la reeducación del delincuente: «Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de la humanidad y deben tender a la reeducación del condenado». Menos específica resultó la coetánea Ley Fundamental de Bonn; recordemos a tal efecto las palabras con que se iniciaba el art. 1º de dicho texto normativo (en cuyo tercer párrafo surgía la expresión derechos fundamentales): «la dignidad del hombre es intangible; respetarla y protegerla es obligación de todo poder público».

4 Bajo los postulados de Pavlov, el psicólogo americano John Broadus Watson planteó la posibilidad de modular el comportamiento humano bajo un sistema planificado de refuerzos positivos y negativos. Así llegó a afirmar: «Dadme una docena de niños sanos, bien formados, para que los eduque, y yo me comprometo a elegir uno de ellos al azar y adiestrarlo para que se convierta en un especialista de cualquier tipo que yo pueda escoger -médico, abogado, artista, hombre de negocios e incluso mendigo o ladrón- prescindiendo de su talento, inclinaciones, tendencias, aptitudes, vocaciones y raza de sus antepasados» La escuela conductista en psicología tiene su máximo arraigo en la Universidad de Harvard Skinner, según lo escrito en su libro «Más allá de la libertad y de la dignidad» de 1971, tendiente a erradicar en nombre de la ciencia determinista y naturalista, la concepción tradicional de occidente, que ve en el hombre a un ser libre y responsable; afirma que la lucha del hombre por su libertad personal, no se debe a su inalienable voluntad, sino a una serie de procesos conductuales, característicos del organismo humano, cuyo principal efecto consiste en la tentativa de evitar lo que llama caracteres aversivos del ambiente; reacondicionando adecuadamente estos procesos conductuales. Así, la conducta no es ningún proceso interno, sino que es la acción del organismo ante las condiciones del mundo exterior, por esto considera Skinner que «no existe el hombre autónomo». Profesores de Harvard, también seguidores de estos postulados, los hermanos Schwitzgebel crearon los sistemas telemáticos de reacondicionamiento de conducta precedente de los nuevos artilugios penitenciarios telemáticos.

5 Las posibilidades de utilización de la resocialización como una parte del sistema autoritario de reacondicionamiento de conductas es puesta de manifiesto por Foucault con su famoso concepto de «cuerpos dóciles». Mediante los sistemas de control social (entre los que la prisión ocupa un lugar preeminente) se busca un encauzamiento de los comportamientos individuales anómicos por medio de la disciplina y corrección tratando de obtener un cuerpo manipulable afín a los intereses de las castas o grupos dominantes.

6 Vid. Nistal Burón, F. J., «El régimen penitenciario: Diferencias por su objeto. La retención y la custodia/ La reeducación y la reinserción», Cuadernos de Derecho Judicial Núm. 33, Madrid, 1995, págs. 133-134.

ensalzar⁷. Aunque un numeroso frente doctrinal ataca el postulado resocializador configurándolo como un «peligroso mito»⁸, la aceptación de la resocialización parece compatible con la idea de «mejora cualitativa en la existencia del infractor», no como objetivo, sino como tendencia en un Estado Social. En este sentido, cierta doctrina⁹ ha promovido en nuestro país una rehabilitación centrada, más que en el sujeto como infractor, en el «hombre integral», en beneficio simultáneo de éste y de la sociedad. Tras primera reforma acaecida en 1987, la nueva versión de las Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa fue aprobada en enero de 2006¹⁰ (relativa a la ejecución de la pena privativa de libertad), la nueva normativa asume y es consciente de las críticas concernientes al presunto fracaso de las pretensiones resocializadoras y a las tendencias institucionalizadoras que aparecían como

L A
ACEPTACIÓN
DE LA
RESOCIALIZACIÓN
PARECE
COMPATIBLE CON
LA IDEA DE «MEJORA
CUALITATIVA EN
LA EXISTENCIA DEL
INFRACTOR»

indiscutibles en otra épocas. Por otro lado, se busca procurar un marco normativo positivo que confiera derechos concretos.

Entre la segunda y la actual versión de las Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa fueron aprobadas buen número de recomendaciones del Comité de Ministros relativas a la política y práctica penitenciaria en diferentes materias; así, sobre educación, control de enfermedades y problemas de salud, personal penitenciario, etc.¹¹.

Pórtico de las Reglas (en esta última versión) son nueve principios fundamentales que inciden esencialmente en el mantenimiento y respeto de los derechos de los reclusos sobre la base del principio de reinserción y la adaptación, en la medida de lo posible, de la vida en prisión a los aspectos positivos de la vida en el exterior; normalización en la expresión utilizada por Mapelli Caffarena¹², y

7 Así, Ferrajoli sostiene: pena mantenga una finalidad pedagógica junto a la retributiva, la jurisdicción penal, en su conjunto, y la jurisdicción de vigilancia en particular, vienen abocadas a cumplir asimismo una «función reeducativa o pedagógica», pues tan reeducativo, legalmente hablando, es el hecho de su imposición (o la aplicación de otras penas alternativas o de medidas alternativas), como el de control de su cumplimiento. Se tenga o no clara conciencia de ello, todos los integrantes de la jurisdicción penal están atrapados por esta esquizofrenia». (Vid. Ferrajoli, L., *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 410).

8 Tras el artículo doctrinal de G. Bettiol en 1964 «Il mito della rieducazione» en *Sul problema della rieducazione del condannato*, Ed. Milani, Padua, se derivó una intensa artillería doctrinal en el mismo sentido.

9 Así, Herrero Herrero, C, *Delincuencia de Menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, Dykinson, 2ª Ed, Madrid, 2008, pág. 249.

10 Comité de Ministros del Consejo de Europa, 11 de enero de 2006, Recomendación Rec (2006)2E. Es interesante apuntar que en junio de 2008 se hizo público el documento sobre el desarrollo y aplicación de esta Recomendación poniendo de manifiesto las disparidades existentes en los diferentes países miembros del Consejo de Europa.

11 Rec (1989)12, Rec (1993) 6, Rec (1997)12, Rec (1998)7, Rec (1999) 22, Rec (2003)22, Rec (2003) 23.

12 Vid. Mapelli Caffarena, B., «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», *Revis-*

que trata de eludir las connotaciones autoritarias y manipuladoras que pudiera comportar la expresión¹³ especialmente la acepción constitucional de reeducación, que entre adultos resulta notoriamente inapropiada.

Como apunta este autor, en consonancia con las previsiones de reinserción «la cárcel debe ser un reflejo de la sociedad libre. No hay razón para que la vida dentro de una prisión se trate de prisionar y, sin embargo, si existen muchos argumentos a favor de su normalización social», siendo elemento determinante para ello «reforzar unas relaciones fluidas sociedad / prisión».

Prescindiendo, en parte, de la idea de la resocialización, se busca más modernamente la normalización penitenciaria¹⁴. De esta forma, la Regla 5ª («La vida en la prisión se adaptará en la medida de lo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior de la prisión») se convierte en el auténtico eje en torno al cual deben resolverse los grandes y los pequeños problemas de la ejecución penitenciaria.

Con relación a la anterior versión de estas reglas llama la atención, entre otras cuestiones, el proceso de personificación que se produce («Las personas privadas de libertad deben ser tratadas en el respeto de los derechos del hombre» -Regla 1ª-) así como la desaparición de sus principios fundamentales de la finalidad reinsertadora hasta este momento contenido en la regla tercera. Para Téllez Aguilera esta desaparición o abandono de la finalidad reinsertadora sería fruto de la concurrencia de diferentes elementos entre los que cabría destacar, en el marco de una crisis de la ideología del tratamiento penitenciario, la falta de concreción de los fines asignados al mismo o el caótico panorama de los medios a aplicar así como la falta de evaluación del fruto del trabajo¹⁵.

Con una perspectiva, ciertamente crítica, refiere este autor que la aprobación

ta Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Núm. 8, 2006.

13 Como dice García-Pablos al menos evitar que desocialice más a la persona. Reclamar hoy una cárcel más digna, más humana y más justa, no necesariamente significa la creencia de que puede «cambiar individuos», sino que la privación de libertad es el castigo -y nada más- y que por consiguiente deberá lucharse contra los efectos negativos de la misma (Manual de Criminología, Introducción y teorías de la criminalidad, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1988, págs. 115 y ss). En el mismo sentido González Navarro critica las potestades administrativas tratamentales pues implican un «dominio del hombre mediante la obtención de un saber de su pasado, de su presente y de su futuro». («Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», Vol. II, Estudios sobre la Constitución Española, Cívitas, Madrid, 1991, p. 1133).

14 En este sentido Giménez-Salinas afirma que: «Reclamar hoy una cárcel más digna, más humana y más justa, no necesariamente significa la creencia de que puede «cambiar individuos», sino que la privación de libertad es el castigo -y nada más- y que por consiguiente deberá lucharse contra los efectos negativos de la misma. Giménez-Salinas i Colomer, Esther, «Penas privativas de libertad y alternativas», Cuadernos de Derecho Judicial nº 9, La individualización y ejecución de las penas, 1993, pág. 120. El art. 4 del Reglamento Penitenciario español de 1996 establece que la actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad de los internos y los derechos e intereses legítimos de los mismos no afectados por la condena, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

15 Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa, cit., págs. 7 y ss.

de la nueva versión de las Reglas Penitenciarias no ha sido fruto en modo alguno de la mejor ciencia penitenciaria sino por el contrario del «pulso tembloroso de políticos timoratos» articulándose un texto que converge alrededor de dos elementos diferenciados, la «potenciación regimental» y la «relativización de derechos y garantías»; la «huella del Derecho Penal del enemigo ha llegado al humanista Consejo de Europa, ahora totalmente despreocupado de los temas tratamentales»¹⁶.

En el seno de la Unión Europea, y en conjunción con la actuación del Consejo de Europa, es importante apuntar que la deficitaria situación de los sistemas penitenciarios ha llevado a proponer, por más que no parece viable en modo alguno a medio plazo, la articulación de una Carta penitenciaria europea común a todos los países del Consejo de Europa, sobre la base de una contribución común de los Estados miembros de la Unión.

La Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del Parlamento Europeo así lo recomendó en su Informe sobre los detenidos en la Unión Europea¹⁷.

Dicha Carta, según se proponía en dicho Informe, habría de incluir normas precisas y obligatorias para los Estados miembros relativas tanto al momento de la detención como al de la reclusión stricto sensu.

Así, por ejemplo, cuestiones relativas a las actividades de reeducación, instrucción, rehabilitación y reinserción social y profesional, a la separación de detenidos en función de las categorías, a las comunicaciones, acceso a la información, sanidad o a la propia formación del personal penitenciario. Y de igual forma la adopción de iniciativas a escala de la Unión para garantizar a los diputados individuales la prerrogativa de visitar e inspeccionar los lugares de detención así como a los diputados europeos en el territorio de la Unión y la reestructuración y modernización de los centros. Mucho más recientemente podemos apuntar igualmente la Recomendación del Parlamento Europeo, de mayo de 2009, destinada al Consejo, con relación al desarrollo de un espacio de justicia penal en la Unión Europea, en donde se apunta que al tener que estar basado éste en el respeto de los derechos fundamentales debe adoptarse sin dilación medidas para establecer normas mínimas sobre las condiciones de detención y prisión y un conjunto común para la Unión Europea de derechos de los detenidos.

Anteriormente, la Resolución del Parlamento Europeo de hace una década sobre las condiciones carcelarias en la Unión (organización y penas de sustitución) donde, sobre la base de la preocupación por «las muy desfavorables condiciones que siguen existiendo en un gran número de centros penitenciarios europeos» se solicita a los Estados miembros la aplicación íntegra de «las disposiciones de las normativas penitenciarias del Consejo de Europa, en particular, las relativas a las exigencias mínimas de salubridad» y asimismo la previsión de «posibilidades de

¹⁶ Íbidem.

¹⁷ Informe con una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre los derechos de los detenidos en la Unión Europea, 24 de febrero de 2004.

trabajo y de actividades formativas en estos establecimientos con el fin de preparar la vuelta de los presos a la vida civil, que tengan en cuenta su entorno familiar, y que protejan su salud, en particular, frente al sida y a las toxicomanías» y que «las medidas alternativas a la prisión y las penas de sustitución sean objeto de una concertación permanente entre los profesionales en los Estados miembros»; o la casi coetánea sobre las malas condiciones de detención de las cárceles de la Unión por la que se solicitaba que los Estados hicieran todo lo posible para la aplicación de las Normas Mínimas del Consejo de Europa en todas las cárceles, pidiendo asimismo de forma más específica la no aplicación de tratos humillantes ni vejaciones a las mujeres encarceladas.

En esa misma estela hay que destacar la propia actuación desarrollada desde la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en orden a lo apuntado anteriormente: la articulación de una Carta Penitenciaria Europea en conjunción con la Unión Europea; así, en 2004 cabe citar la Recomendación 1.656 relativa a la situación de los reclusos en Europa donde se planteaba esta recomendación; también podemos citar la Recomendación 1.747 de 2006 que ha retomado esta cuestión por causa de la preocupante situación de las prisiones en buena parte de los países europeos. Se pretende de esta manera involucrar a la Unión Europea en el diseño de la carta con la participación del Parlamento Europeo y la Comisión. Junto a ello se apunta la posibilidad de articular un observatorio de prisiones.

No obstante, como ya hemos referido, no parece tener viabilidad alguna a día de hoy por la inexistencia de consenso en la materia como así se ha puesto de manifiesto recientemente al hilo de algunas preguntas parlamentarias.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa todo este acervo garantista aparece incardinado, como Derecho positivo en el Derecho de la Unión. Así el art.6.3 establece que: «el artículo 6 del nuevo Tratado de la Unión Europea (mismo número en la versión consolidada) (artículo 1§8 del Tratado de Lisboa): «los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

3. CÁRCEL Y MARGINACIÓN SOCIAL

La idea de que la población carcelaria se recluta como un fracción de un detritus humano que la sociedad capitalista va generando por su propia dinámica de funcionamiento, como un elemento necesario para que los grupos dominantes alcancen su objetivo, proviene del siglo XIX, ya desde los primeros albores del capitalismo. No hemos de olvidar que la cárcel no custodial¹⁸ y el capitalismo

18 La privación de libertad como castigo es una concepción relativamente reciente en el Derecho Penal. Durante la Edad Media imperan la tortura, los castigos corporales y la pena de muerte. Las

aparecen coetáneamente tras las cenizas de las guerras napoleónicas.

Aunque equiparar sin más delito con pobreza es un ejercicio simplista de maniqueísmo lo cierto es que la correlación entre estos dos factores es una variable que no es posible dejar de lado y resulta preciso analizar. Se ha señalado hasta la saciedad, pero no debemos olvidarlo, que el sistema penal recluta su clientela de modo preferente entre las franjas menos cualificadas de la clase trabajadora¹⁹, proceso de selección que se agudizaría incluso en los sujetos a régimen cerrado, de esta forma, la cárcel como dispositivo excluyente centra su actuación sobre los grupos excluidos y genera más exclusión²⁰.

Bajo ciertas corrientes criminológicas (como el labelling approach²¹) se enfatiza cómo el proceso de criminalización y descriminalización aparece diseñado de arriba hacia abajo, en perjuicio de la voluntad general y de las costumbres consagradas por la sociedad; los intereses de las autoridades gubernamentales son conducidos a través de las campañas publicitarias, al encubrir las causas reales del fracaso de la administración del sistema penal. Los objetivos principales e inmediatos del proceso de descriminalización, siempre están volcados al vaciamiento, de la sobrecarga del sistema punitivo, y generar determinada impunidad, o apariencias artificiales de control y de Justicia igualitaria.

prisiones son concebidas como lugares de contención donde detener al reo a la espera de juicio o de ejecución. La cárcel surge del fracaso de las penas corporales. Así en el s. XVIII decía Von Hentig: «La pena privativa de libertad no tiene una larga historia. El arco de la pena de muerte estaba excesivamente tenso. No podía contener las tensiones, ni garantizaba la seguridad. La picota fracasaba tratándose muchas veces de delitos leves o de casos dignos de gracia, porque la publicidad de la ejecución daba más lugar a la compasión que al horror».

19 Así Chapman y los autores de la denominada teoría del conflicto enfatizan como nuestra cultura patrocina un concepto de criminal predeterminado y artificial. Bajo la línea de pensamiento conocida como labelling approach la diferenciación entre delincuente y no delincuente, depende de la suerte económico-social de cada individuo, en relación al tratamiento diferenciado recibido por los agentes del sistema de Justicia, sea formal (vinculados a inmunidades legales) o informal (tráfico de influencias y privilegios). La teoría del etiquetamiento, o labelling approach, y, en general, los aportes del interaccionismo nos indican cuáles son las reglas que determinan, oficial o no oficialmente, la atribución de la calidad de criminal. El estatus de delincuente no es una entidad preconstituida respecto al derecho coercitivo, sino una característica atribuida por este mismo aparato de control. Entonces lo «desviado» es aquello que la sociedad o los «otros» definen que es o bien su contenido.

20 Sobre estas cuestiones, recomendamos la lectura de los trabajos de Ríos Martín, J. C. y Cabrera Cabrera, P., *Mirando el abismo. El régimen cerrado*, Universidad Pontificia, Madrid, 2002; *Mil voces presas*, Universidad Pontificia, Madrid, 1998.

21 Resulta destacable el trabajo de O. Kirchheimer quien en su libro *Punishment and Social Structure* llama la atención de cómo ciertos enunciados provenientes del derecho penal no se cumplen en la realidad o bien estos postulados no alcanzan su finalidad; el derecho penal no defiende a todos los individuos y los bienes en los cuales están interesados todos los individuos, sino por el contrario, de forma desigual; el estatus de criminal tampoco es igual para todos ni está preconcebido sino que es generado por distintas estructuras (sociales y económicas) institucionalizadas. Se manifiesta así la desigualdad existente entre el derecho formal y sustancial, y aplican la misma teoría social (crítica) a la criminología. (Rusche G., Kirchheimer, O., Melossi, D., *Punishment and social structure*, Columbia University Press, New Brunswick, 2003, págs. 233-268.

Como se puso de manifiesto en el Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea «Las cárceles están llenas de hombres y mujeres con ingresos a menudo muy inferiores a los fijados por el umbral de pobreza, analfabetos o con poca instrucción, sin empleo estable, sin referencias morales o cívicas, que han perdido los vínculos familiares o afectivos y que, a menudo, incluso antes de convertirse en delincuentes, son ya víctimas de la delincuencia. Una aplastante mayoría (noventa y cinco por ciento) de los presos presenta al menos tres de los cinco criterios citados anteriormente. Se diría que la sociedad los castiga por actos contra los que no ha sabido protegerlos cuando ellos mismos han sido víctimas»²².

4. LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL RECLUSO BAJO EL CERCO CARCELARIO

Como sostiene Tamarit Sumalla²³, la naturaleza de la prisión como «institución total» (a la par que voraz), acaba imponiendo su propia lógica, según la cual el individuo debe adaptarse a un medio diferente al del mundo exterior, hecho que comporta una desocialización respecto del medio que después tendrá que volver. No es lo mismo ser un buen preso que ser un buen ciudadano. Concepción Arenal, ya en 1891, recelaba de los «buenos presos», seres serviles y sumisos en prisión que cuando volvían a la sociedad volvían a su antiguo rol delincencial.

Junto a ello, otra cuestión relevante: resocialización vs. desocialización²⁴. Quizá, siendo realistas, el objetivo de las prisiones sería ya no resocializar (por imposible) sino aspirar a que las sanciones penales y, especialmente la pena privativa de libertad, no desocialicen más a la persona que queda sometida a ella²⁵.

Los centros penitenciarios «mecanismo excluyente por excelencia, a los que afluyen los grupos más excluidos y marginales de nuestra sociedad, lejos de reducir la exclusión social, no hace sino colaborar activamente a consolidarla, intensificarla y reproducirla día tras día»²⁶.

La reclusión, en ese entorno anormal que suponen los centros penitenciarios, conlleva habitualmente, entre otros efectos, la ausencia de control sobre la propia

22 Informe sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, 22 de octubre de 1998.

23 Vid. Tamarit Sumalla, J.M., Curso de Derecho penitenciario, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 33.

24 Desde 1958, D. Clemmer ya conceptualizaba este aprendizaje de «prisonalización» o «aculturización» y Goffman, en 1961 pasó a calificar de «desculturización» el recibimiento de valores considerados negativos por la sociedad libre, correspondiente a la pérdida de autodeterminación que genera en el interno; según V. Fox, crea una «personalidad institucionalizada».

25 En ese sentido, Olarte Hurtado, A. Alternativas a la cárcel en Euskadi: el trabajo en beneficio de la comunidad. Colección Derechos Humanos. Francisco de Vitoria. Vitoria: Ararteko, 2006, pág. 35.

26 Cabrera Cabrera, P.J., «Cárcel y exclusión», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 35, 2002, págs. 83 y ss.

vida, estado permanente de ansiedad, ausencia de expectativas de futuro, ausencia de responsabilidad, pérdida de vinculaciones o alteraciones en la afectividad²⁷; en palabras de Ríos Martín y Cabrera Cabrera, estamos ante un medio de carácter esencialmente antiterapéutico, enormemente desequilibrador y estresante²⁸. El denominado efecto de prisionización, concebido como la «habitación del recluso a una serie de usos y costumbres propios del entorno carcelario, parece integrar todas estas consecuencias principalmente perjudiciales para la salud mental del recluso»²⁹.

La prisión, sobre todo en el caso de estancias prolongadas, suele comportar que la persona vaya perdiendo todo lo que quizá tenía (trabajo, familia, amigos y demás vínculos o referencias sociales)³⁰.

Para Manzanos la ruptura del círculo vicioso drogodependencia, cárcel y marginación precisa medidas que atenúen las condiciones de exclusión social, la creación de itinerarios en cada área de forma integrada, sanitaria, educativa, laboral, social, judicial pero fundamentalmente en drogodependencia³¹.

5. LA MASIFICACIÓN DE LOS CENTROS PENITENCIARIOS

Como refiere Larrauri Pijoan³² la masificación comporta un triple halo de consecuencias. De un lado, comporta que las condiciones de vida de las personas presas se degraden. Ello implica que los internos penitenciarios se ven obligados a convivir en celdas o dormitorios donde se apilan, que la conflictividad se agudiza, que la posibilidad de participar en algún tipo de actividad se convierte en letra muerta de la ley y que finalmente otros derechos fundamentales que no debieran verse afectados por la condena se vean vulnerados³³.

27 Clemente, M., «Los efectos psicológicos y psicosociales del encarcelamiento», *Psicología Jurídica Penitenciaria*, Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1997, págs. 383 y ss.

28 Mil voces presas, op. cit., págs. 177-187. Desde una perspectiva más global, véase, VVAA, *Les systèmes pénitentiaires dans le monde*, Dalloz, Paris, 2007.

29 Cerezo Domínguez, A.I., «Origen y evolución histórica de la prisión», *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Cerezo Domínguez, A.I., García España, E., (Coords.), Comares, Madrid, 2007, pág. 20.

30 Walker, N., *Why Punish? Theories of Punishment Reassessed*, Oxford University Press, Oxford, 1991, pág. 37.

31 Manzanos Bilbao, C., «Violencia, salud y drogas en prisión», *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, cit., pág. 154.

32 Cfr. Larrauri Pijoan, E., «Relación entre índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: Algunas hipótesis», *La criminología aplicada II, Cuadernos de Derecho Judicial* Nº7, 1998, pág.79.

33 Así Farias describe adecuadamente las llamadas heridas de la prisión, empezando por la «ocio-sidad, llegando a la promiscuidad, la superpoblación, la macrocomunidad, la formación de grupos mafiosos, el trabajo esclavo o la irrisoria remuneración, la ley del silencio, la consecución y confección de las armas, los ataques sexuales de carácter homosexual y abusos sexuales de funcionarios a internos/as, el tráfico y uso de tóxicos, la fabricación y el uso de bebidas alcohólicas, la práctica de juegos de azar, las fugas, los motines y rebeliones, huelga de hambre en los servicios esenciales

El hacinamiento carcelario constituye también un problema para todos los profesionales que trabajan en el interior de las prisiones, desde los funcionarios encargados de la seguridad, educadores, asistentes sociales hasta el juez de vigilancia, los cuales ven su tarea dificultada por la imposibilidad de ejercer su función en unos recintos que, por lo general, están muy por encima de su capacidad. La masificación penitenciaria provoca uno de los mayores cánceres de toda institución cerrada: la ociosidad. La inacción es y ha sido un mal permanente en los centros penitenciarios. Sus consecuencias son realmente nocivas para los internos reclusos. Un centro activo proporciona tranquilidad, satisfacción y enlaza directamente con los preceptos reglamentarios de rehabilitación del recluso. En los debates surgidos en el medio penitenciario al respecto nadie cree que un centro puede estar más tranquilo y controlado si en él no se realizan actividades.

Finalmente, la masificación constituye un inconveniente para el conjunto de la sociedad que observa como el gobierno debe estar constantemente, a no ser que estemos dispuestos a convertir la prisión en un castigo degradante vulnerando la prohibición constitucional, destinando recursos a la construcción de nuevas cárceles, desviándolos de otras tareas sociales.

En definitiva, la masificación de los centros penitenciarios y el aumento continuo de los reclusos se muestra como un mal endémico en la práctica totalidad de los países europeos; más de seiscientos mil en el conjunto de la Unión Europea³⁴. Ante estos datos la búsqueda de alternativas parece cuando menos una necesidad (ya sea las penas de multas o trabajos, la mediación penal, el arresto domiciliario o la libertad vigilada, con o sin control electrónico).

Nuestras cifras son buena muestra del problema al que nos enfrentamos. Setenta y seis mil reclusos repartidos en ochenta y dos centros penitenciarios³⁵ (de los que casi la cuarta parte serían preventivos) cuando apenas una década atrás la cifra era de cuarenta y cinco mil, esto es, se ha producido un incremento de la población penitenciario en un setenta por ciento. Si consultamos las cifras que teníamos al comenzar la década de los noventa el dato resulta todavía más revelador no en vano se contaba entonces con treinta y tres mil reclusos, cuarenta y dos mil menos que ahora; el incremento hasta la fecha sería aquí de un ciento treinta por ciento³⁶.

(aquéllos que trabajan en la cocina, panadería, etc), la violencia entre los detenidos con las constantes muertes en el interior de las cárceles, las amenazas a través de las cartas, corrupción en alta escala entre los detenidos y funcionarios con discriminaciones y privilegios. (Manual de Criminología, Educa, Curitiba, 1990).

34 Lo últimos datos ofrecidos por Eurostat (junio de 2009) daban una cifra de 591.443 reclusos en el conjunto de la Unión. La cantidad es notoriamente inferior a la que presenta Estados Unidos, así Hemos de recordar que 2.050.000 se encuentran reclusos en las cárceles norteamericanas y 6.9 millones de personas se encuentran sujetas a medidas penitenciarias sobre una población global de 302.688.000 de personas (3.2% de la población adulta). (Vid. Walmsley, *World Prison Population List*, International Centre for Prison Studies, 7ª Ed., Londres, 2007, pág. 1. También Tonry, M, «Crime and Punishment in America, 1971-1996», *Overcrowded Times*, abril de 1998, pág. 15.

35 Datos de febrero de 2010 (76.227 reclusos; de los que el 92% serían hombres).

36 Desde la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se ha insistido en que las últimas reformas penales (en materia de violencia de género y seguridad vial) han supuesto un importante incre-

Una cifra de reclusos bastante pareja a la que habría, por ejemplo, en el Reino Unido (alrededor de ochenta y dos mil, con un incremento de un sesenta y seis por ciento desde 1995³⁷) pero debiendo tenerse en cuenta la mayor población de este territorio; en España la ratio población-población reclusa sería mucho más elevada encontrándonos a la cabeza de la proporción de la población reclusa con respecto a la población total. Y en lo relativo al crecimiento porcentual anual, únicamente Chipre y Luxemburgo han tenido un incremento en el último año superior a España, trece y nueve por ciento respectivamente, frente al cinco por ciento de España. A esta generalizada situación (solventada temporalmente en algunos países acudiendo a una suerte de indultos masivos que alivian la espita penitenciaria³⁸) escapa Holanda. La reforma de su Código Penal hace dos décadas permitió incidir en la sustitución del trabajo en beneficio de la comunidad antes que en la pena de reclusión; los estudios sobre la reincidencia de los condenados a aquella (un veinte por ciento inferior frente a los que lo fueron a pena de reclusión) han provocado lógicamente una mayor extensión en su uso. Esta «desocupación» ha tenido como curiosa respuesta el arrendamiento de algunos de estos establecimientos por parte de países cercanos. Bélgica, cuyos centros penitenciarios datan de principios del siglo XX y tiene un importante problema de sobreocupación carcelaria, ha acordado enviar, hasta la creación de los nuevos centros proyectados, seiscientos reclusos a una cárcel holandesa cercana a la frontera belga tratando de minimizar al máximo algunos de los problemas logísticos de una decisión de este tipo, así, por ejemplo, los del propio desplazamiento de los familiares de los reclusos³⁹. En menor medida también podemos citar a Finlandia, que al comienzo de la década de los ochenta tenía una de las tasas de encarcelamiento más altas de Europa. La posibilidad de reducir el hacinamiento carcelario cambiando mecanismos legislativos ha sido también analizada por Kuhn⁴⁰ quien, tras estudiar las diversas

mento de la población reclusa que ha venido a acentuar el problema existente. En materia de tráfico, por ejemplo, a junio de 2009, hay cerca de setecientos reclusos cuyo delito principal se encuentra relacionado con el tráfico habiéndose incrementado un ochenta y seis por ciento en apenas un semestre.

37 Vid. Story of the prison population 1995 – 2009 England and Wales, julio de 2009.

38 Podemos citar como botón de muestra los aprobados por el Parlamento italiano en 2006 con el objeto de descongestionar las cárceles; no obstante, el problema de sobreocupación sigue afectando en la actualidad al sistema penitenciario italiano debiendo destacarse el elevado número de reclusos extranjeros.

39 En este mismo país es interesante destacar la experiencia iniciada en 2006 con la cárcel de baja seguridad de Lelystad en la que se aplican técnicas de vigilancia electrónicas que proporcionan mayor movilidad a los reclusos; sobre esta experiencia, Gudín Rodríguez-Magariños, F., «La cárcel de Lelystad: otro modelo de cárcel electrónica», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 706/2006. Si en 2004, eran veinte mil los reclusos en centros penitenciarios holandeses, cinco años después la cifra ha seguido bajando hasta los dieciséis mil.

40 Vid. Kuhn, A., «Incarceration rates: Europe versus USA», *European Journal on Criminal Policy and Research*. Vol. IV/3, 1996, págs. 52 a 54. Si bien el autor destaca que estas dos medidas han comportado a veces efectos perversos. Así por ejemplo la desaparición de penas cortas de prisión conlleva en ocasiones, una elevación de las penas, y en el caso de la libertad condicional que en Austria pasó a concederse a mitad de la condena se observó que entonces se endurecían las condiciones para concederla.

medidas que ayudan a explicar la disminución de población reclusa añade, a los ya apuntados la posibilidad de incidir en los mecanismos que promueven una salida más rápida de la prisión (como por ejemplo el adelantamiento o ampliación de la posibilidad de obtener la libertad condicional) y la introducción de penas cortas. Un factor altamente representativo que repercute en esta «inflación carcelaria» viene determinado por el «recurso desmesurado a la detención provisional, que debe ser una medida de excepción de conformidad con el conjunto de los textos legislativos y las declaraciones de los ministros de cada uno de los países de la Unión, pero que, de hecho, suministra una proporción importante de efectivos de presos. En unos años la excepción se ha convertido en regla y procede frenar esta peligrosa desviación»⁴¹.

Volviendo al caso español, los datos relativos a la masificación han llevado a que el Senado instara poco tiempo atrás al Gobierno a abordar diferentes frentes de contención. Por un lado, se instó a proceder a la creación de nuevos centros penitenciarios⁴², de régimen ordinario y abierto. Por otro, incrementar la dotación humana y material de los centros tanto para reforzar la reinserción social de los internos como para mejorar las condiciones laborales de su personal. Y, por último, abordar la posible mejora de la relación de puestos de trabajo existentes en la actualidad y a la intensificación de la formación de los funcionarios⁴³.

No hay que dejar de lado aquí en todo caso lo llamativo de las cifras de encarcelamiento y criminalidad. Así, nos encontramos muy por debajo de la media en los países de nuestro entorno en lo relativo a tasas de criminalidad; por poner algún ejemplo dicha tasa es de ciento veinte en Suecia (medida por infracciones penales por cada mil habitantes), ciento uno en Reino Unido, noventa y cuatro en Bélgica, setenta y ocho en Dinamarca, setenta y seis en Alemania, setenta y cinco en Holanda, setenta y cuatro en Austria, y setenta de media en la Unión Europea; en España, se cifra en cuarenta y siete⁴⁴. Por el contrario tenemos una de las tasas de encarcelamiento más altas de Europa: ciento cuarenta y seis por cada cien mil habitantes frente a ciento veintitrés en el seno de la Unión Europea⁴⁵; las más elevadas corresponderían a algunos de los países incorporados más recientemente a la Unión; así, Estonia, Letonia, Lituania y Polonia, aunque todos

41 Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, 22 de octubre de 1998.

42 Debemos destacar la relevancia del Plan de Creación y Amortización de Centros Penitenciarios que prevé la construcción de cuarenta y seis nuevas infraestructuras penitenciarias hasta 2012.

43 Diario de Sesiones del Senado, IX Legislatura, Comisión de interior, nº 85, 2008 (sesión celebrada el 24 de noviembre de 2008.).

44 Datos tomados del Informe del Ministerio del Interior Balance 2008. Evolución de la criminalidad. Dos años antes, en 2006, la tasa de criminalidad era de 49.3, veinte puntos inferior a la media europea.

45 Informe de Eurostat: Crime and Criminal Justice, 36/2009; en septiembre de 2008 los datos ofrecidos por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias ante la Comisión de Interior hablaba de una tasa de ciento sesenta frente a ciento dos en el seno de la Unión, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008.

ellos las han venido rebajando tímidamente en los últimos años. En el caso de los países candidatos todos ellos tienen cifras inferiores a la media; Croacia, una tasa de ochenta y siete reclusos por cada cien mil habitantes, Antigua República Yugoslava de Macedonia, noventa y ocho, Turquía, ciento dos.

Esta masificación, generalizada como mal endémico, como se destaca en el

E *L NIVEL DE SUPERPOBLACIÓN EN UNA PRISIÓN, O EN UNA ZONA DETERMINADA DE LA MISMA, PUEDE SER TAL, QUE RESULTE INHUMANO O DEGRADANTE DESDE UN PUNTO DE VISTA FÍSICO*

Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea de hace una década, provoca la «imposibilidad o extrema dificultad para aplicar las medidas socioeducativas que no obstante forman parte integrante de las misiones de los centros penitenciarios;

el deterioro de las condiciones de salubridad de los centros: higiene personal y colectiva, degradación de la alimentación, actividades físicas y deportivas reducidas o suprimidas y riesgo de patologías contagiosas como, en particular, la tuberculosis; así como la aparición y desarrollo de la violencia dentro de los centros; los grupos vulnerables son los que están más expuestos a la violencia: delincuentes juveniles, criminales sexuales, extranjeros, homosexuales, etc.»⁴⁶.

Y como ha puesto de manifiesto el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura «el nivel de superpoblación en una prisión, o en una zona determinada de la misma, puede ser tal, que resulte inhumano o degradante desde un punto de vista físico», constituyendo un «fenómeno que destruye el sistema penitenciario en toda Europa»⁴⁷.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden citarse diferentes resoluciones en este sentido, al entender que las condiciones de detención, en particular el hacinamiento o masificación, unida a condiciones de luz o ventilación inadecuadas, régimen empobrecido, escasa higiene de las celdas son suficientes para causar una angustia de tal intensidad que excede el nivel tolerable de una privación de libertad, produciéndose así una vulneración del artículo 3 del CEDH⁴⁸.

Al hilo de esta idea no está de más recordar la sorprendente previsión que nos refiere Téllez sobre el ordenamiento británico en el que el acceso a mejores

46 Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, 22 de octubre de 1998.

47 Sobre esta cuestión, Ruiloba Alvariño, J., El Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Su aplicación en España, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2005.

48 A título de ejemplo, Caso Kochetkov v. Estonia, 2 de julio de 2009.

condiciones carcelarias (celdas con mayores comodidades y elusión de obligación de limpieza o similares) resultaba posible mediante el pago de una determinada cantidad de dinero⁴⁹.

Otro dato preocupante en el seno de estas prisiones masificadas, por los efectos que provoca en lo relativo al tratamiento, integración o convivencia intramuros, por mor de la mezcla de diferentes idiomas, culturas, costumbres o religiones, es el elevado número de reclusos extranjeros en prisión. Un fenómeno que es habitual en muchos países europeos (Alemania, Francia o Italia son buen ejemplo) y que ya provocaron un cuarto de siglo atrás por sus problemas subyacentes una recomendación del Consejo de Europa en la materia⁵⁰.

Dentro de la Unión Europea, España ocupa el tercer lugar con relación al número de reclusos extranjeros. Concretamente, con un porcentaje del treinta y cinco por ciento respecto de la totalidad de la población reclusa (muchos de ellos con enfermedades mentales) aventurándose que alcance el cincuenta a lo largo del presente año. No hay que dejar de lado en todo caso que buena parte de ese porcentaje deriva de que la propia condición extranjera del recluso, su habitual falta de arraigo como variable de riesgo, provoca que tengan mayores dificultades en acceder a permisos, cuestión que determina que en demasiadas ocasiones las cifras desnudas de reclusos extranjeros se interpreten en función de específicos parámetros que vinculan sin más inmigración y delincuencia⁵¹.

El problema es claro en múltiples aspectos partiendo de uno especialmente básico, el desconocimiento de la lengua de muchos de estos reclusos unido al contraste de códigos culturales diferentes⁵². Fuera de la Unión Europea, Suiza es quizá el país que más elevado porcentaje de extranjeros tiene en sus centros penitenciarios. Desde la década de los noventa oscila entre el setenta y el ochenta por ciento de su población penitenciaria. Por otro lado, aunque no entraremos en ello, es preciso apuntar igualmente la situación preocupante, de gran opacidad en muchas ocasiones, de los centros de internamiento de extranjeros⁵³.

La tendencia actual va dirigida a la expulsión⁵⁴ que no viene configurada como una pena sino como una medida de seguridad o un sustitutivo penal sui generis en el que están presentes no sólo consideraciones de política criminal de acuerdo a

49 Vid. Tellez Aguilera, A., Las nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa, cit., pág. 32.

50 Rec (1984) 12.

51 Sobre esta cuestión, García España, E., «Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria», Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 4, 2003, págs. 43 y ss.

52 Con la cuestión religiosa como tema de fondo, pueden apuntarse los sucesos de la prisión de Topas, de todos conocidos.

53 En España el debate se ha suscitado recientemente con ocasión de la reforma de la llamada Ley de Extranjería pretendiendo alargarse el plazo de internamiento a sesenta días y especialmente con las graves deficiencias de los centros de internamiento.

54 Es sobradamente indicativa de esta tendencia, la Circular 1/2010 de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras que contiene las «Instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la LO 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería y recordatorio de otras actuaciones.

los fines específicos del Derecho penal, sino también y de manera muy destacada, consideraciones de política de control de los flujos migratorios.

6. LA PARTICULAR PROBLEMÁTICA DE LAS MUJERES RECLUSAS

Como refiere Bueno Arús⁵⁵, siempre ha llamado la atención el hecho de que, aunque la población femenina supere a la población masculina, las cifras de delitos cometidos por las mujeres o el número de internas en los establecimientos penitenciarios son muy inferiores a las correspondientes cifras referidas a los hombres. Un análisis pormenorizado de las estadísticas⁵⁶, nos demuestra que la proporción de mujeres con respecto a los varones es extraordinariamente baja en todos los países. No obstante, si analizamos la evolución en Europa resulta evidente que en la mayoría de países ha habido un ligero aumento. Ahora bien, los porcentajes deben analizarse con cautela ya que hablamos de cifras muy pequeñas. Aumentos de la población carcelaria femenina en un cincuenta por ciento o más apenas representa uno o dos puntos porcentuales en el total de la población reclusa.

El delincuente tipo ha sido y sigue siendo varón (porcentajes ligerísimamente superiores al noventa por ciento) aunque se está incrementando en los últimos años. Apenas representan el cuatro o cinco por ciento de la población reclusa europea; a título de ejemplo, Suecia -5,7%-, Alemania -4,3%-, Bélgica -4,3%- Inglaterra -4,1%- Italia -4,1%-, Francia -4%-, Grecia -3,7%-, Polonia -2,9%- e Irlanda -2,3%⁵⁷.

El Derecho positivo va orientado a evitar situaciones de desigualdad material. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de las Naciones Unidas, aprobadas por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957, establecen que «No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo ... » (Regla 6.1), que «En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes ... » (Regla 23.1) y que

55 Vid. Bueno Arús, F., «La mujer y el sistema penitenciario», *Revista del Poder Judicial*, Núm. 39, 1995, p. 69. Como refiere el autor numerosas son las explicaciones que se han dado para resolver este fenómeno, ya en el siglo XIX, Lombroso, quien, desde una perspectiva antropológico-social, lo fundamentaba en el hecho de que, entre las mujeres, «la prostitución reemplaza completamente a la criminalidad», por lo que, «si la prostituta se contara en la población criminal, la criminalidad de los sexos se equilibraría, notándose, quizá, hasta cierto predominio en la mujer». En cierto modo, la legislación penal española anterior al régimen democrático parecía apoyar esa cuasiequiparación lombrosiana de la prostitución a la delincuencia, desde el momento en que aquella, aun no tipificada en el Código Penal, constituía un supuesto de medida de seguridad por peligrosidad criminal (Leyes de 4 de agosto de 1933 y 4 de agosto de 1970) o de internamiento administrativo en centros dependientes de llamado Patronato de Protección a la Mujer (Decreto de 6 de noviembre de 1941 y Ley de 20 de diciembre de 1952).

56 En este sentido, Giménez-Salinas i Colomer, E., «Mujeres delincuentes: del mito a la prisión», *Revista del Poder Judicial* Núm. 48, 1997, págs. 271-273.

57 Véase, Leganés Gómez, S., «Mujer y Prisión», *La Ley Penal*, nº 59, 2009.

«Cuando se permita a las madres reclusas conservar un niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil...» (Regla 23.2). El art. 13.1 de la tercera versión de las Normas Penitenciarias Europeas refiere que la normativa europea debe ser aplicada «con imparcialidad, sin discriminación alguna fundada en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otro tipo de opiniones, la procedencia nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, las condiciones económicas, el nacimiento o cualquier otra situación»⁵⁸.

Los problemas subyacentes a esta reclusión, que revisten especiales peculiaridades son de diferente tenor: asistencia sanitaria, situación de las madres con hijos, mantenimiento de los vínculos familiares por la mayor dispersión existente en este colectivo, a título de ejemplo.

Ello llevó a la aprobación por parte del Parlamento Europeo de un Informe dos años atrás que abordó la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios. En él, se pide a los Estados mejorar las condiciones de detención de las mujeres, adoptar las medidas necesarias para garantizar un orden satisfactorio en los centros poniendo fin a las situaciones de violencia y abuso a las que son especialmente vulnerables, atender las necesidades específicas en materia de higiene, etc., todo ello dentro de una genérica incorporación de la dimensión de género en sus políticas penitenciarias⁵⁹.

En el caso de España de los setenta y seis mil presos que en la actualidad tenemos repartidos en nuestros ultra masificados centros penitenciarios apenas el ocho por ciento (no llegan a seis mil) son mujeres. Se encuentran «recluidas en espacios insuficientes, no ideados para mujeres ni adecuados a sus circunstancias personales», especialmente porque no pocas de ellas son madres con hijos dentro de la prisión⁶⁰. Insuficiencia de espacios que provoca, por ejemplo, que no se respeten habitualmente criterios de separación dentro de los centros (preventivas, penadas, jóvenes, adultas...). El Plan de Creación y Amortización de Centros Penitenciarios pretendió abordar alguno de estos problemas, en concreto el aspecto relativo a las reclusas con hijos, no en vano está previsto crear cinco unidades para la estancia de mujeres con hijos menores⁶¹. El objetivo es claro: mejorar la vida de esos niños, dentro de la máxima normalidad posible, potenciando su integración en la sociedad.

58 Paralelamente, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966: «Todas las personas son iguales ante la ley... La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo... ».

59 Informe sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar, Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, 15 de febrero de 2008; véase, también, la Regla 34 de las Reglas Penitenciarias Europeas.

60 Mujeres privadas de libertad en los centros penitenciarios de Andalucía, Defensor del Pueblo de Andalucía, 2006.

61 Concretamente en las comunidades de Andalucía, Baleares, Canarias, Madrid y Valencia.

7. SALUD MENTAL Y CENTROS PENITENCIARIOS

A) Enfermos mentales en centros penitenciarios; un fracaso de la sociedad del bienestar⁶².

El criterio rector en este grave problema⁶³ viene reflejado en la Regla 12.1 de la tercera versión de las Normas Penitenciarias Europeas que preceptúa que los enfermos mentales cuando su estado de salud sea incompatible con la detención en una prisión deberán estar ingresados en un establecimiento especial concebido a tales efectos.

En el caso español, como ha señalado Mercedes Gallizo, la sanidad penitenciaria debe prepararse para liderar una segunda desinstitutionalización del enfermo mental. La reforma psiquiátrica de los años ochenta sacó a los pacientes crónicos de los manicomios defendiendo que las instituciones asilares no eran las adecuadas para el tratamiento del enfermo psiquiátrico. Desgraciadamente, las prisiones se han convertido en nuevos asilos para trastornados mentales. Si los manicomios no eran la solución, menos aún lo son los establecimientos penitenciarios, aunque estemos asumiendo con la mayor profesionalidad esta tarea. Es una reflexión que debe hacerse la sanidad pública y para la que tenemos que tener estrategias de prevención, de actuación y también de integración»⁶⁴.

En este sentido, la tercera versión de las Normas Penitenciarias Europeas no son ajenas a esta problemática precisa que «si estas personas fueran, no obstante, excepcionalmente detenidos en una prisión, su situación y sus necesidades deben de estar regidas por unas reglas especiales» (Regla nº 12)⁶⁵.

Mas la excepcionalidad termina por convertirse en regla, determinando ello la necesidad de proceder a una mayor atención para evitar su marginación o discriminación derivada de su mayor vulnerabilidad. Más aún cuando quizá, aquí enlazamos con lo apuntado anteriormente, resulta evidente que la reclusión en el centro penitenciario no es lo más adecuado desde perspectiva alguna (asistencial, de reinserción, etc.). Como ha señalado recientemente nuestro Defensor del Pueblo, son personas doblemente vulnerables por su discapacidad y por su situación de privación de libertad⁶⁶; si cuando hablamos de personas con discapacidad estamos en un ámbito de ejercicio de los derechos en que resulta preciso una garantía reforzada al encontrarnos en una «zona sensible» por afectar a colectivos que precisan atención especialmente cualificada para evitar

62 Nos servimos para el título de este apartado de la rúbrica de un reciente informe publicado en la materia elaborado desde la Asociación pro derechos humanos de Andalucía: Enfermos mentales en las prisiones ordinarias: un fracaso de la sociedad del bienestar.

63 Más en detalle, Reviriego Picón, «Centros Penitenciarios y personas con discapacidad», En torno a la igualdad y a la desigualdad, Sánchez, S. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2009, págs. 195 a 213

64 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008.

65 Véanse, asimismo, las Reglas 39 y ss relativas a la sanidad penitenciaria; en especial, las Reglas 40.4, 42.3.b, 42.3.h y 47.2.

66 Así se expresaba en el prólogo al libro Las personas con discapacidad en el medio penitenciario, CERMI-CINCA, Madrid, 2008, págs. 7 y ss.

su marginación o discriminación⁶⁷ esto se acentúa en el caso de las personas que se encuentran internas en los centros penitenciarios, dentro del marco de una relación de sujeción especial. Apuntar por último que en España, en 2006, vio la luz el Programa de Intervención diseñado por la Comisión de estudio sobre el abordaje de los internos con discapacidades intelectuales, físicas o sensoriales cuyo elemento principal gira en primera instancia en la detección ya en el ingreso en el centro penitenciario ya en un momento posterior⁶⁸. No obstante, como se ha destacado, si bien la creación de un programa específico por parte de la administración penitenciaria ha supuesto un paso fundamental, ahora resta lo más complicado, su efectiva implantación y consolidación; idea a la que añade que a pesar de este gran avance, el verdadero éxito se producirá cuando se potencie la prevención primaria reduciendo el fenómeno delictivo en las personas con discapacidad intelectual y cuando no sea necesario hablar de programas dentro de los centros penitenciarios porque no ingresen en prisión y se les aplique medidas alternativas o ingresos en centros específicos para su cumplimiento⁶⁹.

En los casos de eximente completa, la propia Jurisprudencia del TEDH, concretamente de las sentencias Winterwerp, Luberti, X⁷⁰ y Ashingdane, señalan como condiciones mínimas las siguientes: Salvo en casos de urgencia, debe haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haber demostrado ante la autoridad competente por medio de un dictamen pericial médico objetivo la existencia de un trastorno mental real. El trastorno mental debe revestir un carácter o una amplitud que legitime el internamiento. El internamiento no puede prolongarse válidamente sin que persista dicho trastorno. Finalmente, en los años setenta se inició un movimiento de corte humanitarista orientado a cerrar los antiguos psiquiátricos. Sin embargo, este movimiento desinstitucionalizador de la sanidad psiquiátrica no derivó en una atención más humana y especializada que la que hasta ese momento se había venido ofreciendo sino que por el contrario avocó muchas de las cuestiones al marco sancionador y al de los centros penitenciarios⁷¹.

67 Vid. Pérez Luño, A. E., «Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad. A propósito de una convención internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad»; Campoy Cervera, I., (Ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 35.

68 Documentos penitenciarios, nº 5, Madrid, 2006.

69 Vid. García Miranda, V., «La discapacidad intelectual en el medio penitenciario», Carcedo González, R. y Reviriego Picón, F. (Eds.). *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*: Amaru, Salamanca, 2007, pág. 54.

70 También es necesario destacar que hay que establecer un control, al prever, obligatoriamente, un control judicial periódico sobre el sujeto una medida de seguridad de internamiento, pues como señaló la STEDH de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra el Reino Unido): «un enajenado detenido en un establecimiento psiquiátrico por una duración ilimitada o prolongada tiene en principio el derecho, al menos en ausencia de control judicial periódico y automático, de interponer a intervalos razonables un recurso ante un Tribunal para impugnar la legalidad de su internamiento...».

71 Vid. Nistal Burón, F. J., «La discapacidad psíquica en sede de ejecución penal. Principio de resocialización», *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 9, 2008.

B) Los suicidios en los centros penitenciarios.

Vinculada íntimamente a esta cuestión se encuentra uno de los problemas de primer orden en los centros penitenciarios europeos: el elevado número de suicidios de los internos. El impacto psicológico que lleva asociada la reclusión, se une al hecho de que «las prisiones son depositarias de grupos tradicionalmente considerados vulnerables en lo que se refiere a las tasas altas de suicidio, tales como jóvenes, enfermos mentales, marginados sociales, toxicómanos»⁷²; debiendo añadirse, claro está, la masificación de aquéllas. La situación es especialmente preocupante en Francia, un país que tiene un grave problema de sobreocupación carcelaria y cuya tasa de suicidios es cercana a veinte por cada diez mil internos –ciento quince suicidios en 2009-; la más alta de la Unión Europea; en otros países de la Unión, como Alemania o Gran Bretaña, sin llegar a los niveles del país galo, resulta asimismo preocupante.

En España, para tratar de abordar este problema, existe un Programa Marco de Prevención de suicidios. Dicho Programa estableció la figura de los internos de apoyo (alrededor de mil en nuestros centros penitenciarios) que vienen desempeñando un papel muy relevante en esta prevención al estar pendientes de forma continua de los reclusos que pueden tener algún riesgo en este sentido de conformidad. Estos internos deben presentar una adecuada capacitación, actitud y motivación, situación estable en el Centro, buen comportamiento y sin traslado previsible; asimismo debe restarles para el cumplimiento definitivo o fecha de concesión de la libertad condicional, un tiempo superior a un año y no deben haber sido sancionados ni tener en su historial autolesiones o tratamiento psiquiátricos continuados por enfermedad psiquiátrica; lógicamente también quedan excluidos los reclusos consumidores de drogas. Desde la articulación de esta figura se ha reducido sensiblemente el número de suicidios en prisión.

La eficacia del programa llevó a que en noviembre pasado el Secretario de Estado de Justicia francés visitara diferentes centros penitenciarios españoles a la búsqueda de «recetas» exportables para reducir el número de suicidios en sus centros.

C) Drogas y centros penitenciarios.

Íntima vinculación, con lo hasta aquí abordado, tiene el tema de las drogas en prisión; una realidad palpable y un problema de compleja resolución al que deben hacer frente los sistemas penitenciarios europeos.

No se puede comprender la situación real de la prisión sin cerciorarse de los problemas de drogodependencias y, como ha detallado el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías en el último informe publicado, en general existe un escaso desarrollo de programas de atención en prisión⁷³. En todo caso,

⁷² Instrucción 14/2005 (programa Marco de Prevención de Suicidios), Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

⁷³ Informe 2008. El problema de la drogodependencia en Europa (Observatorio Europeo de las

en los últimos años han sido varios los países (seis en total) que han reformado recientemente su normativa en orden a permitir los mismos; a título de ejemplo, Dinamarca lo ha hecho otorgando a los reclusos que fueren consumidores de drogas la posibilidad de recibir atención de forma gratuita.

En el caso de España se calcula que el setenta por ciento de los presos es drogodependiente⁷⁴ existiendo programas de tratamiento de desintoxicación y deshabitación que son utilizados por un buen número de reclusos. Desde los años ochenta⁷⁵, una de las vertientes más exitosas, a la par que más complicadas, para la resocialización viene erigida con el empeño del abandono del consumo de las drogas pues una vez que se ha derribado el fundamental y troncal problema el resto de los factores va cayendo paulatinamente cuan castillo de naipes.

Según datos dados a conocer por la titular de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias en su comparecencia ante la Comisión Mixta para el Estudio del Problema de las Drogas, en 2008 se produjeron alrededor de cuatro mil incautaciones de droga en los centros penitenciarios; en 2004 apenas llegó a dos mil incautaciones. Entre 2004 y 2007 se han producido ciento sesenta y nueve fallecimientos por consumo de drogas; más de cuarenta anuales⁷⁶. Desde Instituciones Penitenciarias se están potenciando programas de intervención psicosocial en reclusos en tratamiento de metadona o programas de deshabitación.

Algunos países (Inglaterra, Chequia, Escocia) prevén por razones de seguridad y salud la posibilidad de someter a determinados grupos de detenidos a pruebas de detección de consumo de drogas⁷⁷.

No hay que dejar de lado que muchos de estos reclusos sufren asimismo problemas de salud vinculados a su consumo y a su dependencia; así, hepatitis B y C o el VIH/Sida. En el caso de España los programas de prevención han reducido de manera importante los internos afectados por estas enfermedades (por ejemplo mediante los -realistas- programas de intercambio de jeringuillas). Al hilo de esta cuestión, es interesante destacar que en abril del año pasado, España fue condenada

Drogas y las Toxicomanías).

74 Datos tomados de las Jornadas XX aniversario del Servicio de Asesoramiento a Jueces e Información y Atención al Detenido Drogodependiente celebradas en octubre de 2009. Sobre esta misma cuestión, con más lejanía en el tiempo, véase los datos recogidos por Gudín Rodríguez-Magariños, F., Retos del Derecho Administrativo penitenciario frente al siglo XXI, UNED, Madrid, 2004. (Tesis Doctoral no publicada).

75 En aquella época en EE.UU se aplicaron diferentes programas (la comunidad terapéutica conocida como Stay N Out, el Lantana, Cornerstone, en Estados Unidos, y el Programa Educativo para Prisiones de la Universidad Simon Fraser, Canadá) han obtenido índices de reincidencia muy bajos (16%). Los elementos comunes encontrados en estos programas que pueden contribuir a su éxito incluyen: enfoques multifacéticos, suficiente duración e intensidad del tratamiento, admisión temprana en el mismo, personal dedicado y bien entrenado, y cooperación con el resto de la institución.

76 No se incluyen en esta estadística los fallecimientos producidos en las prisiones de Cataluña.

77 Informe 2007. El problema de la drogodependencia en Europa (Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías).

por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por la muerte de un recluso, enfermo de SIDA, para el que la familia había solicitado en su momento la libertad condicional por su estado de salud. La resolución del Comité obliga al Estado a ofrecer a los familiares del fallecido «una reparación apropiada, incluida una indemnización adecuada a la violación que se ha producido»⁷⁸. Finalmente el consumo prolongado de drogas, toda adicción de larga duración a sustancias estupefacientes susceptibles de causar un grave daño a la salud, supone para el que la padece necesariamente unas graves alteraciones psíquicas a la par que complicaciones de tipo físico, suficientemente destacadas por la jurisprudencia⁷⁹.

8. LAS ALTERNATIVAS A LA RECLUSIÓN Y LA REVOLUCIÓN TELEMÁTICA

La idea básica que preside los medios telemáticos como medios sustitutivos de la prisión viene enlazada a la idea que preside y justifica la probation. La ratio iruis de esta institución anglosajona consiste en la consideración de que para lograr la rehabilitación de la persona puede ser más efectiva el que la persona fuera supervisada en su propio entorno y ayudada por un agente de probation, de cara a llevar una vida sin delitos, que la entrada en prisión⁸⁰.

Como apunta certeramente Bueno Arús se tiene tan enraizada la idea de que la prisión constituye una institución arraigada en nuestro sistema social de premios y castigos que nos cuesta un verdadero esfuerzo reflexionar sobre el carácter histórico de la misma derivada de la evolución racionalizadora del derecho punitivo; evolución que todavía persiste no faltando las voces que postulan su supresión⁸¹. El hecho de que históricamente se haya contado con lugares de retención de las personas acusadas o culpables de la comisión de un delito no implica que su concepción haya sido siempre la misma⁸².

No obstante esta idea, lo cierto es que los sistemas penitenciarios europeos están potenciando desde tiempo atrás, con importantes diferencias entre unos y otros sistemas, el incremento de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad

78 Para un estudio más profundo de este caso, véase, Nistal Burón, F.J., «Las muertes por enfermedad en prisión. Los elementos esenciales definidores de la responsabilidad de la Administración penitenciaria (a propósito de la condena del Comité de Derechos Humanos de la ONU a España por la muerte de un recluso por SIDA)», *La Ley*, 7215, 2009.

79 STS 628/2000, (2ª), de 11 de abril, (Jiménez Villarejo). Sobre este tema vid. Nistal Burón, F. J., *El tratamiento de los delincuentes toxicómanos: comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2000, de 11 de abril*, *Revista de Estudios Penitenciarios*, Núm. 248, 2000, págs. 193-203.

80 Vid. McWilliams, W., «The Mission Transformed: Professionalisation and Probation Between the Wars», *The Howard Journal of Criminal Justice*, Núm. 24, Vol. 4, págs. 257-274.

81 «Prólogo», Téllez Aguilera, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998, pág. 11.

82 Téllez Aguilera, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Edisofer, Madrid, 1998, pág. 23.

antes que optar por la pena de reclusión; una experiencia que está teniendo una valoración general muy positiva. Inglaterra, Francia y Alemania son los países en los que se está haciendo un uso más extenso de esta figura⁸³.

En España se está haciendo todavía escaso uso de esta modalidad existiendo una deficiente oferta de plazas por partes de las diferentes administraciones. Contemplada como pena leve (de uno a treinta días) o menos grave (de treinta a ciento ochenta días) no puede imponerse contra la voluntad del penado, y obliga a su cooperación (no retribuida) en determinadas actividades de utilidad pública⁸⁴. Estas pueden ser de muy diverso tenor, especialmente las vinculadas con el delito cometido. Sostenía el juez Holmes⁸⁵ que la vida del Derecho no ha obedecido a la lógica sino a la experiencia y esto se hace especialmente patente en la evolución del Derecho penitenciario. En la última década se ha producido un incremento exponencial de las medidas alternativas. Específicas reformas legales que han transformado determinadas faltas en delitos tienen buena parte de culpa. De menos de mil personas condenadas en el año 2000 al cumplimiento de medidas alternativas se pasó a cuarenta mil en 2008⁸⁶, y ochenta mil en 2009⁸⁷; la gran mayoría por delitos de tráfico. Porcentualmente, comparando las cifras de personas sometidas a medidas alternativas con las que se encuentran en prisión, no es de las más elevadas de Europa, encabezando la lista los países escandinavos.

Como ha apuntado Mercedes Gallizo «nuestra gran tarea pendiente es en parte también una tarea pedagógica hacia la sociedad en general y hacia las instituciones en particular, que es el convencimiento de que un sistema penal alternativo es realmente eficaz en la consecución de la paz social, es más sano desde la perspectiva de una ética social y más productivo económicamente mas ello solo es posible desde la corresponsabilidad de las diferentes administraciones»⁸⁸.

Si hablamos de crisis de los sistemas penitenciarios indefectiblemente tenemos que hacer referencia a los medios telemáticos como alternativa a la pena de prisión. Lo que hace años se antojaba pura ciencia ficción es hoy una realidad consolidada, con múltiples ramificaciones y perspectivas.

83 Dentro de la amplia bibliografía existente sobre esta cuestión, véase, a título de ejemplo, Albrecht, H.J., Kalmthout, A., (Eds), *Community sanctions and measures in Europe and North America*, Iuscrim, Freiburg, 2002; una breve reseña comparatista en nuestra doctrina puede verse en, Branderiz García, J.A., *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 23- 39; también, Téllez Aguilera, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid, 2005.

84 Código Penal (arts. 33 y 49).

85 Cit. en Schwartz, B, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Civtas, Madrid, 19990, pág. 61.

86 Véase, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008.

87 Los últimos datos de que tenemos noticia (junio de 2009) cifran en 84.326 las personas que están cumpliendo medidas alternativas (cifras dadas a conocer con ocasión de las XVIII Jornadas de los magistrados de Vigilancia Penitenciaria).

88 *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Interior, IX Legislatura, 30 de septiembre de 2008.

Un proceso imparables⁸⁹, condicionado en buena medida por las propias tasas de sobreocupación de los centros penitenciarios y asimismo, aunque en menor extensión, por la propia bandera de la reinserción. La vigilancia telemática, que permite un control a distancia, es la alternativa principal a las penas privativas de libertad; como primera providencia implica un menor coste económico y menor necesidad de personal.

Junto a ello, y por encima de ello –destacaríamos nosotros–, permite el mantenimiento de los lazos familiares, relaciones sociales y laborales⁹⁰. Con lo que nos encontramos, sin duda, ante «una sanción más benigna y eficaz (a efectos preventivos) que los efectos resocializadores que se pueden ofrecer desde el ambiente coartado carcelario, plagado de resentimientos y de sensaciones negativas hacia la sociedad»⁹¹. De cualquier forma hay que estar atento a una utilización correcta de estos instrumentos en orden a contribuir a la justicia y eficacia del sistema jurídico⁹² y la salvaguardia de los derechos del penado.

Tres son las variables que determinarán el éxito del sistema, el personal de supervisión, los métodos y las posibilidades⁹³.

Fue Reino Unido el primer país europeo en el que se aplicaron medidas telemáticas para presos preventivos (sistema de vigilancia de arrestos domiciliarios) aunque esta experiencia, iniciada a finales de los años ochenta, no fue satisfactoria por lo rudimentario de la tecnología⁹⁴; en la década de los noventa, con la habilitante Criminal Justice Act, la situación cambia radicalmente obteniendo resultados positivos⁹⁵.

89 Como apunta González Rus, «La cuestión no es tanto pronunciarse a favor o en contra de la custodia domiciliaria bajo vigilancia electrónica, sino determinar en qué casos y bajo que garantías individuales debe producirse su incorporación al sistema penal penitenciario», (González Rus, J. J., «Control electrónico y sistema penitenciario», VII Jornadas penitenciarias andaluzas, Sevilla, 1994, pág. 84).

90 Así, Nistal Burón apunta las notables ventajas del sistema: bajo coste, evita la sobrecarga de los centros penitenciarios, que no entren en prisión individuos poco peligrosos, que el sujeto no pierda su trabajo y pueda atender las necesidades económicas de su víctima, que eluda los efectos desocializadores y que, a su vez, esté controlado por la sociedad. (Nistal Burón, F. J., «La prisión del siglo XXI», I Congreso Europeo de Derecho penitenciario, X Jornadas penitenciarias de Andalucía, Ed. Cámara oficial de Congreso e industria de Jaén, Jaén, 2002, pág. 44).

91 Vid. Gudín Rodríguez-Magariños, F., Sistema penitenciario y revolución telemática ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado, Slovento, Madrid, 2005, pág. 47; también, Otero González, M.PÁG., Control telemático de penados, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

92 Vid. Sartor, G., «Inteligencia artificial y Derecho», La crisis del Derecho y sus alternativas, Madrid, 1995, págs. 197 y ss.

93 Vid. Schoen, B., «Administrative supervision of prison administration», Monitoring Prison Conditions in Europe, Paris, 1997, pág. 93.

94 Vid. Gudín Rodríguez-Magariños, F., Sistema penitenciario y revolución telemática, cit., págs. 104 y ss.

95 Poza Cisneros y Gudín Rodríguez-Magariños resaltan que esta experiencia vino precedida de estudios rigurosos, una adecuada selección y la previsión de programas pilotos, «Las nuevas tecnologías en el ámbito penal», Revista del Poder Judicial, n° 65, 2002, pág. 262, Sistema penitenciario y revolución telemática, cit., págs. 109 y 110 respectivamente. Desde otra perspectiva Parés i Galles

A partir de este momento diferentes países europeos (los países nórdicos serán casi coetáneos al Reino Unido) continuarán esta estela pretendiendo buscar en la mayor parte de los casos una solución al problema de la sobreocupación carcelaria o utilizarlo, los menos, como instrumento de resocialización; así, Francia, Suecia, Bélgica, Holanda, Escocia, Países Bajos, Portugal, etc.⁹⁶ Dos perspectivas de acercamiento, por tanto, control vs. reinserción.

En el caso de España desde 2001 se sigue un programa de vigilancia remota de internos, mediante pulseras, permitiendo que el penado pueda dormir en su domicilio. La aplicación de este régimen (conforme dispone la Instrucción 13/2006 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias⁹⁷) encuentra justificación en «la existencia de circunstancias específicas de índole personal, familiar, sanitaria, laboral, tratamental u otras análogas que, para su debida atención, requieren del interno una mayor dedicación diaria que la permitida con carácter general en el medio abierto», aplicándose los siguientes criterios para valorar su utilización: haber obtenido una valoración positiva en las diferentes evaluaciones relativas al cumplimiento de los objetivos de su programa individualizado de tratamiento; la existencia de factores que favorezcan una integración sociolaboral y la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Es interesante destacar también que la reforma del Código Penal de hace poco más de un lustro⁹⁸ introdujo como importante novedad la «pena de localización permanente» que al decir de su exposición de motivos pretende dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología, evitándose asimismo los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios. Hay que destacar igualmente, desde el plano de la víctima, la importancia de las previsiones del artículo 48 del Código Penal, así como lo que nos puede deparar el anunciado proyecto de ley de libertad vigilada⁹⁹.

Más allá de que determinados y puntuales sucesos han sembrado la duda en un sector de la opinión pública acerca de su utilidad, lo cierto es que sus ventajas resultan evidentes (de más de siete mil penados que han hecho uso de este instrumento apenas se ha producido un fracaso de un dos por ciento) y han

apunta lo primitivo del sistema de pulseras articulado así como sus deficiencias técnicas, «Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro», Revista del Poder Judicial, n° 46, 1997, pág. 262.

96 Un detallado estudio sobre algunas de estas experiencias puede verse en Gudín Rodríguez-Magariños, F., Sistema penitenciario y revolución telemática, cit., págs. 87 a 130.

97 Con anterioridad, Instrucción 13/2001 («Aplicación del artículo 86.4 RP»), Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

98 Ley Orgánica 15/2003, de 15 de noviembre; Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; Instrucción 13/2005 («Procedimiento de Ejecución de la pena de localización permanente»), Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

99 Sobre este proyecto, véase Gudín Rodríguez-Magariños, F., «La nueva pena de libertad vigilada bajo control de sistemas telemáticos», Revista General de Derecho Penal, n° 11, 2009.

provocado que desde la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se abogue por la intensificación de su uso, no en vano los proyectos de creación de nuevos centros penitenciarios no parece que puedan resolver el grave problema de masificación existente. Ello teniendo siempre en cuenta que este instrumento tiene que asociarse a los correspondientes y necesarios tratamientos.

9. LAS TENDENCIAS PRIVATIZADORAS

La variable logística no debe dejarse de lado al abordar estas cuestiones como fácilmente puede comprenderse aunque no puede elevarse como un criterio más de las variables penitenciarias¹⁰⁰. La propia articulación histórica de las prisiones se encuentra vinculada a esta cuestión, no en vano, en palabras, nuevamente, de Bueno Arús, «el origen histórico de la prisión como pena sistemática utilizada responde a la aparición de las Sociedades mercantilistas en el marco de los estados renacentistas o prerrenacentistas; la prisión existe cuando hay dineros para edificar prisiones, y no solo como una exigencia principal de la filosofía ilustrada o de las doctrinas correccionalistas»¹⁰¹.

En España en 2005 se aprobó el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios (proyectado hasta 2012) que tendrá un coste de más de mil millones de euros en la presente legislatura¹⁰² (los presupuestos de este año han recogido un incremento de un seis por ciento en materia penitenciaria). Un proyecto de ampliación de plazas que, no obstante, con las cifras de crecimiento anual que se producen, a largo plazo resultará insuficiente. Hasta el momento ya han sido cuatro los centros penitenciarios finalizados, a lo que habría que unir trece centros de inserción social.

El coste diario de mantenimiento de un recluso, más aún en épocas de crisis, suele ser objeto de intenso debate. Recientemente, los datos publicados por Corrections Corporation of America, que gestiona de forma privada, con importantes beneficios, más de sesenta centros penitenciarios en Estados Unidos, han llevado a la comparación de ese modelo con el modelo o modelos europeos. La comparación, no obstante, se ha hecho en términos meramente económicos, coste de un recluso en una prisión vs. coste de un recluso en otro; una cifra desnuda

100 En el área penitenciaria, resultan muy esclarecedoras las palabras del conde de Torrealanz, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia, en su defensa ante la Cámara de Diputados del Proyecto español de 8 de enero de 1900 sobre la implantación de la condena condicional, señalando que ésta «es una de las cosas que pueden estudiarse y ponerse por obra sin gastar dinero. No nos equivoquemos: nuestro punto de vista ha de ser siempre no gastar dinero», (Por cit. Maqueda Abreu, M. L., Suspensión condicional de la pena y probation, Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 38).

101 «Prólogo», Téllez Aguilera, A., Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad, Edisofer, Madrid, 1998, pág. 13.

102 Los nuevos centros se ubicarán en Andalucía, Castilla y León, Ceuta, Islas Canarias, Murcia, Navarra, Valencia y País Vasco.

que no abunda en ninguna otra cuestión: programas de tratamiento, condiciones de vida, alimentación, higiene, salud, etc.¹⁰³ No parece que este sea un adecuado elemento comparativo cuando menos desde los patrones de la reinserción y la protección de los derechos fundamentales.

Las Reglas Penitenciarias Europeas no son ajenas al debate sobre la introducción del sector privado en el ámbito penitenciario y señalan así (Regla 88) que «En aquellos países que contemplen la posibilidad de que existan prisiones regidas por sociedades privadas, en dichos establecimientos deben de aplicarse íntegramente las Reglas Penitenciarias Europeas».

En muchos países esta tendencia es ya una realidad y comienza a debatirse en otros tantos su adopción, sobre la perspectiva de la eficiencia económica¹⁰⁴.

Los factores económicos constituyen una variable más, un componente más de la vida cuya importancia no debe ser ninguneada en pro de altruismos vacuos, tampoco cabe extrapolarlos hasta el paroxismo dándoles un protagonismo excesivo que no poseen, o que no deben poseer en el marco de una sociedad democrática avanzada¹⁰⁵. Como ya apuntamos no creemos que nos encontremos ante un buen elemento comparativo adecuado salvo que dejamos de lado la orientación de las penas hacia la reeducación y reinserción social¹⁰⁶. Como se ha señalado, en una idea que compartimos, «la privatización implica un pasaje hacia un sistema de control más impersonal y automatizado, en el cual los niveles de persona se reducen al máximo, a fin de maximizar beneficios. Existe poco interés intrínseco en las organizaciones privadas por suministrar a los internos programas constructivos y beneficiosos. Los contratistas privados no tienen mucho interés en reducir los niveles de reincidencia, por el contrario, es más probable que ellos se beneficien del reciclaje de prisioneros»¹⁰⁷. Junto a ello, un peligro: la eventual modificación de las leyes penales para favorecer la privación de libertad a la «busca» del negocio; en palabras de Sanz Delgado «El negocio estaba hecho. Y eso ha sido así en los Estados Unidos de América y en otros ordenamientos afines»¹⁰⁸.

103 Como muestra, un botón: a la par que se publicaba esta «cuenta de resultados» una Comisión Federal sobre Violaciones en las prisiones estadounidenses ha dado a conocer que más de sesenta mil reclusos son violados cada año.

104 Matthews, R., *Privatizing criminal justice*, Sage, London, 1987; Vagg, J., *Prison Systems*, Clarendon Press, Oxford, 1994, en nuestra doctrina, ofreciéndose un estudio histórico y comparatista de la participación privada en el ámbito penitenciario, véase, Sanz Delgado, E., *Las prisiones privadas. La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Edisofer, Madrid, 2000.

105 Sobre el coste de un recluso en España vid. «Mantener un preso en España es un 46% más caro que en EEUU», *Libertad Digital*, 26 de junio de 2009.

106 Sobre las consecuencias de la privatización en las condiciones de las prisiones véase, Lukemeyer, A., Mc Corkle, R.C., «Privatization of prisons», *The American Review of Public Administration*, vol. 36.2, 2006, págs. 189 y ss.

107 Matthews, cit. en Rivera Beiras, J., (Coord.), *Política criminal y sistema penal*, Anthropos, 2005. Véase, también, Del Rosal Blasco, B., «La privatización de las prisiones. Una huida hacia la pena de privación de libertad», *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, num 12, 1998 (nº extraordinario).

108 Sanz Delgado, E., «Las prisiones privadas. Una solución insatisfactoria al problema penitenciario», *La El rapto de Europa*, 2007, págs. 31 y ss.

Compartimos así las reflexiones plasmadas en el Informe del Parlamento Europeo sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea que apuntaba en su momento que resulta «extremadamente peligroso y totalmente contrario a las costumbres europeas que el Estado deje de interesarse por la suerte de sus presos y subcontrate la administración de sus centros penitenciarios a empresas cuyos intereses no coinciden exactamente con los intereses de toda la sociedad. Evidentemente no se trata de criticar la subcontratación, mediante licitación, para el suministro de servicios como las comidas, el lavado y el planchado, el mantenimiento de los locales, etc. Pero, la ejecución de las largas penas previstas por la ley no debe ponerse en manos de empresarios que suministran un servicio con el fin de obtener beneficios. Las leyes generales del mercado tienen sus límites en ámbitos que se refieren a la cohesión social de un país, a lo que ésta tiene de verdaderamente fundamental. Digámoslo claramente, there are things that money can't buy»¹⁰⁹.

10. LA MEDIACIÓN PENITENCIARIA

Últimamente numerosos sectores doctrinales¹¹⁰ se hacen eco de las bondades de la mediación penitenciaria. Sin embargo, sus posibilidades de erigirse como eje del sistema de alternativas prisionales aparecen, a priori, tan loables como limitadas.

El perdón no puede erigirse, sin embargo un objetivo frontalmente perseguido, sino en todo caso, una alternativa potencial en el encuentro restaurador, por su potencial bilateralmente benéfico¹¹¹.

Es innegable que la víctima, la misma se libera, al otorgarlo, del poder negativo de la ofensa, en tanto el infractor experimenta un sentimiento de re-instalación cívica (se habla gráficamente de cerrar el círculo). El perdón potenciado en el proceso restaurativo se distingue conceptualmente del acto de condonar, excusar u olvidar. Puede manifestarse de modo explícito o implícito, pero nunca ser forzado artificialmente ni, menos aun, venir impuesto a la víctima en nombre de ningún credo cívico religioso¹¹².

109 Informe sobre las condiciones carcelarias en la Unión Europea: reorganización y penas de sustitución, Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores, 22 de octubre de 1998.

110 Vid. Petrucci Carrie, J., «Apology in the Criminal Justice setting: Evidence for including Apology as an Additional Component in The Criminal System», Behavioral Sciences and the Law, 20, 2002, págs. 337 y sigs.

111 Sobre los logros de este sistema vid. Ríos Martín, J.C., / Olavarría Iglesia, T., «Conclusiones del curso de mediación civil y penal. Dos años de experiencia. 2.ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos», La mediación civil y penal. Un año de experiencia, Estudios de derecho Judicial, nº 136, 2007, págs. 253-302.

112 Una delimitación del sentido y función del perdón en la justicia restaurativa en Peterson Armour M/ Umbreit, M. S., «Victim Forgiveness in Restorative Justice Dialogue», Victim and Offenders, 2006, págs. 123-140.

Tres tipos de sistemas¹¹³ se perfilan en la práctica internacional, con variantes respecto a su alcance, participantes y la función del mediador o facilitador: la conciliación víctima-ofensor, al abrigo del principio de oportunidad (en Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Austria y España); los «parlamentos o comités de grupo familiar» (Family Group Conferencing), en Nueva Zelanda y Australia, y los «Círculos o asambleas de individualización» (Circle Sentencing) en Canadá, donde, junto al juzgador y al abogado defensor, se sienta un conjunto de personas involucradas –víctima, ofensor, servicios sociales, o representante comunitario que coadyuvan a la determinación de una sanción reparatoria¹¹⁴.

Sin embargo, no podemos olvidar, que el art.8.3 de la referida Directiva constituye un obstáculo, casi insalvable, para la aplicación de técnicas mediadoras en el campo penal pues en su art.8.3 preceptúa la necesidad de evitar el contacto entre víctima y procesado en las dependencias judiciales, salvo que el proceso penal lo requiera, disponiendo de lo necesario para que las dependencias judiciales estén provistas de espacios de espera reservados a las víctimas y de otro lado el art. 8.4 instaura el derecho de la víctima a garantizar, cuando sea necesario para su protección, sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, permitiendo que las mismas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar este objetivo, por cualquier medio compatible con los principios fundamentales de su Derecho. En definitiva, las lógicas garantías de alejamiento entre víctima y ofendido parecen poco compatibles con la excitación a buscar sistemas neutros de corte restaurativo y será la experiencia la que nos muestre lo viable que puede llegar a ser este sistema, pues demanda un alto grado de paciencia, madurez y solidaridad en las víctimas con sus agresores. De otro lado, se exige por parte del responsable un reconocimiento de la comisión del hecho punible que muy raramente es reconocido por el delincuente atendiendo a las consecuencias negativas que tal hecho le pudiera reportar¹¹⁵.

113 Vid. «Comparison of models», Restorative Justice, Australian Institute of Criminology, 2006.

114 La normativa internacional se hace eco de esta iniciativa y se puede resumir en la siguiente: Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4 de noviembre de 1950; Recomendación R (83),7 de 23 de junio de 1983 del Comité de Ministros del Consejo de Europa; Recomendación R (85) II de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal; Recomendación R (87) 21 del 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la «asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización»; Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del Abuso de Poder de 1985; Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) (Diario Oficial n.º L 082 de 22 de marzo de 2001 p. 0001-0004) . Es de reseñar que la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, establece que «los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales (...), pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de mayo de 2006» (arts. 10 y 17).

115 Decía Mittermaier que la confesión es un hecho antinatural pues nadie en su sano juicio se expondrá ante un hecho que le pudiera reportar consecuencias negativas. La mediación se basa no sólo en la superación del resentimiento de la víctima sino también, y esto es importante, en el

Otra de las pegas que se opone al sistema es que en los delitos públicos nunca es fácil concretar el número de personas afectadas por su radio de acción pues se tiende a generar una conmoción social, no sólo un daño particularizado a una víctima concreta¹¹⁶.

Finalmente otro elemento nada desdeñable, es que la doctrina victimológica deshecha por arriesgado esta práctica (en cuanto a que pudiera reportar consecuencias viciosas en la mente de la misma) en los delitos con sangre, (no sólo el homicidio), en los delitos con la libertad sexual y en muchas estafas (este último en cuanto al alto grado de resentimiento que el engaño sufrido genera).

11. CONCLUSIONES

El análisis de la situación de los diferentes sistemas penitenciarios europeos revela la existencia de numerosas carencias: masificación, hacinamiento, falta de medios materiales y personales, conflictividad, ausencia de confianza en el sistema, etc. Esta situación resulta común a la totalidad de los sistemas continentales, por más que existen notables diferencias entre unos y otros especialmente significativas en el caso de algunos de los países incorporados a la Unión en los últimos años. Por citar algún ejemplo de nuestros países cercanos, que no son en todo caso los que peor situación reflejan, cabe destacar que tiempo atrás el Senado francés elaboró un informe sobre sus centros penitenciarios. El título no puede resultar más ilustrativo: las prisiones, una humillación para la República¹¹⁷. Varias fueron las propuestas articuladas en dicho informe: luchar contra la masificación penitenciaria, rehabilitar y mejorar las instalaciones penitenciarias, favorecer el trabajo penitenciario con la reinserción del recluso como norte, etc.; pese a los esfuerzos en la actualidad la situación sigue siendo muy deficitaria¹¹⁸. Un informe elaborado recientemente por el Observatorio Internacional de Prisiones ha destacado problemas de hacinamiento, violencia, degradación de las condiciones sanitarias así como un permanente aumento del número de suicidios. Portugal tampoco ha salido bien parado en un reciente informe elaborado este año por el Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa: denuncias de malos tratos a los internos, connivencia de funcionarios en el tráfico de drogas, etc. Un

reconocimiento de su ilícito por parte del autor.

116 Junto a los perjudicados, el sentido amplio ha de hacerse extensivo a lo que podemos llamar víctimas colectivas, indirectas o reflejas. Así Beristain refiere los supuestos de delitos terroristas en los que los sujetos pasivos (los heridos o fallecidos) son en cada caso un número mayor o menor, pero limitado, mientras que las víctimas que hemos dado en llamar indirectas o reflejas pueden ser muchas más. En algunas ocasiones, dice, «pueden ser miles los militares o los periodistas que ante el asesinato de un militar o un periodista por la banda terrorista se sientan directamente aterrorizados, victimizados. (Beristain Ipiña, A., «¿La sociedad/ judicatura atiende a «sus» víctimas/ testigos?», Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XV, La victimología, CGPJ, 1993, pág. 186).

117 Prisons: une humiliation pour la République (Rapport n° 449 -1999-2000).

118 Véase, «Les prisons francaises parmi les pires d'Europe ?», L 'humanité, 11 de junio de 2009.

informe que también recoge un dato terrible y nos pone de manifiesto el carácter «desocializador» de sus centros penitenciarios: un elevado porcentaje de los reclusos drogodependientes no lo eran antes de su entrada en los mismos.

Desde antiguo existe una marcada tendencia negativa (el ya famoso *nothing works* de Martinson¹¹⁹), de carácter fatalista, a desoír cualquier intención de ayudar a ciertos colectivos, desentenderse de los factores psicosociales que les impulsaron al crimen y marginalizarlos bajo un oprobioso manto de silencio. Como advierte Ruthford¹²⁰: «las personas encargadas del sistema penal perpetúan el mito de que las prisiones están gobernadas por fuerzas más allá de su influencia y control. (...) Las estrategias que podrían evitar el crecimiento de la población reclusa son ignoradas y las personas encargadas prefieren continuar como si no existieran opciones políticas».

En síntesis, sólo advirtiendo que la población reclusa crece como consecuencia fundamental de una opción de política criminal, de marcado carácter defensivo, que va orientada a privilegiar el uso de la pena de prisión como si fuera la única pena posible, y no como consecuencia del incremento de delitos, podremos empezar a discutir cómo reducir el hacinamiento penitenciario con el convencimiento de que ello no alterará el índice de delitos ni en consecuencia la seguridad de las personas.

El sistema penitenciario español no es ajeno a esta crítica generalizada. No obstante, lo cierto es que puede afirmarse sin dificultad que nuestro país se encuentra sin duda en el pelotón de cabeza, siendo un claro referente en multitud de cuestiones, infraestructuras, seguridad, programas de tratamiento, actividades¹²¹, etc. No obstante esto, aquí conviene ver el vaso medio vacío para poder seguir avanzando en todas las cuestiones pendientes, que son muchas, pudiendo citarse entre ellas, en nuestro caso concreto, la salud mental penitenciaria¹²².

119 Vid. Martinson, R., «What Works? Questions and Answers About Prison Reform», *The Public Interest*, Núm. 35, págs. 22-54. Tras la nihilista consigna de que «nada funciona», lejos de lograr imprimir un impulso positivo a la producción de nuevas y versátiles ofertas rehabilitadoras que pretendía el autor, su artículo contribuyó a que la Criminología, y de ahí, a la ley y al Derecho penitenciario, se vieran, imbuidas del desánimo, encaminadas hacia soluciones retributivas de signo neoclásico, así como al recurso a la pena de prisión con miras estrictamente inocularizadoras. Sobre el enorme impacto científico de las conclusiones del ensayo de Martinson, vid. ampliamente Cullen; Francis T y Gendreau, Paul, «Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas», trad. Christopher Birkbeck, *Justicia Penal Siglo XXI, Una selección de Criminal Justice 2000*, Barberet, R., / Barquín J., Eds. Granada 2006, págs. 278 y sigs. Posteriormente, y bajo la misma égida negativa, ¡ Marc Ancel en el seno de II Centenario de la «Société Générale des prisons» formula la teoría de «la política de tratamiento ha fracasado» que reforzó en gran medida los posicionamientos ideológicos de carácter retribucionista como el denominado «movimiento de la ley y el orden».

120 Vid. Ruherford, A, *Prison and the Process of Justice. The Reductionist Challenge*. Oxford University Press, Oxford, 1986, pág. 171.

121 No podemos dejar de recordar los módulos de respeto del Centro Penitenciario de Mansilla de las Mulas (León) y las unidades terapéuticas y educativas (UTEs) del Centro penitenciario de Villabona (Asturias).

122 Las conclusiones de la II Conferencia Temática Mundial de Psiquiatría Legal y Forense han

Hacemos nuestras las palabras de Téllez Aguilera y García Arán cuando afirman, respectivamente, que el mejor sistema penitenciario no es el que potencia más sus aspectos represivos sino el que, sin dar la espalda a estos, los regula haciéndolos compatibles con los derechos de los internos¹²³ y que no existe un buen sistema de ejecución penal sin buen sistema de penas; cualquier buena intención o propuesta de mejora del entorno penitenciario tiene los días contados si el sistema penal en su conjunto sigue optando por la cárcel como la principal respuesta frente al delito si se deja dominar por la siempre irracional reivindicación de la retribución y el castigo¹²⁴.

Bajo un prisma democrático, enderezado a la defensa de los derechos fundamentales, la prisión y las penas en general no deben convertirse en los instrumentos útiles para mejorar la sociedad, actúan simplemente como un procedimiento para paliar los aspectos más negativos de la convivencia, una *ultima ratio*¹²⁵. Será la educación, la formación, la apuesta por la libertad, la autorresponsabilidad individual y la concienciación social en los valores positivos y constructivos la que nos sirva para edificar una nueva sociedad¹²⁶.

No obstante, aunque sea una función secundaria, el castigo ejerce una función dentro del desenvolvimiento de la sociedad moderna. Por mucho que se critique lo cierto es que ninguna sociedad ha logrado funcionar sin la existencia de sistemas negativos de control y por mucho que se afirme que la «cárcel ha fracasado» no es menos cierto que es una institución que aparece, en mayor o en menor grado o intensidad, pero universalmente en todo el planeta como vehículo para mantener un determinado niveles de convivencia ordenada. Como refiere Garland¹²⁷, todas las instituciones involucran costos sociales y tienen un éxito limitado en la consecución de sus múltiples objetivos; nuestro juicio sobre su desempeño depende de que comprendamos las metas y las expectativas que se les atribuyen.

Por lo tanto, tal como sostenía Durkheim¹²⁸, el delito aparece como un hecho

destacado las serias deficiencias en materia de salud mental penitenciaria en nuestro país destacándose la labor desarrollada en otros como Bélgica, Canadá o Reino Unido.

123 Téllez Aguilera, A., «Aproximación al Derecho penitenciario de algunos países europeos», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n° 1818, 1998, pág. 19.

124 García Arán, M., «La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo», Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, n° 30, 2006, pág 6.

125 Así Nistal Burón afirma «Todo el dinero que se emplea en escuelas, se ahorra en prisiones». (Vid. Nistal Burón, F.J., La Opinión, domingo 20 de julio de 2008).

126 Ya afirmaba Beccaria en su celeberrimo Tratado de los delitos y las penas: «El fin de la pena no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a los ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales, luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo».

127 Garland, D., Castigo y sociedad moderna, Siglo XXI, México, 1999. El autor entiende que todas las instituciones sociales tienen un margen de error o ineficiencia, pero en circunstancias normales puede tolerárselo en mayor o menor grado sin cuestionar a la institución misma; si esta satisface las expectativas habituales, y si, en general, su manejo y legitimidad son indiscutibles, las deficiencias no serán importantes.

128 Vid. Durkheim, E., Las reglas del método sociológico, Ed. Orbis, Barcelona, 1985, págs. 93 a 97.

normal en una sociedad libre donde se puede elegir, ya que una sociedad abierta y plural exenta de delitos es del todo imposible, y paradójicamente el delito es una parte integrante de toda sociedad sana. Es cierto que un mundo orwelliano, de carácter totalitario donde todo está visionado y controlado el delito puede llegar a desaparecer, mas ello será a costa de sacrificar la libertad individual y de basar nuestra existencia en factores negativos como el control y la desconfianza generalizada.

La nueva Europa surge bajo la egida de las cenizas de dos guerras mundiales y un amplio abanico de desgracias desencadenadas en el marco del postrero siglo XX; todo ello ha terminado por forjar una ideología donde el respeto a los valores esenciales de una sociedad democrática (respeto mutuo, libertad, solidaridad, igualdad y justicia) han cristalizado en sus reglas de convivencia¹²⁹. Y uno de los espejos que nos sirven para observar que tales valores no son vacuos o meramente programáticos lo constituye el estado de sus prisiones y, en general, la humanidad y racionalidad¹³⁰ de su sistema de castigos.

129 Así el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de Niza de 2000 (incorporada al acervo comunitario tras el Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009) refiere que «Los pueblos de Europa, al crear entre sí una Unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes. Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación».

130 El derecho ansía y perpetúa la racionalidad en los problemas que trata de resolver. En palabras de Oliver Wendell Holmes en la sentencia *Abrahams v. United States*: «el bien común, última ratio, siempre se alcanza mejor mediante el libre intercambio de ideas; que la mejor prueba de la verdad reside en el poder de la idea para imponerse por la aceptación voluntaria y que la verdad es la única forma en que los deseos pueden llevarse a cabo con seguridad. En esto reside nuestra teoría de la Constitución».

MEDIDAS DE SEGURIDAD Y PROCESO PENAL EN COSTA RICA: ¿DE LA DISPARIDAD DE CRITERIOS A LA UNIFORMIDAD JURISPRUDENCIAL?

Frank Harbottle Quirós¹

INTRODUCCIÓN

En Costa Rica, cuando en un proceso penal se determina que una persona es inimputable –para el momento en que cometió el hecho punible no tenía la capacidad para comprender el carácter ilícito de los hechos o de determinarse de acuerdo con esa comprensión–, es posible que se le imponga una medida de seguridad, a saber: el ingreso a un hospital psiquiátrico o el sometimiento a un tratamiento psiquiátrico ambulatorio. Por ende, al sujeto inimputable no se le puede imponer una pena de prisión.

El presente artículo parte de la conocida distinción entre penas y medidas de seguridad. Se abordan diversos tópicos sobre los que existe disparidad de criterios en la jurisprudencia nacional tales como: la obligatoriedad de que los Jueces cuenten con el informe del Instituto de Criminología para imponer la medida de seguridad; la procedencia de este tipo de medidas a personas con imputabilidad disminuida; la fijación de medidas de seguridad accesorias; la posibilidad de imponer medidas de seguridad en materia penal juvenil.

Finalmente, se hace alusión a la Ley N° 8837, “Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal”, cuya

1 *Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Egresado de la Maestría de Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Defensor Público. Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

normativa entrará en vigencia a partir del 9 de diciembre de 2011, la cual de una u otra forma, le asigna a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia la labor de uniformar la jurisprudencia en materia penal, lo cual indudablemente incidirá en el tema de las medidas de seguridad.

MEDIDAS DE SEGURIDAD Y PENAS

El sistema penal costarricense divide el régimen de sanciones penales en penas y medidas de seguridad. Hoy día casi todos los códigos penales (de Alemania, de Francia, de España, de Italia, etc.) tienen un sistema llamado de doble vía o binario, que consiste en establecer penas y medidas de seguridad.²

Actualmente en nuestro país las únicas medidas de seguridad posibles son las que se imponen a las personas inimputables, las cuales han sido definidas por la Sala Constitucional como:

“medios especiales preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por las autoridades judiciales a aquellas personas que nuestro ordenamiento jurídico penal califica de “inimputables”, con el fin de “readaptarlos” a la vida social, sea con medidas de educación, de corrección o curación. Son medidas de internamiento en centros hospitalarios o centros técnicos especializados en la atención de discapacitados mentales...” () “...Suponen la separación del “inimputable” de la sociedad, como una medida preventiva en razón de la protección de la misma y como medida “curativa” para el inimputable”³.

Las medidas de seguridad y las penas presentan similitudes tales como: naturaleza punitiva, sometimiento al derecho represivo, imposición por parte de funcionarios judiciales que buscan imponer un precepto penal, responsabilidad jurídica, reacciones a una acción prohibida e imposibilidad de determinarlas discrecionalmente en respeto al principio de legalidad⁴. En razón de estas características que presentan en común, en el año 2002 la Sala Constitucional señaló:

“...Al disponer el constituyente que no se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior, no puede estimarse que el término pena lo utilice en sentido restrictivo, sea para referirse únicamente a las que aparecen en el artículo 50 del Código Penal. El término se utiliza como sinónimo de sanción y dentro de esta institución es indudable que encontramos a las medidas de seguridad...”⁵.

Ahora bien. Es evidente que el fundamento de las penas y de las medidas de

2 Castillo González, Francisco. **Derecho Penal. Parte General.** Tomo II. Editorial Jurídica Continental, San José, 2010, p. 463.

3 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 02586-93 de las quince horas con treinta y seis minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

4 Burgos Mata, Álvaro. **La Medida de Seguridad en Costa Rica.** Revista de Medicina Legal de Costa Rica N° 1, marzo de 2005, pp. 79-98.

5 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2002-10301 de las doce horas con un minuto del veinticinco de octubre del dos mil dos.

seguridad es distinto. En las primeras, es el principio de culpabilidad, mientras que en las segundas es la peligrosidad del delincuente. En este sentido, se ha dicho:

*“...las medidas de seguridad curativas y las penas tienen una naturaleza distinta, pues las primeras son medidas administrativas que sólo son procesal y jurisdiccionalmente penales, pero en modo alguno, materialmente penales, por lo que no pueden ser llamadas “sanciones” -no constituyen sanción a ninguna conducta-, pero para su imposición se requiere acreditar la existencia de un injusto penal (típico y antijurídico), ejecutado materialmente por el sujeto a quien se le impone la medida. La naturaleza de las medidas de seguridad es entonces netamente preventiva y su objetivo expresamente asistencial, pues se imponen al sujeto inimputable, quien al momento de la comisión del hecho se encontraba en estado de incapacidad psíquica para ejecutar el delito, y dependiendo, de igual forma, del grado de peligrosidad del sujeto...”*⁶.

En forma similar se ha pronunciado el Tribunal de Casación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, al afirmar:

*“...Cuando un individuo no es imputable, no sería viable realizarle el juicio de reproche, en este caso es en el que entra a regir el régimen de medidas de seguridad. El fundamento del sistema de medidas de seguridad no es la culpabilidad, sino la peligrosidad. Con estas lo que se pretende es evitar el peligro para la colectividad y su finalidad se cifra en la prevención especial. Por ello, se ha dicho que con la culpabilidad y el sistema de sanciones se mira hacia el pasado, tomando en cuenta el evento delictivo como base para medir la pena; en tanto que con el sistema de medidas de seguridad se mira hacia el futuro, tratando de evitar la reiteración del evento...”*⁷.

Se ha considerado que “la imposición de una pena a un inimputable sí viola el derecho al debido proceso”⁸, por lo que un sujeto declarado inimputable no puede ser remitido a un centro penitenciario regular, sino a establecimientos psiquiátricos en caso de internamiento⁹.

Las medidas de seguridad pueden llegar a ser incluso más perjudiciales que la pena de prisión en razón de la indeterminación temporal, y de que las personas a las que se les ha impuesto estas medidas no pueden ser objeto de ciertos beneficios, tales como el indulto, el contemplado en el artículo 55 del Código Penal y la libertad condicional que se otorgan a los reos, por tratarse de medidas eminentemente curativas y preventivas¹⁰.

6 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2008-17298 de las catorce horas y cincuenta y uno minutos del diecinueve de noviembre del dos mil ocho.

7 Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San ramón, Sección Primera. Sentencia 2008-0080 de las diez horas treinta y cinco minutos del veintinueve de febrero de dos mil ocho.

8 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 3679-93 de las nueve horas dieciocho minutos del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres.

9 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2009-04555 de las ocho horas y veintitrés minutos del veinte de marzo del dos mil nueve.

10 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2586-93 de las quince horas

De conformidad con el artículo 100 del Código Penal costarricense, las medidas curativas de seguridad presentan una duración indeterminada. La Sala Constitucional ha sido categórica en cuanto a que la indeterminación temporal dispuesta por la norma no puede considerarse como una sanción perpetua en los términos del artículo 40 de la Constitución Política, por cuanto ello obedece a que en el momento de la imposición de la medida no se sabe con certeza cuándo pueda terminar, pues dependerá de la respuesta del sujeto inimputable¹¹.

Tal y como lo expone Patricia Ziffer¹², quien es internado en un establecimiento psiquiátrico con frecuencia cuenta con menos derechos que un condenado penal, pues no pocas veces, a igualdad de delito, el tiempo de internación es mucho más prolongado que el tiempo correspondiente a una pena, pues al autor culpable le espera una pena temporalmente limitada con independencia de que los esfuerzos resocializadores durante la ejecución de la pena tengan éxito o no, situación que, en principio, no se plantea respecto de un enfermo psiquiátrico.

En relación con este punto, el artículo 478 del Código Procesal Penal refiere que el Tribunal *“Fijará un plazo no mayor de seis meses entre cada examen, previo informe del establecimiento y de los peritos. La decisión versará sobre la cesación o continuación de la medida y, en este último caso, podrá ordenar la modificación del tratamiento. Cuando el juez tenga conocimiento, por informe fundado, de que desaparecieron las causas que motivaron la internación, procederá a su sustitución o cancelación”*.

Así, el plazo de la medida debe ser establecido por el Tribunal de sentencia, no obstante, corresponde al Juez de Ejecución de la Pena revisar cada seis meses la situación particular de la persona a la que se le impuso la medida de seguridad, pudiendo sustituirla por otra o cesarla en caso de que desaparezcan los motivos que la fundaron.

Se estima que partiendo del principio de proporcionalidad, las medidas de seguridad no pueden ser de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor. En este sentido, la medida de internamiento sólo deberá aplicarse cuando la pena impuesta fuere privativa de libertad y su duración no puede exceder la de esta última.

El panorama mostrado refleja que las medidas de seguridad pueden llegar a ser más gravosas que la pena de prisión. Por ello, es necesario que en las fases de imposición y ejecución de la medida, se cumplan a cabalidad principios básicos propios de un Estado de Derecho como el costarricense, entre los que destacan: dignidad humana, legalidad y proporcionalidad. Esta labor no es ajena a los órganos de casación. De ahí la importancia de contar con una jurisprudencia

treinta y seis minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

11 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2008-17298 de las catorce horas y cincuenta y uno minutos del diecinueve de noviembre del dos mil ocho.

12 Ziffer, Patricia. **Medidas de seguridad: pronósticos de peligrosidad en derecho penal**. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp.243-244.

uniforme, respetuosa de los derechos de las personas a las que se les impone una medida de seguridad.

A continuación se procede a realizar un análisis de diversos tópicos que involucran el tema de las medidas de seguridad, en los que la jurisprudencia ha sido vacilante.

IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD. OBLIGATORIEDAD DEL INFORME DEL INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA

Los órganos de casación de nuestro país coinciden en cuanto a que resulta procedente imponer una medida de seguridad a la persona que en un proceso penal se demuestra que cometió una conducta típica y antijurídica bajo un estado de inimputabilidad.

Conforme el artículo 97 del Código Penal “...*Las medidas de seguridad se aplicarán solamente a las personas que hayan cometido un hecho punible, cuando del informe que vierta el Instituto de Criminología se deduzca la posibilidad de que vuelvan a delinquir...*”.

En nuestro medio, este numeral ha sido objeto de estudio por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, de la Sala Tercera y de los Tribunales de Casación Penal. No obstante, no existe consenso en cuanto a si para imponer la medida de seguridad necesariamente se debe contar con el informe del Instituto de Criminología, con la finalidad de determinar la “*peligrosidad criminal*”.

La Sala Constitucional ha asumido el criterio de que es necesario contar con dicho informe. Al respecto ha señalado:

*“...No a todos los inimputables se les impone este tipo de medidas, pues ello depende de su necesidad, de las condiciones personales del sujeto, con miras a la mejoría de su estado psíquico anormal, de ahí la necesidad de informe del Instituto Nacional de Criminología en el que se establezca la posibilidad de que se vuelva a delinquir en razón del estado de inimputabilidad...”*¹³.

La Sala Tercera en forma reiterada ha dicho que el informe del Instituto de Criminología es una exigencia previa para la imposición de una medida de seguridad, siendo que en los casos en que ésta se ha impuesto sin haberse recabado el respectivo informe, se ha procedido a ordenar la nulidad de la sentencia en lo que atañe a la fijación de la medida de seguridad y se ha ordenado el reenvío para su determinación conforme a derecho. Sobre este punto se ha dicho:

*“...Además de la condición de inimputable, para la aplicación de la medida de seguridad, se requiere de un pronóstico sobre su comportamiento futuro, de conformidad con el artículo 97 del Código Penal...”*¹⁴.

13 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2586-1993, de las quince horas treinta y seis minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

14 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2007-00300 de las nueve horas del veintiocho de marzo de dos mil siete.

El voto 2007-00625 se pronunció en este mismo sentido destacando:

*“...El artículo 97 del Código Penal contiene una norma general para la aplicación de las medidas de seguridad en cualquier caso. De esta se deriva que para imponer una medida de seguridad, siempre y en todos los casos ha de examinarse la posibilidad de que la persona vuelva a cometer el delito...”*¹⁵.

Esta misma Sala, en resoluciones más recientes se ha pronunciado reiterando la obligatoriedad de dicho informe¹⁶. En el fallo 2010-00763 se indicó:

*“...Por otro lado, tampoco resulta procedente obviar el recabar repetido dictamen, como lo arguye la representante fiscal, en virtud de la aplicación del principio de libertad probatoria. Su análisis deviene obligatorio, no sólo porque, en nuestro medio, el juez no se encuentra autorizado para aplicar sus propios y eventuales conocimientos técnicos en esta materia, sino, también por existir un mandato expreso de la ley, lo que precisamente constituye una excepción al principio de libertad probatoria aludido...”*¹⁷.

Por su parte, dentro del Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial se han asumido diversas posiciones con respecto a este tema, prevaleciendo la tesis sobre la obligatoriedad del informe¹⁸. En este mismo sentido el Tribunal de Casación de Cartago ha dispuesto:

*“...la imposición de la medida de seguridad...fue impuesta por la juzgadora de juicio sin tener a la vista el informe del Instituto de Criminología exigido por el numeral 97 del Código Penal, con el fin de determinar la posibilidad de que el imputado volviera a delinquir. Esta situación hace que la juzgadora no ponderara la necesidad del internamiento en un centro psiquiátrico sobre alguna base técnica. Por ello, debe declararse con lugar el motivo, y en su lugar anular el fallo parcialmente únicamente en lo que atañe a la imposición de la medida de seguridad...”*¹⁹.

Diverso ha sido el criterio sostenido por otra de las integraciones del Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial de San José, en razón de que han considerado que:

“... el Juez no está vinculado a lo que informe el Instituto de Criminología, sino

15 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2007-00625 de las nueve horas treinta minutos del ocho de junio de dos mil siete.

16 Ver en este sentido sentencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: 2009-01573 de las quince horas y treinta y siete minutos del dieciocho de noviembre del dos mil nueve; 2010-00763 de las nueve horas y cincuenta y cuatro minutos del nueve de julio del dos mil diez; 2010-01045 de las nueve horas dieciocho minutos del ocho de octubre de dos mil diez; 2011-00419 de las nueve horas y veinticinco minutos del quince de abril del dos mil once.

17 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2010-00763 de las nueve horas y cincuenta y cuatro minutos del nueve de julio del dos mil diez

18 Pueden consultarse sentencias del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José: 2010-0213 de las dieciséis horas diez minutos del veinticinco de febrero de dos mil diez; 2009-1010 de las catorce horas veinticinco minutos del catorce de setiembre de dos mil nueve; 2009-0528 de las once horas treinta y cinco minutos del veintiuno de mayo del año dos mil nueve.

19 Tribunal de Casación Penal de Cartago. Sentencias 2009-0400 de las quince horas veinte minutos del dieciséis de diciembre de dos mil nueve; 2009-0304 de las quince horas treinta y un minutos del cinco de octubre de dos mil nueve.

más bien, a la determinación real sobre la condición mental de la persona sometida a proceso penal. Claro está, que dicho informe puede resultar una herramienta útil para decidir las condiciones para fijar la medida de seguridad, pero su ausencia no hace que se convierta en ilegal esa fijación...²⁰ () “...no es posible que una autoridad jurisdiccional se condicione por lo que un órgano administrativo pueda indicar. Por el contrario, este tipo de informes si bien pueden ser útil, no deben tener un carácter vinculante sobre todo si, como en este caso, aluden a cuestiones tan subjetivas o inciertas como sería el determinar si alguien va a volver a delinquir (artículo 97 del código penal)...”²¹.

Esta última tesis fue asumida por una de las integraciones del Tribunal de Casación de Santa Cruz. Al respecto en la sentencia 191-2009 se consignó:

“...si bien es lo idóneo contar con el informe aludido, su ausencia o preterición no causa per se la nulidad de la sentencia que impuso la medida de seguridad curativa de internamiento, especialmente cuando la nulidad como fin en sí misma es un atavismo procesal...”²².

De lo expuesto, se colige que en Costa Rica existe disparidad de criterios jurisprudenciales en lo que se refiere a la obligatoriedad del informe del Instituto de Criminología previo a la imposición de la medida de seguridad, situación que evidentemente se traduce en inseguridad jurídica sobre este punto, debido a que la decisión dependerá del órgano de casación que conozca el caso concreto, e incluso en algunos casos de su integración.

Desde mi perspectiva, la normativa nacional es clara en cuanto a que para imponer una medida de seguridad necesariamente se debe contar con el respectivo informe del Instituto de Criminología.

I IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD. EL CASO DE LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

De conformidad con el artículo 42 del Código Penal patrio:

“Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes”.

²⁰ Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia 2009-1129 de las diez horas cinco minutos del nueve de octubre de dos mil nueve.

²¹ Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia 2009-1354 de las quince horas treinta y cinco minutos del siete de diciembre del dos mil nueve.

²² Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz. Sentencia 2009-191 de las nueve horas con cuarenta y nueve minutos del veinticinco de septiembre de dos mil nueve. En este mismo sentido ver voto 2010-034 de las trece horas treinta y dos minutos del quince de febrero de dos mil diez de este mismo Tribunal de Casación.

En la imputabilidad se analiza la existencia de estados psicopatológicos o anomalías psíquicas graves (enfermedad mental) de carácter orgánico o de base biológica. También se determina la existencia de trastornos, cuya causa no es orgánica o cuya base no es biológica, corporal o biológica (trastornos de la conciencia)²³.

La enfermedad mental o la grave perturbación de la conciencia pueden afectar las facultades de las personas, al extremo de que no tengan la capacidad de comprender el carácter ilícito de sus actos (aspecto cognoscitivo) o de adecuarse a esa comprensión (aspecto volitivo). Si la capacidad se excluye completamente, el sujeto es inimputable. Si la exclusión no es completa, nos encontramos ante un supuesto de imputabilidad disminuida, según el numeral 43 del Código Penal²⁴.

La normativa costarricense vigente es medianamente clara en cuanto a la procedencia de una medida de seguridad en los casos de imputabilidad disminuida, no obstante, no existe consenso en la doctrina y jurisprudencia al respecto, pues hay quienes consideran que debe imponerse una pena de prisión atenuada.

En los votos de mayoría de las sentencias 2004-214 y 2005-406, así como en los votos de minoría de los fallos 2005-537 y 2005-616 –todos del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José–, se sostuvo que cuando se determina que una persona actuó bajo un estado de imputabilidad disminuida para el momento de los hechos delictivos, lo procedente es el dictado de una pena de prisión atenuada (sentencia condenatoria).

Siguiendo esta línea, el Juez Jorge Luis Morales García ha indicado que la imputabilidad disminuida sólo puede entenderse como concepto compuesto, en el sentido de imputabilidad subsistente o reducción de la capacidad de culpabilidad²⁵.

Diverso ha sido el criterio asumido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 524-F-92, 1254-99, 2002-808, 2008-1391, 2008-317; el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José en los fallos 2002-379, 2004-365 y 2009-296 y el Tribunal de Casación Penal de Cartago en las resoluciones 2009-234 y 2009-295. En estas sentencias se ha estimado que en los casos de imputabilidad disminuida lo procedente es imponer una medida de seguridad, debiendo dictarse una sentencia absolutoria o de sobreseimiento definitivo dependiendo de la fase en que se encuentre el proceso.

De acuerdo con la Jueza Rosaura Chinchilla Calderón, bajo estos supuestos debe imponerse una medida de seguridad y no una pena de prisión atenuada, pues de lo contrario se violentaría el principio de legalidad²⁶.

23 Sánchez, C y Rojas, J (2009). **Derecho Penal. Aspectos teóricos y prácticos**. San José: Editorial Juriscentro S.A., pp. 415-416.

24 Camacho, J., Montero, D y Vargas, P (2007). **La Culpabilidad, Teoría y Práctica**. San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 92.

25 Morales García, Jorge Luis. **La imputabilidad disminuida. Una confrontación de tesis jurisprudenciales**. Revista de Ciencias Penales N° 25, mayo de 2008, pp. 125 a 139.

26 Chinchilla Calderón, Rosaura. **Principio de legalidad ¿muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en C.R.? Artículo: LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA NO PUEDE DAR LUGAR, ACTUALMENTE EN COSTA RICA, A LA IMPOSICIÓN**

Recientemente, el Dr. Francisco Castillo González ha indicado que conforme al principio de legalidad, al imputado disminuido no se le puede imponer ni una pena ni una medida de seguridad, pues en el único supuesto expresamente contemplado de imputabilidad disminuida en la normativa nacional (intento de suicidio), se tiene que la conducta no es antijurídica²⁷.

Como hemos visto, este tema ha sido ampliamente discutido en el foro nacional.

Si bien, la Sala Constitucional en la sentencia 2009-10383 afirmó que las medidas de seguridad resultan procedentes para las personas con imputabilidad disminuida –y este ha sido el criterio que aplican con mayor frecuencia en la actualidad los Tribunales de Juicio–, lo cierto es que la discusión en cuanto a este tema no está acabada.

II ¿RESULTA VÁLIDO FIJAR MEDIDAS DE SEGURIDAD ACCESORIAS?

En la sentencia 2009-0234 del Tribunal de Casación de Cartago los Jueces de forma unánime apuntaron:

“...se determina que el procedimiento que establecen los juzgadores, para imponer la medida de seguridad al acusado C. de someterse a tratamiento psiquiátrico en el Hospital Escalante Pradilla, como sustitutiva del internamiento en el Hospital Nacional Psiquiátrico, que se tiene como medida de seguridad principal, no se encuentra contemplada en los artículos 97 a 102 del Código Penal. Al respecto, el artículo 101 del mismo cuerpo legal, establece cuales son las medidas curativas que pueden imponerse, pero no autoriza la aplicación de éstas de manera alternativa, como lo decidió el tribunal de juicio en la sentencia recurrida. La interpretación que hacen los juzgadores en el fallo, en el cual expresan que aplican de esa manera las medidas curativas impuestas al acusado, ya que consideran más favorable y conveniente para éste, someterlo a un tratamiento Psiquiátrico en el Hospital Escalante Pradilla que a la medida más gravosa de internamiento en el Hospital Nacional Psiquiátrico, estableciendo que en caso de que el acusado incumpla con dicho tratamiento será sometido a la medida de seguridad principal referida, no es un procedimiento autorizado por nuestra normativa penal, de ahí que el tribunal no puede aplicar de esa forma las medidas curativas que establece el Código Penal...”²⁸.

Este criterio fue mantenido en voto de mayoría en la resolución 2009-0295, disponiéndose la obligación del Tribunal de Juicio de determinar la medida de seguridad apropiada para el caso y hacerla cumplir coactivamente. Sin embargo, en esta oportunidad una de las Juezas que integró este Tribunal de Casación salvó el voto argumentando:

DE UNA PENA ATENUADA. IJSA, julio del 2010, pp. 145 a 157.

²⁷ Castillo González, Francisco. **Derecho Penal. Parte General. Tomo II.** Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica, 2010, pp. 471-472.

²⁸ Tribunal de Casación Penal de Cartago. Sentencia 2009-0234 de las quince horas cuatro minutos del diez de agosto de dos mil nueve.

“...Es cierto que no está expresamente previsto que se pueda imponer una medida principal y una sustitutiva, como sucede, por ejemplo, en el proceso penal juvenil. Sin embargo, también es cierto que ello no es incompatible con la naturaleza misma de las medidas de seguridad y, en este caso en particular, a las condiciones propias del acusado, pues ambas son medidas curativas expresamente previstas por el legislador y su selección dependerá, en cualquier caso, de las necesidades establecidas por el padecimiento y los problemas de la persona a quien se imponen...” () “... De manera que considero que la decisión de los juzgadores no sólo está debidamente motivada, sino que toma en cuenta la naturaleza preventiva y curativa propia de las medidas impuestas, las que podrían llevar, en caso de que el criterio médico así lo establezca, al internamiento en el Hospital Nacional Psiquiátrico, posibilidad que ya deja prevista el Tribunal, aunque no sea muy clara la forma en que lo señala, lo que en todo caso puede ser subsanado en esta instancia, sin que sea por sí mismo un motivo para anular el fallo en este caso. Por ello sí creo necesario aclarar y corregir de oficio la sentencia, para establecer que la medida que se impone es la de tratamiento en el Hospital de la localidad, quedando sujeto al criterio médico y al cumplimiento del sentenciado de los tratamientos, la duración e intensidad de la misma. En caso de que los profesionales psiquiatras así lo establezcan, es posible que si esta medida no resulta suficiente, se pueda disponer el internamiento en el Hospital Nacional Psiquiátrico, como expresamente se prevé en la sentencia, todo lo cual se controlará por el Juez de Ejecución de la Pena, a quien deberán rendirse informes cada seis meses...”²⁹.

Conforme a la normativa vigente, no parece acertada la técnica de imponer una medida de seguridad principal y otra sustitutiva en los términos expuestos por el voto de minoría citado. Lo procedente es que el Tribunal fije la medida correspondiente, siendo el Juez de Ejecución de la Pena el competente para realizar la modificación o cesación conforme a la evolución de la persona a la que le fue impuesta.

III LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN MATERIA PENAL JUVENIL.

En Costa Rica, los numerales 1 y 8 de la Ley de Justicia Penal Juvenil disponen que los menores hasta 12 años de edad carecen en absoluto de imputabilidad, no pudiendo ser juzgados por el Derecho Penal.

La controversia se ha presentado en los casos en que se determina la existencia de una causa de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida en personas mayores de 12 años y menores de 18 años.

Hay quienes consideran que las normas de la Ley de Justicia Penal Juvenil por ser especiales privan sobre las normas generales del Código Penal, por lo que no

²⁹ Tribunal de Casación Penal de Cartago. Sentencia 2009-0295 de las quince horas veinticinco minutos del veinticuatro de setiembre de dos mil nueve.

es posible imponerle a una persona menor de edad el internamiento en el hospital psiquiátrico o un tratamiento ambulatorio como medida curativa³⁰.

Otros estiman que las reglas sobre la inimputabilidad e imputabilidad disminuida contempladas en los artículos 42 y 43 del Código Penal deben aplicarse en materia penal juvenil³¹.

No sólo la doctrina se encuentra dividida en cuanto a cómo se debe proceder en estos casos. A nivel interno del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José³² tampoco existe consenso en cuanto al tema.

La tesis mayoritaria considera que dentro de la justicia penal juvenil no es posible la imposición de medidas de seguridad a las personas menores de edad declaradas inimputables o con imputabilidad disminuida³³. Por su parte, por voto de mayoría, en las sentencias 2006-0917 y 2007-0116 se dispuso que es perfectamente posible aplicar estas medidas a los menores de edad³⁴.

La Ley de Justicia Penal Juvenil en su catálogo sancionatorio (artículos 121 y 123), no contempla sanciones para quien actúe bajo un estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida. A su vez, el ordinal 26 de dicha ley establece que no es posible aplicarle sanciones indeterminadas a los menores de edad, siendo que conforme el artículo 100 del Código Penal, las medidas de seguridad son de carácter indeterminado.

Lo anterior nos permite concluir que al no contemplarse en la legislación penal juvenil las medidas de seguridad, éstas no pueden ser impuestas a esta población, pues ello conllevaría a que los jueces se conviertan en legisladores y por ende, se violentaría el principio de legalidad.

IV MEDIDAS DE SEGURIDAD Y UNIFORMIDAD JURISPRUDENCIAL

En Costa Rica, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia fue creada por la Ley de Reorganización de la Corte Suprema de Justicia, N° 6434 de 22 de mayo

30 Barboza Blanco, Roy. **El internamiento de las personas menores de edad en el Hospital Nacional Psiquiátrico. Violación a los principios de interés superior y legalidad.** Revista estudios de la niñez y la adolescencia N° 2, enero-junio, 2008, pp.119-129.

31 Al respecto se refieren Castillo González, Francisco. **Derecho Penal. Parte General. Tomo II.** Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica, 2010, p. 489; Campos Zúñiga, Mayra; Vargas Rojas, Omar. **Las medidas de seguridad en materia penal juvenil.** Revista estudios de la niñez y la adolescencia No. 2, Enero-Junio, 2008, pp. 77-87.

32 Debe recordarse que a la fecha este Tribunal de Casación Penal es el único competente a nivel nacional para conocer de las revisiones y recursos de casación en materia penal juvenil.

33 Pueden consultarse entre otras las sentencias N° 2007-01506, 2005-00811, 2002-0441, 2002-0469, 2002-0470, 2002-0471, 2002-0472, 2002-0474, 2002-0475, 2002-0476, 2002-0538, 2002-0579, 2002-0854 del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.

34 Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencias 2006-0917 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del cinco de setiembre de dos mil seis, 2007-0116 de las dieciséis horas veinte minutos del dos de febrero del dos mil siete.

de 1980, la cual ha sido objeto de sucesivas reformas legales entre ellas: la Ley de la Jurisdicción Constitucional N° 7135 del 11 de octubre de 1989; Ley Orgánica del Poder Judicial N° 7333 del 5 de mayo de 1993, Ley de Reorganización Judicial N° 7728 del 15 de diciembre de 1997 y Ley de Apertura de la Casación Penal N° 8503 del 28 de abril de 2006. Desde su creación, a esta Sala se le ha encomendado conocer en sede de casación y de revisión la materia penal de adultos.

En el año 1993, mediante Ley N° 7333 se creó un Tribunal de Casación Penal (Segundo Circuito Judicial de San José), al que se le asignó la competencia de conocer los recursos de casación y los procedimientos de revisión, en los procesos penales en los que se conocieran ilícitos sancionados hasta con cinco años de prisión, así como cualquier otra sanción penal no privativa de libertad. A partir de este momento, la Sala Tercera asumió el conocimiento de los recursos de casación y revisión de sentencia, en los asuntos por delitos cuya penalidad excedía los cinco años de prisión.

Posteriormente, la Ley N° 8503, le asignó al Tribunal de Casación, entre otras competencias, conocer del recurso de casación y el procedimiento de revisión en los delitos contra la libertad sexual y los referidos a estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

Mediante sesión ordinaria de Corte Plena N° 30-2006, artículo XIX celebrada a las ocho horas treinta horas del nueve de octubre del dos mil seis, se dispuso crear el Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón. Asimismo, en sesión ordinaria de Corte Plena N° 32-2007, artículo XXXIII, celebrada a las trece horas treinta minutos del tres de diciembre del dos mil siete se crearon los Tribunales de Casación Penal de Cartago y del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Sede Santa Cruz.

En síntesis, en materia penal de adultos de inicios del año 2008 a la actualidad, conocen en sede de casación la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales de Casación del Segundo Circuito Judicial de San José, del Tercer Circuito Judicial de Alajuela (Sede San Ramón), de Cartago y del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste (Sede Santa Cruz).

Esta situación ha originado una gran disparidad de criterios jurisprudenciales a nivel nacional sobre distintos temas –entre los que destaca las medidas de seguridad–, tal y como se ha expuesto a lo largo del presente artículo.

La problemática anterior, pareciera que puede llegar a solventarse, sin embargo, no existe certeza de que la Ley N° 8837, “Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal, vigente a partir del 9 de diciembre de 2011, logre la pretendida uniformidad.

Conforme esta nueva ley, los Tribunales de Casación Penal se transformarán en Tribunales de Apelación de Sentencia, órganos jurisdiccionales colegiados encargados de conocer y resolver en alzada de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por los tribunales unipersonales y colegiados de juicio, así

como del recurso de apelación de sentencia en la jurisdicción especializada penal juvenil (artículo 4, 6 y 8).

Por ende, la Sala Tercera será el único órgano competente para conocer de los recursos de casación (procedentes contra las sentencias emitidas por los Tribunales de Apelación) y procedimientos de revisión en materia penal de adultos y penal juvenil³⁵, con competencia en todo el territorio nacional con rango superior a todos los demás (artículos 5, 6 y 8).

De esta forma, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia tendrá la tarea de uniformar la jurisprudencia en materia penal. Para lograr dicho objetivo se ha establecido como uno de los motivos de casación la existencia de un precedente contradictorio de un Tribunal de Apelación de Sentencia con otro Tribunal de la misma naturaleza, o de un Tribunal de Apelación de Sentencia con la Sala de Casación Penal (artículos 5 y 6)³⁶.

Se espera que con la implementación de la Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia podamos dejar de hablar de disparidad de criterios jurisprudenciales sobre las medidas de seguridad, para pasar a una uniformidad jurisprudencial sobre el tema. Por el momento podemos decir que el rumbo que va tomar la jurisprudencia penal en nuestro país es incierto.

REFLEXIONES FINALES

Las medidas de seguridad constituyen un tema apasionante y a su vez, poco estudiado en nuestro medio. Un vivo ejemplo de disparidad de criterios jurisprudenciales en nuestro país lo hemos encontrado en este tema.

La “indeterminación” del plazo de imposición de las medidas de seguridad debe ser entendida bajo un límite: su duración no puede ser mayor que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido. Lo anterior obedece a que en algunos casos estas medidas pueden llegar a ser más gravosas que la pena de prisión.

Se considera que, a efectos de imponer la medida de seguridad, los Jueces deben resolver tomando en cuenta (obligatorio) el informe del Instituto de Criminología del que se desprenda la posibilidad de que la persona vuelva a delinquir.

Atendiendo al principio de legalidad, pareciera ser que a como lo dispone la normativa nacional, en los casos de imputabilidad disminuida lo procedente es imponer una medida de seguridad y no una pena de prisión atenuada como ha sido regulado en otros ordenamientos jurídicos.

35 Por primera vez en la historia de Costa Rica la Sala de Casación Penal conocerá la materia penal juvenil.

36 El artículo 5 de la Ley N° 8837 introduce un título V al libro III del Código Procesal Penal, siendo que el nuevo artículo 468 se refiere a los motivos de casación entre los que se incluye la existencia de precedentes contradictorios. El artículo 6 de esta misma ley adiciona el numeral 116 bis a la Ley 7576, Ley de Justicia Penal Juvenil, del 8 de marzo de 1996, regulándose este mismo motivo pero en esta materia.

Siguiendo esta misma tesitura, se tiene que la aplicación de medidas de seguridad en materia penal juvenil violenta el principio de legalidad, pues la Ley de Justicia Penal Juvenil no las contempla. Se espera que este vaya a ser el criterio que asuma la Sala de Casación Penal.

La normativa vigente no autoriza que un Tribunal Penal imponga en una sentencia una medida de seguridad principal y otra accesoria. Lo correcto es que el Tribunal fije la medida correspondiente y que el Juez de Ejecución de la Pena acorde con sus competencias realice la modificación o cesación conforme a la evolución que tenga la persona a la que se le impuso.

Con la entrada en vigencia de la “Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal a partir del 9 de diciembre de 2011, será la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia la llamada a uniformar la jurisprudencia en materia penal (de adultos y juvenil) y por supuesto, de forma específica, en lo que se refiere al tema de medidas de seguridad.

La función nomofiláctica de la jurisprudencia –pretendida con esta reforma– usualmente conlleva a que entren en juego los principios de seguridad jurídica e igualdad, por un lado, y el principio de independencia judicial, por otro. Si bien, la Ley de Creación del Recurso de Apelación no le asigna un carácter vinculante a la jurisprudencia penal, lo cierto es que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia será el órgano que tendrá la última palabra en nuestro país en esta materia.

Sólo el tiempo dirá si las y los Jueces de Apelación asumirán los criterios de la Sala de Casación o si por el contrario mantendrán sus propios puntos de vista en ciertos temas que no compartan con la Sala –incluyendo las medidas de seguridad–, pues a fin de cuentas expresamente no les está vedado resolver de modo distinto a los precedentes del órgano de casación.

REFERENCIAS

Libros

- Camacho, Jorge, Montero, Diana y Vargas, Patricia. *La Culpabilidad, Teoría y Práctica*. San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 92.
- Castillo González, Francisco. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica, 2010, pp. 506-512.
- Chinchilla Calderón, Rosaura. *Principio de legalidad ¿muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en C.R.? Artículo: la imputabilidad disminuida no puede dar lugar, actualmente en costa rica, a la imposición de una pena atenuada*. Ijsa, julio del 2010, pp. 145 a 157.
- Sánchez, Cecilia y Rojas, José Alberto. *Derecho Penal. Aspectos teóricos y prácticos*. San José: Editorial Juriscentro S.A., 2009, pp. 415-416.
- Ziffer, Patricia. *Medidas de seguridad: pronósticos de peligrosidad en derecho penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 243-244.

Artículos de revista

- Barboza Blanco, Roy. El internamiento de las personas menores de edad en el Hospital Nacional Psiquiátrico. Violación a los principios de interés superior y legalidad. *Revista estudios de la niñez y la adolescencia No. 2*, Enero-Junio, 2008, pp.119-129.
- Burgos Mata, Álvaro. La Medida de Seguridad en Costa Rica. *Revista de Medicina Legal de Costa Rica N° 1*, marzo de 2005, pp. 79-98.
- Campos Zúñiga, Mayra; Vargas Rojas, Omar. Las medidas de seguridad en materia penal juvenil. *Revista estudios de la niñez y la adolescencia No. 2*, Enero-Junio, 2008, pp. 77-87.
- Maza Martín, José Manuel. Las penas y medidas de seguridad. La Necesaria reforma del Código Penal en Materia de Medidas de Seguridad. *Revista del Consejo General del Poder Judicial N° 17*, Madrid, 2007, pp. 13-45.
- Morales García, Jorge Luis. La imputabilidad disminuida. Una confrontación de tesis jurisprudenciales. *Revista de Ciencias Penales N° 25*, mayo de 2008, pp. 125 a 139.

Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

- 2010-12189 de las diecisiete horas y doce minutos del veinte de julio del dos mil diez.
- 2009-10383 de las trece horas treinta y nueve minutos del veintiséis de junio del dos mil nueve.
- 2009-04555 de las ocho horas y veintitrés minutos del veinte de marzo del dos mil nueve.

2008-17298 de las catorce horas y cincuenta y uno minutos del diecinueve de noviembre del dos mil ocho.

2002-10301 de las doce horas con un minuto del veinticinco de octubre del dos mil dos.

3679-93 de las nueve horas dieciocho minutos del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres.

2586-93 de las quince horas treinta y seis minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

2011-00419 de las nueve horas y veinticinco minutos del quince de abril del dos mil once.

2010-00763 de las nueve horas y cincuenta y cuatro minutos del nueve de julio del dos mil diez.

2010-01045 de las nueve horas dieciocho minutos del ocho de octubre de dos mil diez.

2009-01573 de las quince horas y treinta y siete minutos del dieciocho de noviembre del dos mil nueve.

2008-01391 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de noviembre de dos mil ocho.

2008-00317 de las diez horas diez minutos del dieciocho de abril de dos mil ocho.

2007-00625 de las nueve horas treinta minutos del ocho de junio de dos mil siete.

2007-00300 de las nueve horas del veintiocho de marzo de dos mil siete.

2002-00808 de las nueve horas veinticinco minutos del veintitrés de agosto de dos mil dos.

1999-1254 de las catorce horas treinta y seis minutos del ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

524-F-92 de las nueve horas cuarenta minutos del seis de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José

2010-0582 de las once horas treinta minutos del veintisiete de mayo de dos mil diez.

2010-0213 de las dieciséis horas diez minutos del veinticinco de febrero de dos mil diez.

2009-1354 de las quince horas treinta y cinco minutos del siete de diciembre del dos mil nueve.

2009-1129 de las diez horas cinco minutos del nueve de octubre de dos mil nueve.

2009-1010 de las catorce horas veinticinco minutos del catorce de setiembre de dos mil nueve.

2009-0528 de las once horas treinta y cinco minutos del veintiuno de mayo del año dos mil nueve.

2009-0296 de las once horas cincuenta minutos del trece de marzo del año dos mil nueve.

- 2007-1506 de las quince horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de noviembre de 2007.
- 2007-0116 de las dieciséis horas veinte minutos del dos de febrero del dos mil siete.
- 2006-0917 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del cinco de setiembre de dos mil seis.
- 2005-00811 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veinticinco de agosto de 2005.
- 2005-616 de las diez horas cuarenta minutos del treinta de junio de dos mil cinco.
- 2005-537 de las once horas del diez de junio de dos mil cinco.
- 2005-406 de las once horas siete minutos del cuatro de marzo de dos mil cinco.
- 2004-365 de las nueve horas cuarenta y cuatro minutos del veintidós de abril de dos mil cuatro.
- 2004-214 de las once horas siete minutos del cuatro de marzo de dos mil cuatro.
- 2002-0441 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veinte de junio de dos mil dos.
- 2002-0854 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del diecisiete de octubre de dos mil dos.
- 2002-0579 de las diez horas con diez minutos del primero de agosto de dos mil dos.
- 2002-0538 de las ocho horas con cincuenta minutos del dieciocho de julio de dos mil dos.
- 2002-0476 de las diez horas con quince minutos del primero de julio de dos mil dos.
- 2002-0475 de las diez horas con diez minutos del primero de julio de dos mil dos.
- 2002-0474 de las diez horas con cinco minutos del primero de julio de dos mil dos.
- 2002-0472 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del primero de julio de dos mil dos.
- 2002-0471 de las nueve horas con cuarenta minutos del primero de julio de dos mil dos.
- 2002-0470 de las nueve horas con treinta y cinco minutos del primero de julio de dos mil dos.
- 2002-0469 de las nueve horas con treinta minutos del primero de julio de dos mil dos.
- 2002-379 de las nueve horas treinta y cinco minutos del diecisiete de mayo de dos mil dos.

Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela (Sede San Ramón)

- 2008-0080 de las diez horas treinta y cinco minutos del veintinueve de febrero de dos mil ocho.

Tribunal de Casación Penal de Cartago

- 2009-0400 de las quince horas veinte minutos del dieciséis de diciembre de dos mil nueve.

2009-0304 de las quince horas treinta y un minutos del cinco de octubre de dos mil nueve.

2009-295 de las quince horas del veinticuatro de setiembre de dos mil nueve.

2009-234 de las quince horas cuatro minutos del diez de agosto de dos mil nueve.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste (Sede Santa Cruz).

2010-034 de las trece horas treinta y dos minutos del quince de febrero de dos mil diez.

2009-191 de las nueve horas con cuarenta y nueve minutos del veinticinco de septiembre de dos mil nueve.

Normativa

Constitución Política de Costa Rica

Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal N° 8837 del 3 de mayo de 2010.

Ley de Apertura de la Casación Penal N° 8503 del 28 de abril de 2006.

Código Procesal Penal, Ley N° 7594 del 28 de marzo de 1996.

Ley de Justicia Penal Juvenil N° 7576 del 8 de marzo de 1996.

Ley de Reorganización Judicial N° 7728 del 15 de diciembre de 1997.

Ley Orgánica del Poder Judicial N° 7333 del 5 de mayo de 1993.

Ley de la Jurisdicción Constitucional N° 7135 del 11 de octubre de 1989.

Ley de Reorganización de la Corte Suprema de Justicia, N° 6434 de 22 de mayo de 1980.

Código Penal, Ley N° 4573 del 30 de abril de 1970.

Actas de Corte Plena

Sesión ordinaria de Corte Plena N° 32-2007, artículo XXXIII, celebrada a las trece horas treinta minutos del tres de diciembre del dos mil siete.

Sesión ordinaria de Corte Plena N° 30-2006, artículo XIX, celebrada a las ocho horas treinta minutos del nueve de octubre del dos mil seis.

CONTRA LA MAFIA: LECCIONES APRENDIDAS¹

Francisco J. Dall'Anese²

*«Los cobardes mueren muchas veces antes de su verdadera muerte;
los valientes prueban la muerte sólo una vez.»
(Shakespeare)*

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Origen de la Mafia. 3.- Etimología.
4.- Ética y estructura: 4.a) Ética, 4.b) Estructura.
5.- Carácter permanente. 6.- La Mafia como sistema. 8.- Momentos importantes entre los 80's y 90's. 9.- Los arrepentidos (pentiti).

1 Resumen de la conferencia dictada en el Instituto Italiano de Cultura, Guatemala de la Asunción, el 19 de julio de 2012; en conmemoración del XX aniversario del asesinato del fiscal anti-Mafia italiano Paolo Borsellino.

2 Comisionado de Naciones Unidas a cargo de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), por designación del Secretario General de Naciones Unidas Ban Ki-Moon, desde el 1° de agosto de 2010. Juez titular del Tribunal de Apelaciones Penales de Costa Rica. Sirvió en el cargo de Fiscal General de la República de Costa Rica entre el 1° de diciembre de 2003 y el 31 de julio de 2010.

1.- INTRODUCCIÓN:

Hoy se cumplen veinte años desde la muerte del Fiscal¹ italiano Paolo Borsellino, ejecutado por la Cosa Nostra el 19 de julio de 1992 casi dos meses después del homicidio del Fiscal Giovanni Falcone, ejecutado por mafiosos corleoneses en el cruce de Capaci el 23 de mayo. Borsellino, colega y probablemente el mejor amigo de Falcone, durante el funeral de este dijo —parafraseando a Shakespeare—: «Los que tienen miedo mueren todos los días, los que no lo tienen mueren solo una vez». La cita se aplica al propio Borsellino, pues fue un hombre de los que murieron materialmente, aunque nos acompaña con su ejemplo, con sus principios inspiradores de nuestro trabajo contra la criminalidad organizada.

Agradezco el inmerecido honor que se me ha otorgado para disertar hoy, cuando conmemoramos su desaparición física y celebramos su presencia moral.

No me agrada satisfacer el morbo de algunas personas que, cuando se habla de la Mafia, quieren escuchar sobre cada capo o sobre cada sicario; quiénes eran, cómo vivían, cómo mataban, qué ordenaban. No me gustaría complacer esa curiosidad porque sería una forma de convertir a los mafiosos en ídolos, sería ofender la vida o la memoria de los héroes que día a día —muchos a cambio de sus vidas— van de frente contra criminales poderosos que no tienen límite ni escrúpulos. En consecuencia, salvo estricta necesidad, no mencionaré nominalmente a capos ni a integrantes de las familias. Haré una referencia general a los logros de los fiscales italianos cuando descifraron a la Cosa Nostra. Falcone fue la contrafigura, pues consiguió visualizar al interno la organización, convencer a los arrepentidos de revelar su funcionamiento, su estructura, su *modus operandi*, su ética, su ordenamiento jurídico interno.

2.- ORIGEN DE LA MAFIA:

El origen de la Cosa Nostra es incierto. Nadie nos puede decir cuándo comenzó, cuando nació; esto es lógico porque es la suma de grupos que conforman una gran estructura, sometida a una ética de estrictas reglas de secretividad y silencio; en ese contexto es difícil para cualquiera indicar cuándo surgió.

En opinión de algunos nació en el S. XIX cuando Sicilia todavía vivía en un Estado feudal, donde los grandes terratenientes explotaban a los campesinos. En algún momento los propietarios entregaron la administración de sus tierras a los *gabellotti* o aparceros, encargados de intermediar entre los explotados y los latifundistas; de repente los *gabellotti* devinieron en protectores de los campesinos.

A partir de aquí, bajo las órdenes de un capo, se organizó la *famiglia*: una especie

¹ En Italia la Magistratura se divide en la judicatura y la procuraduría. Por esta razón tanto jueces como procuradores (fiscales) son llamados Magistrados. En ese entendimiento, debe aclararse que tanto Paolo Borsellino como Giovanni Falcone eran procuradores, lo que corresponde a Fiscales en contextos como el nuestro.

de clan con un (i) círculo íntimo muy cerrado, al que después se incorporaron personas sin vinculación consanguínea pero de la confianza del capo, formando un (ii) círculo externo. Las familias se unieron en una gran estructura que terminó llamándose Mafia.

3.- ETIMOLOGÍA:

No está claro de dónde viene el nombre Mafia, auto denominada Cosa Nostra. Se dice que en 1282 un soldado francés protagonizó dos hechos en Sicilia: violó a una joven y después mató al novio de esta. A partir de aquí se habría acuñado un sentimiento contra Francia, de donde se dice que Mafia es un acrónimo cuyo significado es: *Morte A Francia Italia Anela* (Muerte a Francia Italia Anhela). Sin embargo, esto más parece leyenda que historia.²

Otra teoría señala que el término Mafia aparece por primera vez entre 1862 y 1863, cuando se representó en Palermo una obra de teatro titulada *I mafiosi di Vicaria*³. Los personajes supuestamente inspiraron el calificativo *mafioso* para el hombre fuerte, rebelde, que impone su voluntad a cualquier costo.

Otros refieren el uso de palabras árabes en Sicilia y a partir de allí se utilizó el término Mafia para las familias y para los mafiosos.

2 Otra teoría acerca del origen y denominación de la Mafia es la siguiente: «[...] Durante el siglo XVIII Austria reemplaza a España como potencia dominante, en esa época la familia de los borbones, cuyos miembros gobiernan Francia y España, rigen también distintas provincias del estado italiano. Sin embargo, el estallido de la revolución francesa provocó serios cambios en la política europea, entre otros, facilitó que en 1796 el general francés Napoleón Bonaparte cruzara los Alpes derrotando a los austriacos en el norte de Italia, esta conquista permitió a las tropas francesas avanzar aun más y lograr apoderarse de casi todo el territorio italiano. A la derrota de Napoleón sucedieron muchos cambios; sin embargo, los italianos nunca recuperaron sus derechos ni su autogobierno.

«En ese contexto de dominación francesa se encuentra el origen de la mafia italiana, puesto que desde 1851 y hasta 1870, muchos patriotas trataron de recuperar el territorio italiano, expulsando a gobernantes extranjeros para unificar Italia y recuperar para sí los territorios pontificios. Esta acción histórica tuvo gran influencia en el desarrollo de organizaciones secretas. Se dice que la *mafia* era parte de los grupos insurrectos en contra de las invasiones francesas; es decir, surgió como grupo de choque revolucionario cuyas actividades, como en toda revolución, eran clandestinas [...] «Mafia significó *muerte a Francia Italia anhela* [...] Al término de la revolución, la razón de existir de grupos armados clandestinos había desaparecido. Sin embargo, es cuando algunos guerrilleros relegados aprovechan la forma de organización para continuar con actividades ilícitas y clandestinas, con el único fin de obtener lucro personal.

«Así, al aprovecharse de esquemas organizativos y al adaptar en su interior misticismos con los que enaltecieron la historicidad de su origen romano, los grupos revolucionarios se convierten en grupos exclusivamente criminales, cuyos actos fueron en contra del derecho y de la moral, al luchar con la explotación de comercios ilícitos y fomentar el culto al terror [...]» Gómez del Campo Díaz Barreiro, Bernardo: *La delincuencia organizada: una propuesta de combate*, Editorial Porrúa, México, 2006, pp. 2-3.

3 «I mafiosi di la Vicaria» es una ópera escrita en 1863 por Giuseppe Rizzotto e Gaetano Mosca.

Al igual que se desconoce el origen de la Mafia, es un misterio la procedencia de su nombre.

4.- ÉTICA Y ESTRUCTURA:

Las familias se organizaron internamente, se articularon externamente y establecieron una jerarquía. Mucho antes de los años 80's se conocía de su naturaleza de organización criminal — se sabía ¿qué era?—, pero no se tenía claro por qué la vinculación interna tan fuerte ni cómo funcionaba. Se ignoraba la precisión de su estructura, su ordenamiento interno y su ética; fueron las investigaciones de Falcone las que permitieron «ver» a la Cosa Nostra por dentro.

Tiene un organigrama rígido y una deontología propia. Por esto último los mafiosos se consideran a sí mismos «hombres de honor», personas de palabra que deben cumplir con la ética⁴ y los valores internos de la *famiglia*.

4.a) Ética:

Para cualquier funcionario de justicia resulta más cómodo enfrentar a la Cosa Nostra que a cualquier grupo de crimen organizado de América Latina, porque al menos cuando se conoce la ética de aquella se sabe hasta dónde llegar y cómo manejar las distintas situaciones. Los hombres de honor *no atentan contra la familia de la autoridad*, del fiscal, del policía o de los jueces. No matan a la esposa o los hijos del operador de justicia. De modo que esta dinámica de hombres de honor —esta forma de conducirse— permite anticipar algunos hechos. Cuando un fiscal o un policía llega al límite se le cambia, porque la Mafia comenzará con el nuevo funcionario y así la autoridad tiene algún margen de maniobra. En contraste, cuando se enfrenta a los Zetas o a las FARC, para citar algunos ejemplos, no se les encuentran valores ni límite, no tienen «honor».

Podría considerarse una locura hablar de deontología de la Cosa Nostra, pero existe. Se auto definen como hombres de honor, tienen otros valores, se desenvuelven en otros conceptos sociales; una vez conocida esa ética se les puede contra atacar.

Uno de los principios básicos es la *omertà*: la ley del silencio⁵. Se trata de un

4 «[...] no desear a la mujer de otro hombre de honor; no robar; no explotar la prostitución; no matar a otros hombres de honor salvo en caso de absoluta necesidad; evitar la delación a la policía; no enfrentarse a otros hombres de honor; mostrar siempre un comportamiento serio y correcto; no hablar jamás con extraños acerca de la Cosa Nostra, y no presentarse por iniciativa propia a otros hombres de honor, pues las reglas imponen que otro hombre de honor, conocido de ambos, debe garantizar su respectiva pertenencia a la Cosa Nostra [...]» Falcone: *Cosas de la Cosa Nostra*, Ediciones Baratalia, Barcelona, 2006, p. 94.

5 «[...] El método mafioso es caracterizado por el uso de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo, la condición de sujeción de la *omertà* o “ley del silencio” que de ello deriva. Es así como la *omertà* y la sujeción al silencio no representan sino el efecto típico de intimidación mafiosa [...]» Ingroia, Antonio: *Crimen organizado, en especial el delito asociativo de tipo mafioso como herramienta facilitadora de la prueba*, en «Herramientas para combatir la delincuencia organizada»,

punto ético no negociable. El que habla se muere, lo de la Mafia se queda en la Mafia, lo de la *famiglia* se queda en la *famiglia*. No se habla de nada, no se revela nada, no se conversa sobre negocios. Solamente se hace lo ordenado.⁶

Esto porque la estructura supone unidad y a su vez esta implica jerarquía, y nadie puede desobedecer. Es una organización sólida, porque jamás las órdenes se desatienden.

Otro aspecto ético es que *nunca debe cuestionarse la orden de matar*⁷. La menor dubitación se traduce en la muerte de quien duda⁸. Por eso la organización camina como un motor aceitado: no hay cuestionamiento, las órdenes vienen de arriba hacia abajo y se cumplen.

4.b) Estructura:

Al interno de la familia existe un jefe o capo, tratado como «Don»⁹ en señal de respeto. Cuando el «Don» ordena no se discute, se obedece; incumplir solo tiene una forma de cobrarse y es con la muerte.

En segundo orden está el «Consiglieri»: el hombre de confianza del capo. Es quien le habla al oído, lo aconseja, le dice del panorama político, hace los análisis, le da los elementos para las decisiones. Pero el «Consiglieri» no tiene poder de decisión y una vez dados los consejos solamente le queda la sumisión.

En tercer lugar tenemos el «Sotto capo»: es una especie de gerente de la *famiglia* que controla toda la parte operativa, los negocios ilícitos, venganzas, observaciones, seguimientos y además es la voz en la calle. El capo solo ordena adentro, nunca sale a hablar ni a discutir. Todos conocen al capo, pero quien comunica, quien lleva los mensajes, quien da las órdenes para los trabajos sucios es el «sotto capo».

En cuarto lugar el «Contabile»: bajo su responsabilidad están las finanzas. Cualquier cuenta que no se pueda conciliar significa la muerte. Es un cargo importante y delicado. No está en la parte operativa, pero tiene el control de las inversiones y del dinero.

En quinto lugar se encuentra el «Capogerime»: dirige un grupo de soldados. Los distintos autores dicen 10 soldados, 15 o 7. No hay un número claro pero es quien manda en el escenario de las operaciones.

Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2010, p. 68.

6 «[...] El hombre de honor sólo debe hablar de aquello que le afecta directamente, sólo cuando se le formula una pregunta específica y sólo si es capaz y tiene derecho a responder. Sobre estos principios se basan las relaciones internas de la mafia, así como las que se dan entre mafia y sociedad civil. Magistrados y fuerzas del orden deben adaptarse a ello. [...]». Falcone: op. cit., p. 45.

7 «[...] Por extraño que pueda parecer, los asesinos obtuvieron mayor renombre gracias a la dignidad de la víctima, en la medida en que habían estrangulado a un hombre merecedor del máximo respeto. Medirse con una persona de prestigio es fuente de gloria, matarla todavía más y ser asesinado por ella, honorable. [...]» Falcone: op. cit., p. 76.

8 «[...] En un grupo como la mafia, que debe defenderse de los enemigos, los débiles o enfermos deben desaparecer.

«Todo ello nos ayuda a entender por qué el mafioso no habla, no revela sus emociones ni sentimientos [...]» Falcone: op. cit., p. 75.

9 Según el DRAE: del latín *dominus*, señor.

En sexto lugar los «soldados»: hacen el trabajo sucio.

El séptimo lugar lo ocupa el «Giovane d'onore»: la persona que no forma parte de la familia pero aspira a ingresar al círculo externo, haciendo méritos para ello.¹⁰

Como se indicó, siempre hay en la *famiglia* un círculo menor, pero después hay un círculo externo compuesto por personas confiables. El círculo íntimo está formado por quienes tienen vínculos consanguíneos, el círculo externo por allegados que se integran a través de un proceso de admisión y una vez aceptados quedan sometidos a la ética, a la *omertà*, a la subordinación y al deber de matar.

Estas familias se adscriben a una representación provincial y a partir de aquí se vinculan a una estructura regional.

En Palermo están las familias y las representaciones provinciales, pero existe lo que se denomina «La Comisión», que toma las grandes decisiones de la Cosa Nostra¹¹. Es similar al Estado: grupos humanos adscritos a regiones, y una suerte de parlamento.

5.- CARÁCTER PERMANENTE:

La *famiglia* se distingue de otras organizaciones criminales del mundo, porque se mantiene en el tiempo. El cártel¹² latinoamericano no tienen esa permanencia y en muchos casos se disuelve una vez aprehendido o muerto el jefe. En cambio la Mafia tiene otra fuerza, otra solidez, otro impulso vital, pues la *famiglia* no es solo una organización criminal, es también una sociedad con visión de futuro, constituida para durar hasta el final de los tiempos. El propósito es que todos sus miembros vivan bien, tengan el futuro asegurado y compartan el producto del trabajo con base en el repartimiento de acuerdo a la jerarquía¹³. La *famiglia* nació para vivir por siempre, no se acaba con la muerte o la aprehensión del capo.

Quienes están dentro de la Cosa Nostra viven en un mundo que tiene su

10 «[...] No todos puede adherirse a la Cosa Nostra. Esta universidad del crimen obliga a ser valeroso, capaz de cometer acciones violentas y, por tanto, a saber matar. Con todo, esta no es la condición fundamental. Saber matar es necesario, pero no basta. Deben satisfacerse muchas otras condiciones. La pertenencia a un ambiente mafioso, los lazos de parentesco con otros hombres de honor suponen una gran ventaja en la fase inicial. Entre las cualidades indispensables exigidas, el arrepentido Salvatore Contorno recuerda las de ser varón, no tener hermanos en la magistratura ni en las fuerzas del orden [...]» Falcone: op. cit., pp. 95-96.

11 «[...] Las decisiones de la Comisión deben ejecutarse a cualquier precio y el capo de la familia del territorio en que se cometerá el crimen tiene que ser obligatoriamente informado. [...]» Falcone: op. cit., p. 96.

12 «[...] Con la palabra cártel se hace referencia a organizaciones que nadie, fuera de sus dirigentes y miembros, conoce en su totalidad. [...]» Kaplan, Marcos, citado por Gómez del Campo: op. cit., p. 11.

13 «[...] la mafia no es una empresa de servicios que trabaja en favor del colectivo, sino una asociación de socorro muto que actúa a expensas de la sociedad civil y en provecho únicamente de sus miembros. [...]» Falcone: op. cit., p. 89.

propia lógica, sus propias reglas; cada miembro tiene su expectativa de vida¹⁴. La familia tiende a ser (i) *eficaz* porque las órdenes se acatan y los objetivos siempre se alcanzan, no se perdonan errores y si el propósito no se culmina se paga con la muerte; (ii) *eficiente* porque siempre actúa rápido; e (iii) *implacable* porque no se revocan sentencias, no hay impugnaciones. Esto nos lleva a una trágica conclusión: la Mafia es más eficiente y más eficaz que el Estado, por lo que se considera a sí misma una alternativa al sistema democrático¹⁵. La eficacia, la eficiencia y su carácter implacable, son los ingredientes del poder mafioso.

Lo triste es concluir que sí es una alternativa a la democracia. La Cosa Nostra llega a donde el gobierno no está presente. Algo parecido nos pasa en Centroamérica con las organizaciones de narcotraficantes, lo ha señalado la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) en muchas ocasiones: donde no hay presencia de instituciones oficiales, donde no hay servicios públicos, donde no hay salud, vivienda, educación, donde no hay oportunidades de progreso social, los narcotraficantes —en Guatemala, en Costa Rica y en todas partes— aportan su dinero y la gente legítima a los cárteles. La Cosa Nostra hizo lo mismo en Sicilia en los espacios sociales donde no había inversión estatal, donde había pobreza sin esperanza; vinieron las familias, distribuyeron ingresos y brindaron los servicios que no daba el gobierno. De esa manera se convierte en una alternativa para el sistema democrático.¹⁶

Históricamente los Estados centroamericanos fueron irresponsables con los sectores abandonados de la sociedad, sin consecuencia para los políticos ni para las oligarquías; simplemente la pobreza seguía en abandono y sin esperanza y tenían más hijos pobres. Hoy los narcos resuelven problemas de salarios e ingresos. Eso es lo que estuvo haciendo la Mafia y en razón de eso para algunos sectores es una alternativa a la democracia. Es una forma de repartir la riqueza y quienes estuvieron en pobreza legitiman a quienes los apadrinaron, esto es a los mafiosos que les dan de comer.

6.- LA MAFIA COMO SISTEMA:

Como sistema la Mafia tiene los perfiles económico, de poder, de previsión de futuro y de organización criminal. Lo que no tienen los cárteles latinoamericanos

14 «[...] La Cosa Nostra constituye un mundo en sí mismo que debe entenderse en su totalidad. [...]» Falcone: op. cit., p. 56.

15 «[...] Al enfrentarme al “estado-mafia” me di cuenta hasta qué punto resultaba más eficiente y funcional que el nuestro y en qué medida, precisamente por ello, se hace indispensable comprometerse al máximo para conocerlo a fondo a fin de combatirlo de forma adecuada. [...]» Falcone: op. cit., p. 67.

16 «[...] Como producto de la sicilianidad, la mafia, al igual que los sicilianos en general, se siente herida por el desinterés del Estado y por los errores cometidos por las instituciones en perjuicio de la isla. Y cuanto mayor sea el desinterés del Estado por Sicilia y menor la atención de las instituciones, más poder acumulará la organización. [...]» Falcone: op. cit., p. 78.

es la previsión de futuro. En tanto un cártel latinoamericano descabezado tiende a desaparecer, una *famiglia* sustituye rápidamente al capo y sobrevive al embate de la justicia. Esta perdura porque da vida y bienestar, y posee una identidad forjada en valores distintos a los nuestros¹⁷. Para perpetuarse cuenta con un sistema criminal muy eficaz.

Lo económico implica lucro desmedido por todos los medios ilícitos posibles, sin reservas. Pero aunque se quedara sin riqueza, la *famiglia* se mantendría sólida y seguiría trabajando. Los cárteles se desarticulan cuando pierden el dinero. El sistema económico mafioso compite con el Estado: influye en la economía del país o de la región, afecta los precios de mercado por el volumen de negocios que maneja.

El sistema de poder es muy claro. No sabemos cuántos políticos, jueces, fiscales o policías en Italia, son miembros de la Cosa Nostra o han sido comprados por esta. Contrario a los terroristas, que desean la disolución del Estado, la Mafia compite con el Estado pero cuando conviene se alía con las instituciones públicas¹⁸, debilitándolas y aprovechando las estructura formales de poder.¹⁹

Tiene un sistema criminal. Usa los derechos que comparten con todos nosotros, pero a la vez tienen un sistema jurídico paralelo, con sus propias reglas, su propia amenaza de pena y sus formas sancionadoras. Es implacable, la «justicia» es inmediata²⁰. No hay juicio, no hay defensa, no hay debido proceso, no hay derechos humanos ni lo que practicamos en la democracia.

7.- ADMINISTRACIÓN DE LA VIOLENCIA:

Para el ejercicio del poder hay una administración diferenciada de la violencia:

(i) La violencia externa, que es el último recurso²¹, la *ultima ratio* como es en el Estado de derecho y en esto sí se parecen.²² No hay preferencia en el método,

17 «[...] En un mundo falto de puntos de referencia, los mafiosos tienden a preservar su identidad. [...]» Falcone: op. cit., 74.

18 «[...] la Cosa Nostra no es un antiestado, sino más bien una organización paralela que pretende beneficiarse de las lagunas en el desarrollo económico optando por la ilegalidad y que, tan pronto como se siente asediada, reacciona como puede, agachando la cabeza. Cabe no olvidar que, respecto de las instituciones y de la sociedad en su conjunto, la mafia es la organización más ágil, dúctil y pragmática imaginable [...]» Falcone: op. cit., p. 78.

19 «[...] Conociendo a los hombres de honor he aprendido que la lógica mafiosa no es en realidad excesiva ni incomprensible. No es más que la lógica del poder y siempre responde a un objetivo. [...]» Falcone: op. cit., p. 68.

20 «[...] conocemos perfectamente la desafección de la Cosa Nostra hacia el estado italiano y el hecho de que la organización prefiera su propio sistema de impartir justicia —rápido y directo— a los procesos prolongados que no concluyen nada [...]» Falcone: op. cit., p. 48

21 «[...] Conviene evitar situaciones en las que haya que mostrar la propia fuerza y el propio poder. [...]» Falcone: op. cit., p. 83.

22 «[...] Se amenaza sólo cuando se considera al interesado sensible a las amenazas. La mafia es racional, su intención es reducir al mínimo los homicidios. Si la amenaza no da en el blanco, pasan

simplemente debe ser efectivo y necesario. No se tortura, no se envenena, no se descuartiza, salvo que sea indispensable. La regla es la mayor efectividad con el menor riesgo.

Sin embargo, la recomendación para no dejar evidencia, no ser descubierto y castigado por la justicia formal, es el estrangulamiento; porque no hay ruido, no hay sangre, se dejan los menores rastros del victimario en el cuerpo de la víctima si es que este se descubre; porque el siguiente paso es la disolución del cadáver en ácido para que nadie lo encuentre. La víctima desaparece, es estrangulada y disuelta en ácido borrando cualquier vestigio del delito; esto es lo que se conoce como la *lupara bianca*. Después el ácido es liberado en algún río, en una fuente de agua pública u otro lugar; con esto se encubre cualquier homicidio.

(ii) La violencia interna obedece a otros principios: debe ser ejemplarizante. Si al momento de investigar un homicidio la policía descubre un cuerpo brutalmente castigado con anterioridad a la muerte, es un indicio de que la víctima fue miembro de la Mafia. Se inflige mayor sufrimiento para la justicia interna con la intención de disuadir a quien pretenda desobedecer o traicionar. Cuando se va a eliminar a un miembro de la *famiglia*, se encomienda el trabajo al más cercano a la víctima: al hermano consanguíneo, al amigo íntimo u otro. La finalidad es demostrar con ello que no hay seguridad ni siquiera ante el mejor amigo, pero también comprobar la lealtad del ejecutor. La fidelidad es a la familia y no a sus integrantes individualmente considerados.

Hay una gran capacidad de violencia, lo que es parte integral de la ética de la organización mafiosa.

Todo esto, que se descubre cuando se logra descifrar el comportamiento de la Cosa Nostra, sirve para investigar cómo opera, porque se convirtió en el manual para determinar si se está ante un grupo mafioso y saber cómo desmantelarlo.

8.- MOMENTOS IMPORTANTES ENTRE LOS 80'S Y 90':

1 ▶ La guerra de los corleoneses contra el grupo de los palermitanos de Stefano Bontate que duró tres años (1981-1983), y, se calcula, produjo más de mil muertos. Triunfaron los corleoneses, que después mataron al Gobernador de Palermo Dalla Chiesa. Fue una guerra brutal. La Mafia estaba manejada por tres capos de Sicilia en aquella época, hubo un desacuerdo y terminó con la imposición de los corleoneses por la fuerza, con la extinción violenta de mil vidas.

2 ▶ La Campaña de Manos limpias: los jueces y procuradores decidieron acabar con la dictadura de los corleoneses y con los funcionarios que se vendieron.

a un segundo nivel, en el que logran involucrar a intelectuales, políticos, parlamentarios, induciéndolos a exponer públicamente sus dudas sobre la actividad de un policía o de un magistrado entrometidos. Caso de no cosechar el resultado ansiado, se entra ya en las presiones directas para reducir al silencio a quien incordia. Se recurre finalmente al atentado. El paso a la acción resulta normalmente exitoso, puesto que la Cosa Nostra sabe hacer su trabajo [...]» Falcone: op. cit., p. 53.

Iniciaron una campaña que le costó la vida a muchísimos magistrados. De estos los más destacados son Falcone y Borsellino, pero muchos otros también ofrendaron su vida para restablecer el orden y el derecho.

3 ▶ La campaña de manos limpias culminó con el Maxiproceso o Macrojuicio, a cargo de los Fiscales Giovanni Falcone y Paolo Borsellino. Concluyó con la condena de 357 mafiosos a penas muy severas, en cuenta el capo de los corleoneses. Se creyó descabezar y acabar con este grupo, pero inmediatamente se nombró al nuevo capo, Bernardo Provenzano, y este es quien cobra venganza contra Falcone y Borsellino.

En este punto subrayo la lección del actual jerarca de la Dirección Antimafia Italiana, Pietro Grasso, quien cuenta que el día del asesinato de Falcone, él, Grasso, debió viajar en el mismo vehículo pero tuvo un contratiempo y se disculpó con Falcone para no acompañarlo. Grasso se hubiera encontrado en el Cruce de Capaci y hubiera muerto con Falcone en aquel fatídico día. El atentado fue con 500 kilos de dinamita. Entonces Grasso prometió no descansar hasta llevar a prisión al responsable, a Provenzano, a quien logró detener en 2006 y hoy sufre cadena perpetua.

9.- LOS ARREPENTIDOS (PENTITI):

Los arrepentidos Tommaso Buscetta y Antonino Calderone, sobre todo el primero de ellos, suministraron la información a Falcone acerca de la estructura, organización interna, formas de movilización, objetivos y dinámica para conseguirlos; aquellos quebraron la *omertà*.²³

Buscetta es quien dice a Falcone que abandonará Italia porque lo van a matar, pero luego vendrán por Falcone; efectivamente pasó.²⁴

La figura de los arrepentidos para la desarticulación de redes, es lo que a partir de la Ley Contra la Delincuencia Organizada de Guatemala se utiliza; pero se oponen algunos sectores con mucha fuerza, argumentando que no es posible utilizar delincuentes, negociar con ellos, darles la libertad y generar impunidad.²⁵ La disyuntiva es la impunidad de uno y el castigo de todos, o la impunidad de todos y el castigo de ninguno.²⁶

23 «[...] cuando el Estado decide combatir en serio a la mafia, cuando las fuerzas del orden y los magistrados cumplen realmente y a fondo con su deber, el comportamiento de los imputados cambia [...]» Falcone: op. cit., p. 51.

24 «[...] Primero tratarán de matarme [explico Buscetta], pero luego llegará su turno [el de Falcone]. Hasta que lo consigan. [...]» Falcone: op. cit., p. 8.

25 «[...] He sido severamente atacado por el tema de los arrepentidos. Me han acusado de mantener con ellos relaciones “íntimas”, del tipo “confidencias junto al hogar”. Se preguntan cómo había logrado convencer a tanta gente para que colaborara y llegaron a insinuar que había hecho promesas a los arrepentidos a cambio de confesiones. [...]» Falcone: op. cit., p. 63.

26 «[...] El arrepentido, a diferencia del clásico informador anónimo, del colaborador de la policía utilizado en las investigaciones y mantenido en la sombra, plantea problemas nuevos y diferentes a

Los arrepentidos son necesarios por la secretividad de la Cosa Nostra. Por supuesto que la ley del silencio, la *omertà*, no tiene tanta fuerza en los cárteles, pero estos como otras organizaciones criminales son empresas —ilícitas pero empresas al fin— con su estructura dirigente, sus mandos medios, sus departamentos de producción, proveeduría, comercialización, finanzas, inversiones, etc. Para saber cómo funcionan, alguien de adentro debe informar.²⁷

Por eso la importancia de los arrepentidos y la necesidad de negociar con ellos. Esa dinámica produjo una ética de los fiscales en esta materia específica:

- (i) La fiscalía no puede perseguir objetivos vagos.
- (ii) La fiscalía no puede emprender iniciativas sin altísimas probabilidades de éxito.²⁸
- (iii) La fiscalía no polemiza con mafiosos.
- (iv) La fiscalía debe cumplir las promesas que haga a los arrepentidos.
- (v) La fiscalía debe verificar con otros medios de prueba cada afirmación del arrepentido.²⁹

Somos testigos de cómo los mafiosos guatemaltecos ofenden a la Fiscalía General; un día sí y otro también la insultan, mienten acerca de su pasado, la denuncian penalmente, exigen su renuncia o su remoción, Lo mismo contra la CICIG. Pero de igual forma han visto que no contestamos, porque en cuanto lo hagamos nos rebajaremos a su nivel y la autoridad se pondrá en condiciones de igualdad que estos delincuentes. El fiscal que conozca su trabajo solamente responderá en audiencias judiciales.

No emprender iniciativas sin perspectivas de éxito significa no accionar contra un poderoso —mafioso, político o económico— si no existe altísima probabilidad de llegar al menos a juicio. Otro tema es lo que hagan los jueces. Por muchas razones las salidas en falso ante los poderosos deben evitarse: primero, por el peligro para los fiscales y los testigos; y segundo, se pone en riesgo el sistema pues cada vez que se inicia una investigación contra un «pez gordo» y no llega a

la magistratura y a la opinión pública. Se acusa a sí mismo al acusar a los demás y pide protección; [...]» Falcone: op. cit., p. 58.

27 «[...] Entre estas nuevas técnicas de investigación existen dos escasamente reguladas: los testigos protegidos y los arrepentidos o colaboradores. Paradójicamente la práctica ha demostrado que estos últimos han alcanzado un grado de eficiencia considerable. Y no podría ser de otra forma: tanto testigo como colaborador son capaces no sólo de ofrecer información que difícilmente estaría al alcance de los órganos estatales, sino de acercar al juez dicha información de manera directa. Ello importa una ventaja de la que no necesariamente gozan otros medios de investigación [...]» Quintero, María Eloísa: *testigo protegido y arrepentido o colaborador: una visión crítica*, en «Herramientas para combatir la delincuencia organizada», Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, p. 23.

28 «[...] Perseguir a alguien por un delito sin disponer de elementos irrefutables que confirmen su culpabilidad es un servicio nulo. [...]» Falcone: op. cit., p. 148.

29 «[...] En lo tocante a los arrepentidos, estoy convencido de que el único comportamiento eficaz y ecuánime con ellos consiste, ante todo, en verificar con el mayor esmero posible la exactitud de sus revelaciones, sin desestimar o rebajar sistemáticamente la importancia de cuanto afirman.[...]» Falcone: op. cit., p. 54.

juicio, se deslegitima la democracia. En esto hay una responsabilidad de quienes iniciamos los procesos.

Las promesas a los mafiosos se deben honrar: a los arrepentidos no se les debe ofrecer imposibles. El incumplimiento del sistema es una pérdida. Si el fiscal promete debe cumplir porque habla en nombre del Estado.³⁰ De otro modo no habrá respeto ni credibilidad para la fiscalía, lo que significa que no habrá información confiable para dismantelar redes en el futuro.³¹

30 «[...] Los mafiosos, al igual que cualquier individuo, deben ser tratados con franqueza y corrección [...]» Falcone: op. cit., p. 54

31 «[...] Los miembros de la Cosa Nostra exigen respeto. Y sólo respetan a quien manifiesta ante ellos una mínima consideración. [...]» Falcone: op. cit., p. 46.

SOBRE LA FLEXIBILIDAD DE LA PENA Y LA ALCAHUETERÍA PENITENCIARIA?.

Roy Murillo Rodríguez.¹

Hace pocos días leía en un periódico de circulación nacional una entrevista realizada a uno de los jueces penales de mayor grado en Costa Rica, titulada Estamos bajo un sistema permisivo y alcahueta². De inmediato me despertó curiosidad el titular de primera plana y entré a la lectura. En resumen el magistrado expone la necesidad de una línea dura contra el hampa. Señala que no se trata de incrementar las *penas sino en sus palabras- de la aplicación propia, completa y exacta de las penas* impuestas, de tal manera que el delincuente tenga que purgar la pena completa y la sanción tenga entonces un efecto ejemplarizante y sea más disuasiva y persuasiva.

Critica el modelo penitenciario progresivo al considerarlo un sistema permisivo y alcahueta, que no ha servido ni sirve, pues permite la salida anticipada del preso en condiciones desfavorables que salen a delinquir y agredir nuevamente a la sociedad.

Un modelo que no responde y que presenta un sesenta por ciento de reincidencia. Cual cadena de entrevistas, días después, el mismo funcionario en otro periódico nacional³ además de exponer sus pasatiempos, con precisión expone una idea que ya presumía que llegaría a proponer: la no aplicación de beneficios penitenciarios. El discurso también es secundado por otros juristas⁴.

Me llamó la atención el asunto y me produjo tantos interrogantes que me motivó a realizar este ensayo. Tal vez el magistrado por la naturaleza propia de una entrevista no pudo exponer los razonamientos de su propuesta y sería muy interesante que nos regalara la argumentación correspondiente, más como de lo mencionado cabe realizar desde ya algunos cuestionamientos, pues procedemos en ese sentido.

Con la finalidad de poder entendernos debemos aclarar algunos aspectos. Para comenzar en Costa Rica desde hace muchos años fue derogado la normativa que establecía el sistema progresivo penitenciario, a partir de la reforma impulsada

1 Juez de Ejecución de la Pena del Primer Circuito Judicial de Alajuela, doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid.

2 Periódico La Nación, 14 de diciembre del 2009, Costa Rica.

3 Periódico La República, 4 de enero del 2010, Costa Rica.

4 El sistema penal sí es alcahueta, Lic. Geovanni Rodríguez Solís, Diario Extra, 13 de enero de 2010

por la ex Ministra de Justicia y Gracia, Elisabeth Odio Benito, quien impulsó el Plan de Desarrollo Institucional a partir del Reglamento Orgánico y Operativo de la Dirección General de Adaptación Social decreto ejecutivo 22198-J del 26 de febrero de 1993- y el Reglamento de Derechos y Deberes de los privados y las privadas de libertad decreto ejecutivo 22139-J del 26 de febrero de 1993. La ubicación penitenciaria entonces ya no se presenta por grados sino que existen diferentes niveles de atención del interno institucional, semi-institucional o en comunidad según sus características personales, su capacidad convivencial, y la necesidad de atención técnica y contención técnica. Es cierto que en la práctica, muchas veces parece que se mantiene arraigada la progresividad pero de manera alguna es correcto definir el sistema penitenciario costarricense como un sistema progresivo. Lo que sí autoriza la actual regulación es, como señalamos, el cumplimiento de la pena bajo diferentes niveles de atención, sin necesidad incluso de aval judicial⁵, lo que permite potenciar el principio de flexibilidad de la pena en nuestro régimen, de tal manera que la sanción privativa de libertad puede cumplirse bajo diferentes niveles de contención según las características, reacción, y evolución del individuo, de tal forma que se facilita espacios para asegurar la incorporación paulatina y anticipada del sujeto en la comunidad. También debemos señalar, que existe la posibilidad de descontar días de reclusión mediante el trabajo penitenciario, de tal forma que si el preso dedica su encierro a realizar trabajo o estudiar, obtiene un descuento adicional de tal manera que de mantenerse laboralmente activo todo el periodo de reclusión o al menos a partir de la media pena pues actualmente el beneficio solo rige a partir de la mitad de la sanción- cada año de prisión lo descontaría con diez meses efectivos de prisión. A estas disposiciones y a la posibilidad de otorgar en vía judicial el beneficio de libertad condicional, suponemos que se refiere el entrevistado, cuando tilda al sistema de permisivo y alcahueta.

Pretende el entrevistado la supresión de todos esos beneficios para que la pena sea ejemplarizante y más efectiva, disuasiva y persuasiva, tal y como lo quiere el pueblo porque éste no se equivoca así lo señala esa autoridad-.

La propuesta nos invita a la reflexión aunque debemos de señalar que para nada es novedosa pues desde hace muchos años hay sectores que abogan en ese sentido, incluso desde el discurso más conocido del Garantismo Penal.

Y es que esa idea expresamente la propone uno de los principales promotores del Garantismo Penal en el ámbito europeo y latinoamericano. Seguramente que el magistrado, aunque auto declarado enemigo del Garantismo radical, ha dedicado sus horas a la lectura de Luigi Ferrajoli y conocerá entonces que su postura tiene base en el pensamiento garantista del referido autor. Sí debemos señalar una

5 Nos parece que esa facultad de la Administración podría presentar rasgos de inconstitucionalidad pues la determinación y ejecución de la pena es facultad propia y exclusiva del Poder Judicial, sin embargo en consulta judicial de constitucional presentada por el suscrito en el año 1998, la Sala Constitucional señaló que la reglamentación se ajusta a nuestra Carta Magna, voto N° 5017 del 15 de julio de 1998.

diferencia absoluta entre ambos planteamientos, y es que Ferrajoli renuncia a la finalidad resocializadora de la sanción penal y a la flexibilidad de la pena pero dentro de un modelo que exige limitar el monto máximo de la pena a diez años. Por otro lado, y como lo veremos a continuación, lo hace en función de razones de protección a la libertad y la dignidad humana y nunca por razones de seguridad.

Nos parece interesante entonces, antes de plantear algunas observaciones a la propuesta nacional del magistrado, proceder a exponer las ideas del profesor italiano.

Desde su Teoría Sistemática y el modelo de un derecho penal mínimo, Luigi Ferrajoli pretende la reconstrucción racional del sistema penal, procesal y penitenciario, dirigido a la minimalización de la violencia y la prevención de penas arbitrarias⁶. El autor aboga por la reducción o contracción del sistema y su restitución como ultima ratio, demanda una defensa por la legalidad y la igualdad, la reducción de los amplios márgenes de discrecionalidad y arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo, así como una mayor visibilidad, controlabilidad y responsabilidad en el ejercicio de la función pública.⁷ Una lucha contra la incertidumbre y la irracionalidad del Derecho. En definitiva una defensa por la certeza racional⁸ del derecho que asegure el máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos.

El profesor italiano realiza una profunda y fundamentada crítica a la ejecución de la sanción privativa de la libertad y al funcionamiento de las cárceles. Las observaciones que realiza evidencian un vasto conocimiento no solo del marco teórico de la ejecución penal sino además de la práctica penitenciaria y su común dinámica.

Desde su posición nos ofrece una interesante propuesta de ejecución penal **denominada por nosotros como una propuesta de Derecho penitenciario mínimo**

6 FERRAJOLI, Luigi, Democracia y garantismo, op. cit., pp. 195. 252 253. Sobre la propuesta del Derecho penal mínimo y su función de la pena como prevención de la violencia, ZAFFARONI señala que constituye uno de esfuerzos contemporáneos mejor acabados de clara inspiración liberal pero advierte que más que una teoría de la pena es una propuesta política para la sociedad del futuro y que aunque no pretende la legitimación del poder punitivo su discurso no difiere de posiciones tradicionales cuando justifica el sistema en la medida de que produzca daños menores que los que se darían en su ausencia, toda vez que normalmente se ha sostenido la necesidad del poder punitivo para impedir la reaparición de formas primitivas de castigo. ZAFFARONI, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 61-62.

7 FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoría del diritto e Della democrazia, Roma, Laterza, 2007, V ° 2, p. 377.

8 Sobre la certeza del derecho penal mínimo, debe señalarse que FERRAJOLI la distingue de la certeza del derecho penal autoritario: *La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos; por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias.* FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, op.cit., p. 106.

- que sin embargo parece no haber sido atendida ni analizada desde la doctrina penal, la que como sucede normalmente concentra su estudio en aspectos del derecho procesal y de derecho penal olvidándose de la ejecución de la pena.

Parece que aún no se comprende que la fase de ejecución penal es una etapa más del proceso penal, y que precisamente todas las fases del proceso que le preceden, existen para asegurar la legitimación del castigo que se imponga.

El proceso penal no finaliza con el dictado o la firmeza de una sentencia condenatoria.⁹ Por el contrario, a partir de ahí es que se impone con mayor claridad la potestad de castigo delegada por la sociedad, a la autoridad única del Estado. Por lo tanto, lejos de cómo sucede, esta etapa requiere ser objeto de atención, análisis e investigación en función de asegurar un ejercicio transparente y objetivo de la potestad de castigo a través del fortalecimiento de las garantías del ciudadano condenado, asegurando su acceso a la justicia y el efectivo respeto de los derechos constitucionales, legales y penitenciarios. Valga señalar que este núcleo de garantías y derechos a través de los cuales, se procura equilibrar la posición del ciudadano frente al poder del Estado, *en realidad no constituyen beneficios exclusivos de los transgresores de las normas* sino que son garantías para todos: cualquiera de los que estamos fuera de los muros de la prisión, podríamos vernos repentinamente ubicados del otro lado y entonces también tendremos la posibilidad de exigir el respeto de nuestra dignidad y de nuestros derechos.

Percibir este orden del proceso y terminar con la idea de que el proceso penal finaliza con el dictado de la sentencia, resulta una ardua tarea, pues la disfunción del sistema de justicia penal es tal, que continúa acentuando y concentrando las garantías en la fase de juicio mientras tolera su disminución en la fase posterior¹⁰, donde *normalmente hasta las mismas leyes justifican que ley y orden* el típico lema de muchos sistemas penitenciarios- permitan la devaluación de los derechos fundamentales de los privados de libertad.

A) CRÍTICAS DE FERRAJOLI AL SISTEMA DE EJECUCIÓN PENAL Y LAS PRISIONES.

1 ▶ Rechazo a la finalidad de prevención especial y general de la pena.

Ferrajoli renuncia a la finalidad resocializadora de la pena y a cualquier

9 En el mismo sentido, GISBERT GISBERT, Antonio, La normativa procesal española en la ejecución de *las penas privativas de libertad*, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador), *Cárcel y derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 177. RODRÍGUEZ SÁEZ, José Antonio, El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad: un análisis del deber ser, en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coordinador), *Cárcel y derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 196-197.

10 Al respecto puede consultarse a MAPELLI CAFFARENA, Borja, Ejecución y proceso penal, en *Jornadas sobre Sistema penitenciario y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 58-59.

finalidad correctiva o pedagógica, al considerar que más que prevenir delitos o castigar determinados hechos procuran transformar personalidades desviadas de acuerdo con proyectos autoritarios de homologación o alternativamente de neutralización. Con las Ideologías RE¹¹ la pena asume la forma de un tratamiento que apunta a la transformación o neutralización y la reeducación hacia los valores dominantes, lo que impone una aflicción al sujeto y constituye una lesión a su libertad moral en menoscabo a la libertad interior del detenido y su derecho de ser y permanecer como es, al entrometerse el Estado en la personalidad psíquica del individuo y tratar de transformarlo moralmente.¹² Esta situación atenta contra el deber del Estado de igual respeto a las diferencias y la tolerancia a todos, incluso a la personalidad más perversa y enemiga.¹³ Para el autor además el fin pedagógico o de resocialización no es realizable porque las cárceles son un lugar altamente criminógeno de formación e incitación al delito.

De las diferentes posiciones del utilitarismo, la única que rescata el autor es la de la prevención general de los delitos pero considera que por sí misma no es suficiente como justificación y legitimación, pues podría dar base a una extralimitación del sistema en función de asegurar ese objetivo, por lo que señala que ese argumento debe complementarse con otra finalidad, concretamente la prevención de las penas **arbitrarias o desproporcionadas. De esta manera la prevención de delitos y de penas** arbitrarias o desproporcionadas constituyen la finalidad de la pena.

2 ▶ **Renuncia a la flexibilidad de la sanción privativa de libertad. Por la certeza en la duración de las penas.**

Para el autor la dinámica de la ejecución penal, tal y como funciona en la práctica con el otorgamiento de beneficios judiciales o penitenciarios a través de los cuales se modifica la sanción, no respeta la estricta legalidad y produce el vaciamiento de las garantías penales y procesales, lesionando la libertad y la dignidad humana.

Señala como un contrasentido que autoridades judiciales o penitenciarias modifiquen la pena determinada e impuesta por el juez sentenciador, más cuando los beneficios se otorgan por lo general al margen de los hechos cometidos y considerando más la personalidad y características internas del individuo, perdiendo así la pena su carácter abstracto e igual para convertirse en una sanción de contenido variable e indeterminado, como tal atípica y desigual. Esta dinámica cosifica al privado de libertad ya que las decisiones con relación a su libertad giran en torno a sus características interiores, que como tales son inverificables, por lo que se pierde toda expectativa en menoscabo absoluto de la dignidad humana.

11 Así se denomina a las típicas finalidades correctivas de la pena: reeducativa, resocialización, rehabilitadora, reintegradora o de reinserción social, ZAFFARONI, Raúl, Los objetivos del sistema penitenciario y las normas *constitucionales*, en BINDER, Alberto y MAIER, Julio (compiladores), *El derecho penal hoy, homenaje al prof. David Baigún*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 183.

12 FERRAJOLI, Democracia y garantismo, op.cit., p. 206.

13 FERRAJOLI, Derecho y razón, op.cit., pp. 236-237.

Para el autor esa flexibilidad de la sanción responde al carácter retributivo y pedagógico que se otorga a la pena y sobre todo a la imposición de sanciones excesivamente altas, de tal manera que flexibilización y severidad de las penas se retroalimentan y justifican recíprocamente en un círculo vicioso y perverso.¹⁴ La severidad en la imposición y la indulgencia en la ejecución, así como la diferencia entre la pena impuesta y la efectivamente cumplida, le resultan una especie de esquizofrenia que responde a una doblez de la política penal en la búsqueda de dos finalidades inconfesadas ambas incompatibles con su modelo garantista de derecho penal: el carácter ejemplar y simbólico que se da con la imposición de la condena y no solo con la amenaza legal; y el carácter correctivo y disciplinario de la prisión.¹⁵ Esa mutación de la pena produce la disolución de la legalidad y otorga a las instituciones punitivas un carácter potestativo y totalizante¹⁶.

Otro elemento nocivo del principio de flexibilidad, según el autor, es que acentúa el carácter selectivo y desigual del sistema penal, pues los criterios predominantes utilizados para resolver la procedencia o no de los beneficios son complemente clasistas porque más que el hecho y la conducta del sujeto, se pone atención a las perspectivas laborales o civiles, que obviamente son mejores para quienes gozan de un mayor nivel económico o de educación.

El vaciamiento de las garantías que la práctica penitenciaria produce, se acentúa cuando en lugar de cárceles iguales para todos, el sistema admite centros de reclusión de distinto tipo, unos con mayor grado de seguridad y contención que otros, lo que permite la clasificación de los y las personas detenidas según el supuesto grado de peligrosidad, valoración subjetiva normalmente endosada no a las autoridades judiciales sino a las penitenciarias, que se realiza por lo general, al margen de situaciones objetivas como el delito o algún otro argumento fáctico¹⁷. Esto produce un régimen carcelario dual, la disminución de derechos y el agravamiento de la sanción para un gran sector de la población penal que cumple una pena de la misma naturaleza que el resto¹⁸.

Por todas estas razones para el autor el principio de flexibilidad en la ejecución penal produce el vaciamiento del juicio y de las propias garantías penales y procesales y por lo tanto, aunque inicialmente renunciar a la misma puede considerarse un coste, para él constituye más bien una ventaja que hasta otorgaría mayor eficacia disuasoria a la pena.

14 FERRAJOLI, Luigi, Democracia y garantismo, op.cit., p. 206.

15 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, op.cit., p. 408.

16 En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), señala la necesidad de reducir al máximo las potestades discrecionales de los órganos del sistema penal de tal forma que todo esté fijado por la ley; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 02 de febrero de 2001, serie C, N° 72, párrafo 107.

17 Este factor contribuye notablemente a agravar la atipicidad y la imprevisibilidad de los contenidos de la detención. Dos siglos después han mejorado las condiciones de las cárceles pero no ha cambiado sino que incluso *se ha agravado, la indeterminación del castigo*. FERRAJOLI, Luigi, Democracia y garantismo, op.cit., pp. 204-205.

18 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón..., op.cit., pp. 723.

Así, desde el marco de un derecho penal mínimo, contra la flexibilidad de la pena se propone la garantía de la certeza de su duración, como un factor de mitigación de la ejecución penal que otorga más tranquilidad y bienestar al condenado y confiere a la *sanción penal un mayor efecto disuasorio*.¹⁹

La privación de libertad se ha convertido en la principal de las sanciones penales. Para Ferrajoli es necesario eliminarla pues no es idónea para alcanzar sus finalidades, básicamente por su alto factor criminógeno al constituir las cárceles más bien escuelas de delincuencia y de reclutamiento de la criminalidad organizada, lo que exige plantearse una nueva estrategia de reforma del derecho penal, donde se procure aunque sea a largo plazo, la supresión integral de las penas privativas de libertad y mientras tanto, al menos la reducción de su duración legal, sobre todo porque a pesar de sustituir las penas atroces, la cárcel no se limita a privar al sujeto de su libertad, sino que mantiene aún mucho de aflicción física. A ese sufrimiento se añade la aflicción psicológica que se genera a punta de soledad, aislamiento, disciplina, pérdida de sociabilidad, afectividad y hasta de la propia identidad, unido a una pretensión reeducativa y a tratamientos que de una u otra forma procuran plegar y hasta transformar a la persona del preso. Estas angustias unidas a la imprevisibilidad del contenido de la privación de libertad que se genera con la incertidumbre de los beneficios confiados a la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias, otorga a la sanción penal un carácter arbitrario y desigual, como tal violatorio de la dignidad humana, razones suficientes para deslegitimarla y erradicarla.²⁰

B) NUEVO MODELO DE EJECUCIÓN PENAL.

La renuncia a las ideologías Re y a la flexibilidad de la privación de la libertad, son los postulados fundamentales de su propuesta de ejecución penal, concretándose la misma con la determinación de la pena mínima necesaria en sede legislativa y jurisdiccional, la supresión de la pena de muerte y de las penas perpetuas²¹, la reducción de las penas privativas de libertad proponiendo un límite máximo de 10 años- y la eliminación de los beneficios penitenciarios o su transformación de tal forma que no se otorguen a modo de premios sino como derechos de todos los sujetos. Al mismo tiempo laprevisión de todas las medidas alternativas como penas directamente irrogables a la condena, de tal forma que la libertad vigilada,

19 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón , op.cit., p. 410.

20 Ibidem, pp. 413-415.

21 No profundizamos en las críticas del autor a la pena de muerte o las penas perpetuas, por considerar que si bien son temas importantes y actuales en sociedades donde de ordinario se impone ese tipo de sanciones, como en Estados Unidos de Norteamérica, no resultan sanciones comunes en la realidad penitenciaria de la unión europea ni en la latinoamericana. Sobre los argumentos para la abolición de las penas perpetuas, FERRAJOLI, Luigi. *Ergastolo y Derechos Fundamentales* , en *Anuario de Derecho Penal: el sistema de penas del nuevo Código Penal*, Lima, 1999, pp. 295-306.

el arresto domiciliario y la semilibertad se establezcan como penas exclusivas para los delitos leves y como penas accesorias, para los delitos más graves, transcurrido un breve periodo de tiempo de reclusión.²²

C) CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA PROPUESTA DE FERRAJOLI.

Compartimos muchas de las críticas, denuncias y demandas del autor, sobre todo la necesidad de una contracción del sistema penal, la reducción de las penas y la aplicación de sanciones alternativas²³, pero disentimos de algunas de observaciones y propuestas de solución.

Desde nuestro punto de vista es objetable la renuncia a la resocialización y a las *finalidades de prevención especial positiva de la pena, siempre que por ideologías RE* no se comprenda la imposición de tratamiento ni modificación de la personalidad del individuo, sino la obligación del Estado de brindar al sujeto las prestaciones sociales que probablemente nunca le aseguró previamente a su ingreso a prisión, básicamente la atención a su educación, capacitación laboral y el efectivo respeto de sus derechos fundamentales²⁴. Ciertamente que la resocialización no es un argumento técnicamente válido de justificación de la pena porque desde un deber ser no puede justificarse las razones por las que existe la pena- pero eso no hace que tenga que excluirse también como finalidad. Como tal incluso es un elemento valioso para evaluar el cumplimiento de los objetivos de las tareas del sistema de justicia, sobre todo cuando de lo que se trata al final de cuentas es de encargarse de un grupo de ciudadanos que en su mayoría no ha atendido el Estado hasta ese momento.

La doctrina penal latinoamericana denomina a las diferentes alternativas que se invocan como finalidad de la pena desde la prevención especial positiva, como las ideologías RE . A lo mejor sería más apropiado eliminar el RE y como objetivo tener el procurar educar²⁵, insertar, adaptar, incorporar o habilitar al sujeto porque la mayoría de la clientela penal probablemente nunca ha completado ni el procesobásico de educación formal y siempre ha sido excluida y ha estado marginada y auto-marginada de la sociedad no es técnicamente adecuado hablar

22 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón , op.cit., pp. 419-420.

23 Es importante señalar que nos limitaremos a un análisis de la propuesta penitenciaria, omitiendo referencia a su teoría sobre el modelo de Estado toda vez que aunque es muy interesante y atractivo, es un aspecto que escapa a los objetivos de nuestra investigación y a su dimensión.

24 Sobre resocialización y la democratización de las relaciones internas en prisión, MAPELLI CAFARRENA, Borja, *Principios fundamentales del sistema*, op.cit., p. 150 y por el mismo autor, *Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario* , en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI (1993), pp. 17-42.

25 Una crítica en el mismo sentido al concepto de reeducación , en GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Funciones y fines de las instituciones penitenciarias*, en *COBO DEL ROSAL, Manuel (director), Comentarios a la legislación penal*, Madrid, Edersa, 1984, T.VI, V.1, pp. 27-31.

de volver a educar a quien no ha sido educado, readaptar a quien no ha estado adaptado o volver a insertar a quien siempre se ha marginado o excluido²⁶.

A FERRAJOLI le resulta intolerable la disposición de cualquier actividad pedagógica o correctiva durante el cumplimiento de la pena, sin embargo su defensa a ultranza de la libertad, la autodeterminación y el respeto de la persona detenida parece olvidar que la mayoría de las personas que están en prisión no llegan ahí por convicción y decisión personal, sino sobre todo por la influencia de toda una serie de factores sociales, culturales y económicos. De hecho no es coincidencia que el mayor porcentaje de reclusos en Latinoamérica y Europa, lo conforman infractores de delitos contra la propiedad en un altísimo grado con problemas de drogodependencia- y tráfico de drogas. Por esta razón consideramos que al menos, como lo propone ZAFFARONI²⁷, es válido rescatar la oportunidad del Estado de atender a esta población y aprovechar el periodo de encierro para brindar más que un tratamiento un trato digno a los detenidos y garantizar su vida, su integridad física y psíquica, realizando además un esfuerzo para que la prisión resulte lo menos deteriorante posible y se reduzca los niveles de vulnerabilidad²⁸ de la población penal de tal forma que al egresar no responda al estereotipo introyectado socialmente y reforzado por el sistema de justicia penal. No se trata de mejorar los valores ni interferir en su consciencia eso no es válido en un Estado de derecho- sino solo enseñarle a abstenerse de hacer un ofrecimiento grosero a la trampa del poder punitivo²⁹ FERRAJOLI rechaza el principio de flexibilización de la pena sin embargo desde nuestro punto de vista, se hace necesario su

26 Los perfiles de la población penal de cualquier país del planeta reflejan una población de características propias de comunidades marginales, con bajos niveles de educación y formación y muchos con serios problemas de adicción a las drogas.

27 ZARRAFONI, Eugenio, *Derecho penal*, op.cit., pp. 892-895. El autor quiebra las ideologías RE por considerar que tienen un alto fondo autoritario al intentar interferir y modificar las opciones de las personas sin embargo reconoce que la prevención especial positiva sigue vigente en el penitenciarismo latinoamericano, así como en Europa, Japón y Canadá, sobre todo por disposiciones constitucionales vigentes y ante esa situación es válido al menos reinterpretar el concepto de readaptación social y no comprenderlo como el reingreso del sujeto como un ser moralmente superior son de conformidad con criterios de interpretación progresiva.

28 Sobre la prisión como una clínica de la vulnerabilidad, CESANO, José Daniel, *Legalidad y control judicial. Construcción de garantías para lograr un trato humano en prisión. Reflexiones a partir de la realidad argentina*, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, N° 118 (2007), p. 27.

29 Aconseja el autor que el penitenciarismo asuma la realidad de los datos de las ciencias sociales y reelabore un discurso diferente y más realista, considerando que la mayoría de los presos los atrapa el sistema por su vulnerabilidad no solo por su coincidencia con el estereotipo criminal sino también por su personal disposición a asumir los roles asignados por los estereotipos-, situación que se ve acentuada o reforzada con el encierro que condiciona patologías regresivas al generar un orden violento que solo permite la supervivencia conforme a pautas propias de etapas ya superadas niñez y adolescencia-, destruyendo sus rasgos adultos. ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho penal*, op.cit., p 893. En el mismo sentido, sobre el reforzamiento de los estereotipos en la cárcel (desviación secundaria), LARRAURI, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, México, Siglo XXI editora, 1992, p. 37 y CESANO, José Daniel, *Legalidad y control judicial. Construcción de garantías para lograr un trato humano en prisión. Reflexiones a partir de la realidad argentina*, en *Boletín mexicano*, op.cit., p. 27.

fortalecimiento. No solo porque las sanciones penales sean en general muy altas porque el principio también es importante tratándose de penas breves, sino porque tal y como lo señala las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas-, es recomendable procurar la reincorporación paulatina del sujeto a la sociedad, de tal manera que no se le exponga abruptamente a la comunidad.

Por otro lado consideramos que el hecho de poder modificar la modalidad de cumplimiento de la sanción durante el transcurso de su ejecución no transforma a la misma en incierta e indeterminada, siempre que el privado o privada de libertad conozca el máximo de tiempo que podría estar recluso y se le brinde al mismo tiempo la información y la asesoría necesaria sobre los momentos en que podría optar por un régimen más favorable, los requisitos, sus posibilidades, expectativas así como sobre los medios de impugnación en caso de una respuesta desfavorable.

FERRAJOLI considera que los beneficios penitenciarios y la mutación de la pena producen la disolución de la legalidad y convierten a la prisión es una institución potestativa y totalizante, porque esa flexibilidad cosifica al condenado de esa manera queda comprometido con la pena y una vez encarcelado no tiene una pena cierta que cumplir sino un mañana incierto que negociar cada día con sus carceleros³⁰ y por esa razón en lugar de la flexibilización de la pena y como un factor de mitigación de la ejecución penal, propone la certeza de la duración de la pena, garantizando así la libertad interior del sujeto frente al arbitrio, su bienestar personal y el respeto a su dignidad personal. Discrepamos con el autor porque no creemos que sea la mutación de la pena lo que convierta la prisión es una institución totalizante³¹ ni la que produzca el vaciamiento de las garantías sino que ese defecto o efecto se produce por la naturaleza misma de la cárcel. Es su dinámica ontológica la que disminuye muchos de los derechos del privado y privada de libertad, sobre todo porque asegurar la limitación de la libertad ambulatoria implica la restricción simultánea de muchos otros derechos y porque bajo encierro se despersonaliza al ser humano obligándosele a depender prácticamente para todo de autorizaciones o permisos de la autoridad administrativa, cual si fuera una persona incapaz o que no puede valerse por sí mismo³². Más que la incertidumbre que generan los beneficios penitenciarios, es el propio encierro lo que oprime y angustia al individuo y con o sin beneficios penitenciarios la cárcel seguirá siendo una institución totalizante

30 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, op.cit., p. 409.

31 Sobre la dinámica de las instituciones totales, GOFFMAN, Irving, *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu, 1994, p. 51.

32 Desde el primer momento en que se ingresa a prisión el individuo prácticamente pierde su potestad decisoria y solo le queda someterse a las ordenanzas y disposiciones penitenciarias: dónde dormir, con quién?, a qué hora ir a la cama y hasta qué hora dormir?, qué comer?, dónde comer?, a qué hora comer?, quién le visita?, cuándo, cuantos y durante cuánto tiempo?, qué deportes puede practicar?, cuando puede comunicarse al exterior y a quién puede llamar?, si puede trabajar y en qué?, qué ropa puede usar y de qué color?, qué objetos personales puede utilizar, cuánto dinero puede portar, con quién se puede acostar y por cuánto tiempo? Esto solo como ejemplo de algunas de las situaciones ordinarias de vida a las que se ve sometido el preso.

por la concentración de poder en manos de la administración penitenciaria y el sometimiento absoluto del preso a esa autoridad.

No compartimos la idea de FERRAJOLI de suprimir los beneficios penitenciarios o automatizar su procedencia, como solución al problema de la ejecución porque la situación se produce por la falta de garantías suficientes que le aseguran al sujeto que la sanción impuesta se cumplirá con objetividad, de conformidad con lo dispuesto por la ley. Solo la efectiva vigencia del principio de legalidad ejecutiva y la existencia de un control judicial fuerte y accesible al detenido, podría asegurar una mayor certeza de sus expectativas y su vida en prisión. Mientras no se cumpla con ese principio en la ejecución de las penas, con o sin beneficios penitenciarios, las sanciones seguirán siendo inciertas y el preso tendrá que continuar negociando su día a día con los carceleros.

Con la progresividad y el egreso anticipado de prisión se procura un efecto moderador de la nocividad de la prisión de hecho está demostrado que entre más prolongado sea el encierro más difícil resultará la reinserción del individuo³³-. Suprimir esa modalidad en función de una mayor certeza de las expectativas del preso, asegurar su libertad interior y su bienestar personal en definitiva significa coartar las posibilidades del sujeto de disfrutar de una modalidad de pena menos restrictiva de su libertad y del mayor y hasta pleno disfrute de otros derechos que bajo encierro normalmente también se ven limitados. La libertad implica la capacidad de autodeterminación del sujeto y su posibilidad de obrar sin coacciones que no se amparen en justa causa³⁴. Como tal tiene manifestaciones físicas y sociales, pues implica tanto la libertad de movimiento del individuo como el derecho a su libre determinación de la personalidad. La sanción penal privativa de libertad impone una restricción a esa

libertad de movimiento³⁵ pero el encierro al final también significa restricción a la libre determinación de la personalidad del sujeto, sobre todo por las limitaciones que impone en su proyecto de vida. La posición de Ferrajoli al oponerse a la finalidad resocializadora y a la flexibilidad de la pena, parece que se fundamenta en que a través de esos mecanismos el sujeto podría verse obligado a modificar su personalidad para egresar con anticipación de la prisión y en función de eso opta por suprimir esos beneficios o al menos la dinámica como funcionan. De esta manera por defender a ultranza una de las dimensiones de la libertad, la libre determinación de la personalidad, con la propuesta se restringe las posibilidades del sujeto de disfrutar de un mayor grado de la libertad a través del cumplimiento de

33 En el mismo sentido, FERNÁNDEZ, María y MANGIAFICO, David, Qué hay detrás de la sentencia condenatoria? Algunas notas sobre ejecución penal , disponible en www.carlosparma.com.ar

34 Sobre el concepto de libertad y sus dimensiones, CESANO, José Daniel, Derecho fundamentales de los condenados a penas privativas de libertad y restricciones legales y reglamentarias: en búsqueda de los límites del legislador y de la administración , disponible en http://www.eldial.com.ar/edicion/penal/cpen_penal.asp

35 POSADA, Juan David, La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal , en Nuevo foro penal, Tercera época, N° 64., (2003), p. 124.

la sanción bajo una modalidad abierta como la libertad condicional-, de tal forma que pareciera que en nombre de la defensa de la libertad termina restringiendo la libertad misma. Es cierto que la libre autodeterminación de la personalidad es un postulado fundamental del Estado de derecho, pero no consideramos que esa dimensión de la libertad se vea coartada con la flexibilidad de la pena aplicada conforme a disposiciones legales adecuadas y comprendida la resocialización no como modificación de la personalidad sino como el deber del Estado de ofrecer al condenado procesos de atención que le permitan voluntariamente elaborar insumos que le faciliten construir un proyecto de vida al margen del delito.

No coincidimos con el autor cuando señala que la principal razón que justifica la flexibilidad de las penas y los beneficios penitenciarios sea los montos altos de las sanciones penales ni cuando indica que prescindiendo de la doblez de la sanción y de esa hipocresía institucional que impone altas penas para luego atenuarlas, la pena obtenga un carácter más disuasorio.

El surgimiento de los beneficios penitenciarios se remonta casi a los orígenes mismos del penitenciarismo³⁶ y se justifican en razones de humanismo, para todas las penas independientemente de los montos de la sanción. No es cierto que los beneficios penitenciarios justifiquen la imposición de penas elevadas y prueba de ello es que actualmente las tendencias expansivas del derecho penal y sobre todo del denominado derecho penal del enemigo³⁷ promulgan el aumento de penas y la reducción de los beneficios.

Consideramos que el efecto disuasorio de la ley penal, con o sin beneficios, es mínimo y prueba de ello es que por ejemplo la delincuencia en delitos sexuales o en materia de violencia de género se ha mantenido ascendente a pesar de las reformas legales y el endurecimiento de las penas. Y en la población donde el derecho penal sí funciona como amenaza, la existencia o no de beneficios no resultará tan relevante porque el eventual ingreso a prisión es lo que genera el efecto amenazante.

Compartimos la crítica de Ferrajoli de que en la práctica penitenciaria normalmente es amplísimo el poder discrecional que se otorga a los funcionarios penitenciarios y judiciales para resolver la procedencia o no de beneficios e incluso muchas veces los criterios varían completamente de una cárcel a otra, de un pabellón al otro o de un circuito judicial a otro, y que esa situación genera incerteza, un trato desigual y lesiona la dignidad del preso, sin embargo consideramos que lo que genera esa nociva incertidumbre no es la existencia de beneficios sino la forma arbitraria como se resuelven los mismos³⁸. Por eso la

36 Como señalamos en el primer capítulo, es BENTHAM con su proyecto panóptico, a quien identifica la doctrina como el propulsor de los beneficios penitenciarios.

37 Sobre el derecho penal mínimo y sus propuestas, ver capítulo siguiente.

38 En el mismo sentido, TOSELLI, Nicolás, Pautas para la supervivencia de un régimen progresivo de ejecución de la pena en la República de Argentina, en FELLINI, Zulita (directora), *Derecho penal de ejecución penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 269, y ALDERETE LOBO, Rubén, La judicialización y el principio de legalidad en la ejecución penal, en *Revista de derecho penal y proceso penal*, N° 2 (2004).

solución no está en suprimir la flexibilidad de la pena sino que debe resolverse asegurando la efectiva vigencia del principio de legalidad en la ejecución penal y procediendo a disminuir la discrecionalidad de las autoridades competentes, regulando y limitando sus atribuciones³⁹, potenciando las facultades del juez de vigilancia penitenciaria y el control de la legalidad y sometiendo a éste también a un control mediante una segunda instancia concentrada y especializada: *cabe proponer un amplio debate que por supuesto involucre no sólo a los estudiosos de la cárcel en sus distintos niveles disciplinarios, sino también a los deferentes implicados en su funcionamiento (funcionarios, jueces, fiscales). Dicho debate debería estar orientado a reconducir la única posibilidad viable para que la institución penitenciaria no siga siendo el ámbito donde la Administración mantenga la última palabra para decidir sobre la permanencia de los condenados. Esa posibilidad está dada con la limitación al máximo de la discrecionalidad de la Administración o del juicio a los técnicos. Esto únicamente podría lograrse con un potencialismo de las capacidades de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y con un desarrollo integral de la posible actividad del Ministerio Público. De otro modo, ocuparse de la cuestión penitenciaria puede suponer seguir hablando del sexo de los ángeles y no manifestar una voluntad expresa de asumir responsabilidades y eliminar conflictos, pues sobre estos se montan las oleadas de pánico que ponen en juego la forma Estado de Derecho⁴⁰.*

Ante este fenómeno innegable que caracteriza la dinámica penitenciaria más que prescindir de la aplicación de los beneficios consideramos que lo que se necesita es someter el derecho penitenciario a la misma cirugía que el minimalismo le aplica al Derecho penal, asegurando la regulación específica del cumplimiento de las penas, la mayor precisión en su terminología, reducir los niveles de discrecionalidad y arbitrariedad, excluir las decisiones meramente potestativas y asegurar el mayor grado de certeza y seguridad jurídica.

Si la ejecución de la pena es como se comprende modernamente, la última fase del proceso penal, en esta fase debe regir la garantía ejecutiva y la estricta legalidad

NORMALMENTE EL QUE CARECE DE APOYO FAMILIAR, LABORAL, EDUCACIÓN O RECURSOS ECONÓMICOS NO RECIBE LOS BENEFICIOS.

39 Un buen ejemplo de un esfuerzo en este sentido se encuentra en el sistema penitenciario español, donde la propia autoridad penitenciaria procurando una mayor objetividad en su actuación, ha girado instrucciones y tablas de variables para orientar las decisiones en materia de clasificación de la población y el otorgamiento de permisos, como se aprecia en las instrucciones de la Dirección de Instituciones Penitenciarias, I/9/2007 de 21 de mayo en materia de clasificación- y la 22/1996 de 16 de diciembre regulación de los permisos-.

40 BERGALLI, Roberto, Pánico social y fragilidad del Estado de Derecho. Conflictos instrumentales entre administración y jurisdicción Penitenciaria (o para dejar de hablar del sexo de los ángeles en la cuestión penitenciaria), en RIVERA BEIRAS, Iñaki, *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 115.

de tal manera que las prisiones se manejen de conformidad con lo establecido por las leyes y no al amparo de favores, gracias, sobornos, costumbres, beneficios especiales, concesiones o normas reglamentarias auto impuestas.

Recordemos que en el Estado de derecho el nuevo Derecho penal surgió como un instrumento contra el despotismo, la violencia, la arbitrariedad y las penas inhumanas y degradantes, más en la construcción de las nuevas técnicas también el Estado, debe proteger al ciudadano del Derecho penal y sus excesos. Las exigencias derivadas de las garantías procesales y sobremanera del principio de legalidad, han sido una de las aportaciones más valiosas del Iluminismo que generó a partir de la Revolución Francesa la transformación de los Estados democráticos. Hoy debe asegurarse que el grito por la legalización del Derecho Penal incluya todas las fases del mismo, desde la previa determinación de las conductas u omisiones reprochables, la determinación de la sanción, la inicial investigación, la interrogación, el procedimiento del juicio oral, hasta y sobre todo, en la materialización del castigo, objetivo básico de todo el procedimiento.

La vigencia de la garantía ejecutiva en el Estado de derecho, se impone como una necesidad básica de legitimación del poder.

Tampoco compartimos la propuesta de FERRAJOLI de que los beneficios penitenciarios funcionen de forma automática o de pleno derecho y no de manera potestativa y discrecional- para de esa forma prescindir de cualquier valoración sobre la personalidad del sujeto y sus circunstancias más allá que las del hecho delictivo. Una medida de ese tipo podría atentar contra la misma finalidad de la pena, pues los procesos de liberación anticipada se justifican desde la perspectiva resocializadora pero siempre que al mismo tiempo no haya mayor riesgo de continuación de la actividad delictiva. En todo caso, aunque se procediera como lo sugiere el autor, siempre se terminará realizando las valoraciones que pretende evitar, sobre todo en el supuesto de la denuncia del incumplimiento de las condiciones o prohibiciones que de ordinario se imponen al sujeto cuando se otorgan los beneficios legales y penitenciarios.

Un argumento más contra el principio de flexibilización es que en la práctica los criterios con que se otorgan los beneficios penitenciarios reflejan el carácter discriminatorio y clasista del derecho penal, porque normalmente el que carece de apoyo familiar, laboral, educación o recursos económicos no recibe los beneficios.

Efectivamente es acertada la crítica⁴¹ pero tampoco consideramos que sea motivo suficiente como para modificar la naturaleza de los beneficios porque el inconveniente no está en la institución de la libertad condicional, el tercer grado o los permisos de salida sino en los criterios con base en los que se resuelven y en la omisión estatal de brindar soluciones y opciones para este tipo de delincuentes,

41 Al respecto las mismas instrucciones y tablas de variables comentadas en la cita anterior podrían reflejar algunos criterios que pueden cuestionarse por discriminatorios, como por ejemplo cuando se valora de mejor forma al preso con recurso familiar de apoyo que a uno sin familia pero con un recurso externo real y sólido, o cuando las posibilidades del sujeto sean más ventajosas conforme a una oferta laboral o a su ciudadanía.

que valga señalar normalmente constituyen el grupo mayoritario de la población penal como consecuencia de la conocida selectividad con que opera el sistema penal. Mejor sería exigir al Estado proyectos de apoyo para esta población, como por ejemplo buscar el contacto del sujeto con líderes comunales, procurar hogares sustitutos o comunidades de internos que puedan desenvolverse al exterior apoyándose entre ellos, talleres de capacitación laboral, bolsas de empleo, centros de desintoxicación y tratamiento de drogodependientes, etcétera.

Señala el autor que la severidad en la imposición de penas y la indulgencia en su ejecución, resulta una esquizofrenia y una especie de hipocresía institucional que responde a funciones no declaradas de la pena y resta eficacia disuasoria a la sanción.

Al respecto solo cabe anotar que pareciera que FERRAJOLI cae en el error de considerar que con los beneficios penitenciarios cesa la privación de libertad, cuando en realidad son solo una modalidad distinta para su cumplimiento⁴².

El autor también cuestiona la existencia de centros penitenciarios con diferente grado de contención por quebrantar el carácter igualitario de la pena, objeción que no consideramos oportuna. Es cierto que es importante fiscalizar a la autoridad penitenciaria cuando define la ubicación del sujeto pero la clasificación penitenciaria es parte importante para el control y la atención técnica de la población penal, sobre todo ante las diferentes condiciones criminológicas de los sujetos que habitan la cárcel. Las decisiones en materia penitenciaria no son irrefutables como lo señala FERRAJOLI porque eso significaría que el fallo sobre un beneficio en un caso determinado, sea igualmente válido tanto si se rechaza como si se aprueba. Estas decisiones no son potestativas, no lo puede ser en la medida que exista una ley que regule con precisión la forma como se administran las prisiones y los requisitos necesarios para otorgar un beneficio o modificar la sanción, de tal manera que las decisiones del Juez de Vigilancia entonces serán juicios de comprobación, como tal necesariamente motivados en hechos y derecho (decisiones sujetas a verificación empírica).

El gobierno de los jueces también debe alcanzar el mundo penitenciario. Lo contrario sería permitir que el Estado constitucional se detenga ante las rejas de las prisiones. El principio de legalidad debe regir las cárceles y en consecuencia un juez debe asegurar ese principio, declarando la invalidez o ilicitud de toda actuación que no hay respetado la legalidad.

Por todas estas razones consideramos que la propuesta de suprimir la flexibilización de la sanción penal no es acertada⁴³ y que lo que se necesita es

42 Sobre la falsa premisa de que los beneficios penitenciarios no constituyen una forma de cumplimiento de la *sanción privativa de libertad*, GARCÍA ALBERO, Ramón y TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La Reforma de la Ejecución Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 35 y a GARCÍA ARÁN, Mercedes., *La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo, en La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N° 30 (2006), pp. 5-14.

43 Nos atrevemos a señalar a esta solución como algo arriesgada, comprendiendo sí que el autor la propone partiendo del supuesto de una reducción significativa de las sanciones. Lo decimos en el sentido de que la medida podría ser atendida por algunos legisladores que únicamente podrían

regular los amplios poderes discrecionales que existen a la hora de resolver los beneficios, asegurar el contradictorio en la fase de ejecución penal, incrementar las facultades del juez de vigilancia penitenciaria y asegurar la vigencia del principio de legalidad⁴⁴ y el control judicial en esta fase del proceso.

d. Sobre la renuncia a la flexibilidad de la pena en Costa Rica.

Volviendo al tema que nos trajo a esta reflexión, debemos señalar nuestra preocupación y oposición a la promoción de un discurso propio del populismo punitivo que procura la eliminación de los beneficios penitenciarios por éstos responden a la finalidad resocializadora de la sanción privativa de libertad y ésta finalidad tiene base supralegal pues se establece como tal en la Convención Americana de Derechos Humanos (inciso 6 del artículo 5) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (inciso 3 del artículo 10). Por otro lado, conforme jurisprudencia de la Sala Constitucional⁴⁵, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos constituyen derechos constitucionalmente reconocidos al privado de libertad y en estas Reglas expresamente se establece en la número 60 la importancia de asegurar al individuo un retorno progresivo a la vida en sociedad, mediante un régimen preparatorio para su liberación o mediante una libertad condicional.

En la práctica ya existe en Costa Rica la pena perpetua pues si sumamos al promedio de primer ingreso al sistema penitenciario el tanto de cincuenta años de privación de libertad, probablemente se exceda el promedio de vida del ciudadano costarricense. Ese máximo legal, debemos reconocer que con la venia de la Sala

Constitucional, resulta uno de los más altos del continente y la reforma que estableció ese límite contra la expresa prohibición de penas perpetuas que estableció el legislador constituyente- genera ya una población penal que la autoridad penitenciaria no tiene idea de cómo atender y que resulta de difícil control y contención pues cuando se tiene una pena pendiente de 40 o 50 años ya no se tiene nada que perder y frente a ese monto de penas normalmente nada

darle cumplimiento parcial, reduciendo o eliminando beneficios sin disminuir al mismo tiempo las sanciones y entonces la situación sí que resultaría a todas luces contraproducente pues sin lugar a dudas significaría el incremento directo de la población penal con las consecuencias del hacinamiento. Un claro ejemplo histórico lo podemos ver en la situación actual de los Estados Unidos de América, donde la línea dura, la imposición tasada de penas y la reducción de beneficios en pocos años lo han convertido en el país con mayores porcentajes de encierro. Al respecto puede consultarse a CHRISTIE, Nils, Los maxien carceladores , en Archipiélago, N° 55 (2003), marzo-abril, pp. 95-99, y en la misma revista, HARCOUR, Bernard, *Desorden público y observancia de la ley. Delincuencia y Punición en Estados Unidos* , pp. 82-93 Igualmente LARRAURI, Elena, Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español , en VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y Castigar*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 1-7.

44 Sobre la importancia de la vigencia del principio de legalidad en la ejecución penal para asegurar el respeto de los derechos de los reclusos y garantizar la certeza punitiva, MAPELLI CAFARRENA, Borja, *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, op.cit., p. 150 y Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario , en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI (1993) pp. 17-42.

45 Sala Constitucional, voto N° 3502 del 20 de junio de 1997.

hay que ofrecer. Y es que actualmente los sujetos con penas altas no son uno ni diez: conforme los datos del Departamento de Investigación y Estadística del Ministerio de Justicia y Gracia⁴⁶, actualmente existen 539 internos descontando penas de treinta años o más, 105 de los cuales tienen penas de cuarenta a menos de cincuenta años de prisión y 63 con una pena de cincuenta años, sea que ya *hay 168 privados de libertad de esos que ellos mismos denominan, de los que no salen* .

El fracaso en la resocialización de la población privada de libertad no es un fracaso exclusivo del sistema penitenciario sino de toda la sociedad y si se pretende un resultado positivo en materia de seguridad, es importante no solo fortalecer el cuerpo de policías, de fiscales y jueces sino también, asegurar personal técnico penitenciario trabajadores sociales, psicólogos, orientadores, capacitadores laborales, psiquiatras, sociólogos, etc.- para atender las necesidades y vulnerabilidades de la población penal y procurar hacer realidad su inserción social al margen de la delincuencia.

Solo cabe recordar que el proceso penal no es un mecanismo ni una arma para combatir la delincuencia sino un instrumento para controlar el ejercicio de la actividad punitiva del Estado. Tampoco debemos olvidar que el Derecho Penal no combate las causas de la delincuencia sino solo sus efectos. No consideramos éticamente correcto ofrecer como la solución a un problema lo que científicamente está demostrado que no constituye su efectivo remedio, menos cuando esa solución solo incremeta la violencia institucional, obstruye alcanzar las finalidades de la pena y genera un hacinamiento penitenciario que constituye ya en algunas cárceles costarricenses, un trato cruel e inhumano.

⁴⁶ Datos brindados por el jefe del Departamento, Lic. Luis Bernardo Arguedas al defensor público Lic. Héctor Sánchez Ureña, quien nos ha facilitado la información.

ASPECTOS PSICOSOCIALES Y CRIMINOLÓGICOS DE LA VICTIMOLOGÍA:

UNA APROXIMACIÓN A LA REALIDAD COSTARRICENSE.

M. Sc. Mario Alberto Sáenz Rojas¹

Universidad Católica de Costa Rica

Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito
del Ministerio Público, Poder Judicial, Costa Rica

Licda. Yessenia Valverde Zumbado²

Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito
del Ministerio Público, Poder Judicial, Costa Rica

1 Licenciado en Psicología por la Universidad de Costa Rica y Magister en Criminología por la Universidad Estatal a Distancia. Profesor de la Universidad Católica de Costa Rica y de la Universidad de Costa Rica, Sede Guanacaste. Funcionario de la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito del Ministerio Público. Apdo. Postal 1871-1100, Tibás, Costa Rica, A. C. E-mail: masaenz65@yahoo.com, masaenz65@gmail.com, msaenzr@Poder-Judicial.go.cr

2 Licenciada en Trabajo Social por la Universidad de Costa Rica. Funcionaria de la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito del Ministerio Público. E-mail: yvalverde@Poder-Judicial.go.cr, yvalverde@hotmail.com, yvalverde@gmail.com

Resumen: Este trabajo plantea la definición de víctima y victimología, sobre lo cual concluye resaltando la madurez intelectual reinante en el país como para abogar por el reconocimiento de una disciplina científica independiente de la criminología y con su propio sistema de conocimientos. Además, reconoce diferentes tipologías victimales, así como el papel protagónico de la víctima dentro del proceso penal costarricense, según la legislación vigente.

Se discute sobre las consecuencias del delito que sufre la víctima en general, la noción de trauma y la urgente necesidad de atender dichas repercusiones desde una perspectiva integral.

Por último, se destaca la forma en que el número de atenciones creció durante el año 2010, las características de vulnerabilidad que prevalecen en una mayoría de víctimas y la cobertura de la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito en todas las regiones del país.

Palabras clave: Victimología, Psicología Social, Psicología Forense, Criminología, Trabajo Social, Síndrome de Estrés Postraumático, Trauma Psicosocial, Violencia Interpersonal, Psicoterapia, Costa Rica

INTRODUCCIÓN

La victimización se ha convertido en un tema presente en la agenda pública nacional. La preocupación por las víctimas de delitos no sólo ha abarcado a la opinión pública, juristas, instituciones y políticos, sino que, además, ha conllevado la promulgación de nuevas leyes al respecto.

De esta manera, el Código Procesal Penal que entró en vigencia en enero de 1998 le otorgó a la víctima, en su artículo 71, un lugar protagónico en el proceso penal y el reconocimiento de sujeto de derechos. Con posterioridad, en el año 2000 se creó la Oficina de Atención a la Víctima del Delito, adscrita al Ministerio Público. Más adelante, en 2008, se promulgó la Ley N° 8720 (Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal), con la cual la supracitada dependencia obtuvo un marco legal que le dio respaldo,

En el ámbito nacional resulta innegable, por ejemplo, que las tasas de ciertos delitos se han incrementado notoriamente y, por ende, la victimización también, lo cual exige un trabajo más comprometido y de mayores dimensiones para la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito. Como muestra de lo anterior, en la tabla 1 se presenta las tasas de algunos delitos a lo largo de la década 2000-2009.

Tabla N° 1

**Tasas de víctimas de diversos delitos por 100 mil habitantes, por tipo de delito, según año:
Costa Rica, 2000-2009**

Tipo de delito	Años									
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Homicidio doloso	6,4	6,4	6,3	7,2	6,6	7,8	7,9	8,5	11,7	11,8
Homicidio culposo	15,3	15,5	14,3	12,7	13,4	13,1	14,1	14,3	14,7	13,4

Fuente: Sección de Estadística, Departamento de Planificación, Poder Judicial.

Aunado a ello, Sagot y Guzmán (2004) establecieron que en Costa Rica el 57,7% de las mujeres encuestadas ha sufrido, al menos, un evento de violencia física o sexual en algún momento de su vida desde los 16 años de edad.

Así las cosas, el presente trabajo se ha propuesto contribuir a la discusión teórica sobre la victimología en Costa Rica y analizar el papel que, concomitantemente, desarrolla la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito del Ministerio Público.

Para tales efectos, esta propuesta se ha organizado en varios apartados. Inicia con la discusión conceptual de dos términos particulares (víctima y victimología).

Posteriormente se analiza el surgimiento de la preocupación por la víctima, precisamente luego del holocausto nazi, dejando claro que esta preocupación no va en detrimento de los derechos del imputado, así como los niveles o grados de victimización existentes. En tercera instancia se exponen algunas clasificaciones que se han elaborado en torno a la figura de la víctima, retomando los aportes de Mendelson y von Hentig, y cerrando con las tipologías de contribución victimal y de vulnerabilidad de la víctima.

En cuarto lugar, se reseña las consecuencias del delito para la víctima y se discute la noción de trauma. Como quinto apartado se realiza una breve alusión al inicio de la Oficina de Atención a la Víctima del Delito, se explica la atención que se brinda desde cada una de las áreas y se presentan algunos datos estadísticos en torno a la cantidad de personas atendidas desde el año 2000, centrándose en detalles del año 2010, tales como víctimas por tipo de delito, víctimas por programa y víctimas por jurisdicción, entre otros.

Por último, en el apartado de consideraciones finales se ofrece al lector una reflexión en torno al marco conceptual, la estigmatización de la víctima y la importancia de su atención y sensibilización, el mejoramiento de la calidad de vida de las víctimas y el impacto del trabajo desarrollado por la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito.

CONCEPTO DE VÍCTIMA Y DE VICTIMOLOGÍA

En torno al concepto de víctima desde una perspectiva jurídica es importante iniciar señalando que la Ley N° 8720 en su artículo 3, inciso a) estipula, referente a las personas bajo el régimen de protección, una serie de posibles personas que intervienen directa o indirectamente en la investigación o en el proceso penal, o bien, que tengan relación con éstas (Costa Rica, 2009 b.).

A este respecto dice Cabannellas (2004) que víctima es. “Persona o animal destinado a un sacrificio religioso. Persona que sufre violencia injusta en sí o en sus derechos. El sujeto pasivo del delito. Quien sufre un accidente” (p. 533).

Por su parte, siguiendo a Alvarado (2004), se puede señalar que la víctima sería toda aquella persona física o jurídica, grupos de personas u organizaciones que sufren daño físico, psicológico o patrimonial por culpa ajena, propia o por causa fortuita, como consecuencia de acciones u omisiones relacionadas con la ley penal.

Y en este sentido apunta el Código Procesal Penal en su artículo 70:

Serán consideradas víctimas:

A) La persona directamente ofendida por el delito.

B) El cónyuge, la persona conviviente con más de dos años de vida en común, el hijo o la hija, la madre y el padre adoptivos, los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o el segundo de afinidad y el heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.

C) Las personas socias, asociadas o miembros, respecto de los delitos que afecten a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen.

D) Las asociaciones, fundaciones y otros entes que tengan carácter registral, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses (Costa Rica, 2009 a, pp. 56-57).

De lo anterior se desprende que las víctimas pueden ser personas físicas -incisos a), b) y c)- o jurídicas -incisos c) y d)- y que pueden haberse visto afectadas por el delito de manera directa -incisos a) y c)- o indirecta -incisos b) y d)-. Así, pues, la víctima no se reduce a la persona cuya vida estuvo en peligro en una tentativa de homicidio o a la menor que fue abusada sexualmente por un familiar cercano.

Y en cuanto a la victimología, Cabanellas (2004) la define como: "... la parte que estudia el delito desde el punto de vista de la víctima" (p. 533).

Paralelamente, Pérez & Pérez (2006) señalan que la victimología "es el estudio (...) de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, antropológicas psicológicas, morales, sociales o económicas. Y también es el estudio de las causas del delito, dependientes del comportamiento de la víctima" (p. 148). De esta definición se rescata no sólo el estudio de un conjunto de características propias de quien ha sufrido un delito, sino también de la participación de la víctima como agente causal del delito, situación que podría cuestionarse, puesto que culpabiliza a la víctima.

No obstante lo anterior y para mayor precisión terminológica se considera más exacta la definición de Tamarit & Villacampa (2006):

"La victimología se refiere a la ciencia multidisciplinar que se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimización y desvictimización. Conciernen a la victimología el estudio del modo de que una persona deviene víctima, de las diversas dimensiones de la victimización (primaria, secundaria y terciaria) y de las estrategias de prevención y reducción de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales, tendientes a la reparación y reintegración social de la víctima" (p. 32).

A partir de la anterior definición es importante reseñar la discusión existente en el plano académico sobre la independencia gnoseológica de la victimología, siendo que la mayoría de autores coinciden en tres aspectos: a- es una rama de la criminología, b- tiene un carácter interdisciplinario; o sea, se constituye con base en el conocimiento aportado por diferentes disciplinas científicas, y c- tiene un carácter empírico en la construcción de sus conocimientos propios.

Una vez abordado el tema de su objeto de estudio corresponde referirse a la finalidad de victimología como disciplina científica. Es interesante que, al respecto no existe una postura definida; no obstante, para efectos de este trabajo se asumirá una línea emancipatoria y, aplicando a Martín-Baró (1985) se puede afirmar que el fin último de esta ciencia es posibilitar una mayor libertad individual y colectiva mediante la concienciación en torno a los determinismos sociales de su condición de víctima.

Una vez definido el objeto y la finalidad de la victimología, sólo resta aproximarse a su historia, destacando el surgimiento de la preocupación por la víctima en los sistemas de justicia penal.

LA PREOCUPACIÓN POR LA VÍCTIMA

De acuerdo con Tamarit (2006) la palabra victimología deriva del término inglés “Victimology” y nació en la década de 1940 bajo la influencia de dos figuras trascendentales: Benjamín Mendelson y Hans von Hentig.

Tal como plantea García-Pablos (1999), la preocupación por la víctima data de tiempos recientes, aproximadamente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia del genocidio y las personas sobrevivientes de los campos de concentración nazis. Esto también encuentra sentido en el hecho de que para la criminología positivista la víctima es sólo un objeto pasivo.

De esta manera, la pérdida de interés en la víctima se asoció con el derecho penal estatal, donde “el Estado asume el monopolio absoluto del *ius puniendi* en sus diversos momentos o fases (persecución, proceso, condena, etc.)” (García-Pablos, 1999, p. 110). Esta posición encuentra sentido en un deseo de neutralizar a la víctima con la finalidad de evitar que ésta responda al delito con el delito y en el hecho de que, generalmente, nadie deseaba identificarse con ella.

Siguiendo a García-Pablos (1999), no es sino hasta la aparición de los trabajos de von Hentig y Mendelson que aparece una victimología etiológica influida marcadamente por la literatura y el psicoanálisis, denotándose algunos aspectos cruciales para su resurgimiento:

» la recíproca interacción de la pareja criminal (víctima y victimario) planteada tanto por Hans von Hentig como por Benjamín Mendelson,

» el desarrollo de una serie de teorías en el campo de la psicología social que sirvieron como marco interpretativo para una serie de hallazgos producto de las investigaciones victimológicas,

» el desarrollo de estudios experimentales sobre la intervención de los espectadores en situaciones de emergencia, así como sobre la reacción de los testigos de delitos violentos, caracterizada por conductas solidarias o insolidarias,

» el aumento que las encuestas sobre victimización, las cuales se constituyen en técnicas para reflejar de manera más efectiva la criminalidad real, adquirieron a partir de la década de 1970, tanto en cuanto a número, como validez y confiabilidad,

» y para finalizar, el desarrollo de investigaciones teóricas y empíricas, así como programas de asistencia dirigidos a mujeres víctimas de distintos tipos de violencia, auspiciados todos por los movimientos feministas.

A criterio de Herrera (2006), a lo largo de prácticamente todo el siglo XX, la figura de la víctima fue invisibilizada en diferentes planos, tales como: el derecho y la dogmática penal, el sistema de justicia y la propia criminología.

En el ámbito nacional, el Código Procesal Penal que entró en vigencia el 1° de enero de 1998 (Ley N° 7594 y sus reformas)

“... le atribuye a la víctima una serie de derechos de participación en el proceso penal, así como también (*sic*) poderes decisorios y de disponibilidad sobre el ejercicio de la acción penal, incluso en delitos de acción pública (...) Como parte dentro del proceso penal puede ejercer una serie de derechos, tales como participar en los actos procesales, ofrecer prueba, derechos de impugnación, etc.” (González & Dall’Anese, 2003, p. 155).

Asimismo, resulta de gran importancia señalar lo apuntado por García-Pablos (1999) en relación con la necesaria equidad entre los derechos de la víctima y el victimario: “nada más pernicioso que asociar la victimología a una lectura *antigarantista* de la respuesta al delito, o a un *defensismo* político-criminal a ultranza, aunque tales riesgos se hallan presentes en algunas formulaciones criminológicas radicales” (pp. 113-114), aspecto en el que también insiste Larrauri (citada por Arias, 2004).

De esta manera, queda claro que abogar por los derechos de la víctima nunca debe ir en detrimento de los derechos del imputado ni de un sistema penal garantista, pues tal como señala Arroyo (1997), el garantismo penal es en cierta medida inherente a un Estado Social y Democrático de Derecho.

A este respecto resulta de gran relevancia el concepto de victimagogia (Tamarit, 2006). Señala este autor:

“No hay duda que con excesiva frecuencia el discurso político utiliza el sufrimiento de las víctimas y los naturales instintos de venganza, más o menos sublimados, con lo que la apelación a los derechos de éstas se encuentra al servicio de políticas restrictivas de derechos o proclives al encarnizamiento punitivo” (p. 47).

Para finalizar este acápite, cabe reseñar el problema de la llamada revictimación, para lo cual es procedente reseñar los tres niveles de victimación apuntados por Tamarit (2006), si bien son de especial relevancia los dos primeros para este trabajo:

- A) Victimación primaria: se refiere al proceso que atraviesa una persona como resultado de sufrir directa o indirectamente un delito y que remite al consecuente daño físico y/o psíquico que no necesariamente implica una relación univoca con el bien jurídico tutelado.
- B) Victimación secundaria: aplica para los costos individuales y traumáticos que acarrea para la víctima su participación en el proceso penal.
- C) Victimación terciaria: alude a los costos personales que tiene la poenalización para los autores del delito, así como la traslación de los efectos de la pena a sus familiares.

Luego de analizar cómo surge la víctima en el escenario del derecho penal y la criminología contemporánea y los diferentes niveles de “victimización” que se dan en el proceso penal, procede continuar con el recorrido histórico, poniendo énfasis en los procesos de clasificación surgidos a partir de la obra de los dos grandes clásicos de esta disciplina científica.

CLASIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Tomando como fundamento los planteamientos de Alvarado (2004), en las tablas 1 y 2 se presentan diferentes tipologías, las cuales han sido relevantes a lo largo de la historia de la victimología.

Tabla N° 2

Clasificación de las víctimas según Hans von Hentig

<i>Clases generales</i>	<i>Por el corte psicológico</i>
Las personas menores de edad	Las personas deprimidas/atormentadas
Las mujeres	Las personas ambiciosas
Las personas adultas mayores	Las personas solitarias/acongojadas
Las personas débiles o enfermas mentales	Las personas lesivas
Las personas inmigrantes, minorías y con discapacidad cognitiva	Las personas bloqueadas, excluidas y agresivas

Fuente: Alvarado, 2004; Tamarit, 2006.

Tabla N° 3

Clasificación de las víctimas según Benjamín Mendelson

<i>Por correlación de culpabilidad</i>	<i>Para efectos de imposición de la pena</i>
Víctima completamente inocente o víctima "ideal"	Víctimas inocentes
Víctima de menor culpabilidad o víctima por ignorancia	Víctimas provocadoras
Víctima tan culpable como el infractor o víctima voluntaria: a- Suicidio por "ruleta rusa" b- Suicidio por adhesión c- Homicidio por piedad (eutanasia) d- Suicidio pactado	Víctimas imprudentes
Víctima más culpable que el infractor: a- Víctima provocadora b- Víctima por imprudencia	Víctimas voluntarias
Víctima más culpable que el victimario: a- Víctima infractora b- Víctima simuladora c- Víctima imaginaria	Víctimas ignorantes

Fuente: Alvarado, 2004; Tamarit, 2006.

Según Rodríguez (referido por Alvarado, 2004), von Hentig al final de su obra elaboró otra división en cuatro categorías:

- 1 ▶ Por la situación de la víctima: aisladas y por proximidad.
- 2 ▶ Por impulsos y eliminación de inhibiciones de la víctima: con ánimo de lucro, con ansias de vivir, agresivas y sin valor.
- 3 ▶ Por resistencia reducida de la víctima: por estados emocionales, por transiciones normales en el curso de la vida, perversas, bebedoras, depresivas y voluntarias.
- 4 ▶ Por la propensión de la víctima: indefensas, falsas, inmunes y hereditarias.

De acuerdo con los paradigmas tipológicos de Mendelsohn y Von Hentig, dos son los principales enfoques clasificatorios de la víctima (Herrera, 2006), a saber: la contribución activa de la víctima al delito y la vulnerabilidad de la víctima:

1-) Tipología basada en la contribución victimal: contempla a la víctima como lesionada por una acción criminalmente victimaria de acuerdo con un modelo uniaxial. En este sentido, se destacan las siguientes tipologías:

» **Jiménez de Asúa:** Divide a las víctimas en indiferentes o fungibles y determinadas o infungibles, constituyendo éstas las víctimas contribuyentes, en virtud del despliegue de flujos motivacionales que en ellas se originan.

» **Fattah:** Distingue cinco categorías generales: víctima no participante, víctima latente o predispuesta, que experimenta una fuerte propensión a ser victimizada por factores de origen biopsicológico, social o psiquiátrico, víctima provocativa o precipitadora, víctima participante con actitud facilitadora y víctima falsa, de carácter simulatorio.

» **Joutsen:** Desde esta tipología, centrándose en la actitud auto-precautoria, la víctima concienzuda o diligente viene ser paradigma de víctima ideal e irreprochable; la víctima facilitadora allana el camino del delincuente por una omisión preventiva, en tanto la víctima invitadora asume temerariamente el riesgo y no precave.

En cuanto a la intención, la víctima provocadora realiza una acción esencial de inicio de hostilidades, la víctima consentidora asume el daño victimizador, la víctima investigadora o promotora facilita la acción en sentido directo y fomenta con su ayuda la realización del delito, y finalmente, la víctima simuladora aduce con falsía la comisión de un delito.

2-) Tipología de vulnerabilidad de la víctima: Las tipologías basadas en riesgo, propensión o vulnerabilidad presentan la ventaja de su carácter multiaxial. No observan a la víctima en relación con una dinámica criminal, sino que incluyen además, diferentes ejes clasificatorios de carácter psicológico, cultural o socioeconómico. En términos victimológicos, la condición de víctima ha sido sometida a tipologías de vulnerabilidad personal, relacional, contextual y social. Entre las tipologías de vulnerabilidad destacan:

» **Schaffer:** Contempla siete categorías: víctimas no implicadas, víctimas provocativas, víctimas precipitadoras, víctimas biológicamente débiles, víctimas socialmente débiles, víctimas victimarias o autovictimizadoras y víctimas políticas, comprensivas de los casos de abuso de poder.

» **Gulotta:** Desarrolla su tipología desde un enfoque psicológico-psiquiátrico. Su particularidad es la pormenorización de aspectos de victimización mendaz o ilusoria, ilustrados por categorías psiquiátricas, en combinación con la valoración del aporte contribuyente de la víctima.

» **Neuman:** Este autor inserta a cada figura de víctima en el contexto social en el que la victimización se perpetra y distingue entre víctimas individuales (actitud inexistente, dolosa o culposa), familiares (parentesco que las vincula), colectivas (nación, sociedad y determinados grupos victimizados) y víctimas de la sociedad o del sistema social (se integran en una categoría de exclusión centrada en el daño socioeconómico comprensiva de situaciones de pobreza y marginación).

» **Landrove Díaz:** En esta clasificación se parte del tradicional binomio participación/infungibilidad y no participación/fungibilidad. En el primer grupo sitúa a las víctimas indiscriminadas por azar o albur terrorista, en el segundo gradúa la cooperación con base en el grado de consentimiento.

Para ampliar el término de vulnerabilidad social, se destacan los siguientes autores:

» **Beristain:** Aborda la victimización derivada de estructuras sociales o políticas injustas (macrovictimización), causante de un sufrimiento real por parte de víctimas.

» **Polaino Navarrete:** Identifica cuatro fuentes de víctimas desde perspectiva de denegación de estatus normativo: víctimas *institucionales*, desamparadas en función del uso incorrecto de los derechos fundamentales para la solución de problemas sociológicos; *jurisdiccionales*, derivadas del incorrecto funcionamiento de la administración de justicia; *parlamentarias*, sufren perjuicios por razón del abuso y mal funcionamiento de la actividad legislativa en materia penal; *víctima internacional*, referente a victimizaciones de lesa humanidad frente a los cuales la comunidad universal, no adecua medidas de prevención prontas.

» **Zaffaroni:** Evidencia la existencia de dos rangos de vulnerabilidad social correlativos, la vulnerabilidad a la criminalización, que crea sus propias víctimas de la criminalización por medio de las agencias de criminalización secundaria y la vulnerabilidad a la victimización que se construye en un enfoque socioeconómico marcador de desigualdad y discriminación.

» **Schneider:** Señala categorías de víctimas socioestructurales, culturales e institucionales. Las víctimas socioestructurales se encarnan en minorías marginadas empobrecidas, aborígenes diezmadas y privadas de sus tradicionales medios de subsistencia, así como por niñas objeto de infanticidio selectivo, mutilación genital socialmente tolerada y sujeta a una discriminación estructural que se prolongará tanto como su existencia. Las víctimas culturales resultan de la presión de la cultura e ideologías dominantes sobre minorías vulnerables.

Finalmente, las víctimas institucionales según Schneider, son las victimizadas en el contexto de una institución y por la propia institución.

Una vez efectuado este recorrido histórico-conceptual que evidencia un esfuerzo innegable por clasificar a las víctimas de delitos desde diferentes posturas ideológicas, no cabe duda que aquélla que se centra en la vulnerabilidad de la víctima y que responde dicha condición al contexto socio-histórico en que se produce la víctima es la que luce más a tono con la finalidad emancipatoria planteada en el primer apartado. De seguido queda analizar cómo esa condición de vulnerabilidad se agudiza a partir de las secuelas que el delito trae consigo.

EL IMPACTO DEL DELITO EN LAS VÍCTIMAS Y EL TRAUMA PSICOSOCIAL

Las consecuencias del delito en las víctimas dependerá del tipo de delito, del modus operandi del perpetrador, las características personales de la víctima (edad, sexo, capacidad racional, tipo de personalidad, entre otras) y la percepción de riesgo para su integridad que la víctima experimentó, así como las expectativas que ésta se haga respecto a su futuro en relación con el hecho delictivo sufrido.

De acuerdo con el señalamiento de Marchiori (1997), el delito no sólo afecta a la víctima en su dimensión individual, sino que también tiene un impacto importante en su dimensión colectiva (familiar y social).

Comúnmente la transgresión del sentimiento de inviolabilidad provoca una situación traumática en la víctima, en tanto el delito implica un daño personal o de sus pertenencias, se provoca humillación social por medio de la violencia inmersa y, consecuentemente, se experimenta angustia, temor y vulnerabilidad, aunado a una disminución del sentimiento de seguridad. Esta situación se agudiza cuando existe la posibilidad de ser victimizado nuevamente.

Dicha sensación de inseguridad se puede acentuar cuando la víctima no recibe atención ni una respuesta oportuna a su situación, vinculada con la desprotección institucional, así como la impunidad de la persona que comete el delito.

Las consecuencias físicas del delito aparecen de manera inmediata, mientras que las consecuencias a nivel psicológico y social presentan un impacto posterior. Las mismas se atenúan o maximizan dependiendo de la personalidad de la víctima, así como de la contención que pueda recibir de su entorno familiar y social.

Utilizando como base los planteamientos teóricos de Marchiori (1997), se puede señalar que existen diversas consecuencias del delito, las cuales se categorizan a continuación:

» Consecuencias inmediatas y traumáticas: conmoción, desorganización de la personalidad de la víctima, incredulidad, paralización temporal y negación de lo sucedido, terror, aturdimiento, desorientación, sentimientos de soledad, depresión, vulnerabilidad y angustia.

» Consecuencias emocionales: son las secuelas que siguen al estrés y la

conmoción por el delito sufrido; es decir, los nuevos síntomas que presenta la víctima, que pueden aparecer semanas o meses luego de sucedido el delito. Implican cambios en el comportamiento y la personalidad de la víctima. Se observan: sentimientos de tristeza, culpabilidad, sentimientos de pérdida de identidad, desconfianza, sentimientos de pérdida de dignidad, humillación, ira, rechazo familiar, rechazo hacia el medio social, pérdida de autonomía, ideas obsesivas relacionadas con el hecho traumático-delictivo, pesadillas permanentes, llanto incontrolado, angustia, depresión, sentimientos de soledad y abandono, miedo a la repetición del hecho traumático.

» Consecuencias familiares y sociales: las consecuencias involucran de un modo determinante a todo el grupo familiar al cual pertenece la víctima. El daño está relacionado fundamentalmente con el papel y la función de la víctima en el grupo familiar. En todos los casos en que se produce un hecho violento, un delito, existe daño y, por lo tanto, la familia de la víctima se verá directa o indirectamente afectada.

La familia, de la misma manera que la víctima, experimentará sentimientos de miedo, angustia, temor, se identificará con la víctima o en otros casos rechazará a la víctima, la culpará por lo sucedido, negará el hecho o intentará un comportamiento de aislamiento, de reproche a sí misma.

Por otra parte, la respuesta social incluyendo la intervención institucional frente al delito, será importante para tranquilizar a la víctima y a las personas involucradas, evitando la revictimización.

Siguiendo a la autora, existen mayores consecuencias del delito cuando se trata de una víctima en condición “vulnerable”; es decir, cuando

“... la persona por sus características, no puede defenderse, no tiene posibilidades de percibir el peligro o la agresión, ni tiene las posibilidades de reaccionar, son víctimas absolutamente inocentes del hecho delictivo y padecen los mayores sufrimientos y consecuencias del delito” (Marchiori, 1997, p. 7).

Entre estas víctimas se encuentran:

» Personas menores de edad: víctimas de delitos sexuales, de explotación, de maltrato, de abandono e infanticidio, entre otros.

» Personas adultas mayores: el deterioro progresivo de las facultades físicas y psíquicas, y especialmente las limitaciones psicomotrices, vinculadas con la problemática de marginación de que es objeto este grupo poblacional, conlleva a que sean víctimas de diferentes tipos de delitos.

» Personas con discapacidad física o mental: Dificultad para comprender o reaccionar ante una situación de peligro.

» Víctimas de un delito de alevosía o de grupos delictivos: la víctima se encuentra en una situación o en una posición en que le resulta imposible percibir el peligro y defenderse de la agresión.

Para efectos de determinar el impacto psicológico de un delito o cualquier otro evento crítico se ha utilizado la categoría de síndrome o trastorno de estrés postraumático.

En este sentido, el D. S. M. – IV (American Psychiatric Association, 1997, 439-440) ha establecido dentro de las categorías nosológicas el “Trastorno de Estrés Postraumático”, mismo que contempla los siguientes criterios diagnósticos:

“A. La persona ha estado expuesta a un acontecimiento traumático en el que han existido:

- (1) la persona ha experimentado, presenciado o le han explicado uno (o más) acontecimientos caracterizados por muertes o amenazas para su integridad física o la de los demás
- (2) la persona ha respondido con un temor, una desesperanza o un horror intensos. Nota: En los niños estas respuestas pueden expresarse en comportamientos desestructurados o agitados

“B. El acontecimiento traumático es reexperimentado persistentemente a través de una (o más) de las siguientes formas:

- (1) recuerdos del acontecimiento recurrentes e intrusos que provocan malestar y en los que se incluyen imágenes, pensamientos o percepciones. Nota: En los niños pequeños esto puede expresarse en juegos repetitivos donde aparecen temas o aspectos característicos del trauma
- (2) sueños de carácter recurrente sobre el acontecimiento, que producen malestar. Nota: En los niños puede haber sueños terroríficos de contenido irreconocible
- (3) el individuo actúa o tiene la sensación de que el acontecimiento traumático está ocurriendo (se incluye la sensación de estar reviviendo la experiencia, ilusiones, alucinaciones y episodios disociativos de flashback, incluso los que aparecen al despertarse o al intoxicarse). Nota: Los niños pequeños pueden reescenificar el acontecimiento traumático específico
- (4) malestar psicológico intenso al exponerse a estímulos internos o externos que simbolizan o recuerdan un aspecto del acontecimiento traumático
- (5) respuestas fisiológicas al exponerse a estímulos internos o externos que simbolizan o recuerdan un aspecto del acontecimiento traumático

“C. Evitación persistente de estímulos asociados al trauma y embotamiento de la reactividad general del individuo (ausente antes del trauma), tal y como (sic) lo indican tres (o más) de los siguientes síntomas:

- (1) esfuerzos para evitar pensamientos, sentimientos o conversaciones sobre el suceso traumático
- (2) esfuerzos para evitar actividades, lugares o personas que motivan recuerdos del trauma
- (3) incapacidad para recordar un aspecto importante del trauma
- (4) reducción acusada del interés o la participación en actividades significativas

- (5) sensación de desapego o enajenación frente a los demás
- (6) restricción de la vida afectiva (p. ej., incapacidad para tener sentimientos de amor)
- (7) sensación de un futuro desolador (p. ej., no espera obtener un empleo, casarse, formar una familia, en definitiva, llevar una vida normal)

“D. Síntomas persistentes de aumento de la activación (arousal) (ausente antes del trauma), tal y como (sic) indican dos (o más) de los siguientes síntomas:

- (1) dificultades para conciliar o mantener el sueño
- (2) irritabilidad o ataques de ira
- (3) dificultades para concentrarse
- (4) hipervigilancia
- (5) respuestas exageradas de sobresalto

“E. Estas alteraciones (síntomas de los Criterios B, C y D) se prolongan más de 1 mes.

“F. Estas alteraciones provocan malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo”.

Asimismo, aparece en la literatura especializada el concepto de daño psíquico y, al respecto señala Castex (2005), que se refiere a “un deterioro, disfunción, disturbio, alteración, trastorno o desarrollo psicogénico o psicorgánico que, afectando sus esferas afectiva y/o intelectual y/o volitiva, limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa” (p. 39). Mientras tanto, Tkacsuk (2001) plantea que el daño psíquico “es la consecuencia de un acontecimiento que afecta la estructura vital y generalmente acarrea trastornos y efectos patógenos en la organización psíquica” (p. 19). Y agrega la autora que este daño puede producirse como consecuencia de un evento repentino e inesperado pero también por un proceso lento y reiterado que desgasta el psiquismo del individuo hasta alcanzar niveles que atentan contra su estabilidad emocional.

Por otra parte, resulta de sumo interés la crítica reseñada por Blanco & Díaz (2004) al concepto de trastorno de estrés postraumático, que perfectamente es extensible al de daño psíquico, y apuntan: “El lenguaje de la enfermedad estigmatiza, además, a la persona, la deja al borde de responsabilizarla y culparla de su propio mal, y describe al *paciente* como un sujeto pasivo que debe recibir los cuidados y la curación de un experto” (p. 230). Continúan criticando fuertemente la concepción positivista de la American Psychiatric Association y cómo ésta ve a la enfermedad desde un plano exclusivamente individual desprovista de sus raíces sociales e históricas, y así refieren más adelante:

“Una concepción del trastorno mental como algo encapsulado dentro de

un sujeto y suspendido en el vacío social no es sólo una mera declaración de intenciones; es también una declaración de visiones del mundo que pasa por una sólida convicción: en lo que atañe a la salud y al trastorno mental, no hay nada que no pueda inferirse de lo que acontece en los interiores de la persona y del organismo humano. Si ello es así, todo lo que está y acontece fuera de la piel del individuo resulta por completo indiferente para el trastorno mental ... “ (p. 231).

La investigación internacional brinda diferentes aportes al estudio de la victimización. En primera instancia Finkelhor & Dzuiba-Leatherman (1994) señalan que la victimización en niños en los Estados Unidos es mucho mayor que en adultos, incluidos los delitos más convencionales, aunado a la violencia intra-familiar, y algunas formas casi únicas para los niños, como por ejemplo el secuestro por parte de miembros de la familia.

Por otra parte, Estévez, Murgui y Musitu (2008) establecieron en el caso de la violencia escolar en Valencia, España, en concordancia con otros hallazgos, que las víctimas puras y víctimas agresivas presentaron en comparación con otros adolescentes no involucrados en la violencia escolar mayor sensación de soledad, menor satisfacción con sus vidas, una auto-percepción negativa, aislamiento social y sintomatología depresiva.

Asimismo, Campbell (2008) afirma que muchas de las víctimas de violación son tratadas en servicios de urgencias de hospitales generales pero no cuentan con acceso a servicios psicológicos. Asimismo, plantea que este delito es uno de los más graves de todos los traumas, causando resultados negativos a largo plazo, tales como el trastorno de estrés postraumático, depresión, abuso de sustancias, tendencias suicidas, abuso sexual repetido y los problemas crónicos de salud física.

Aunado a ello, Feldman-Summers, Gordon & Meagher (1979) concluyeron en su investigación que las mujeres estudiadas disminuyeron su satisfacción sexual y otros comportamientos relacionados con la sexualidad con posterioridad a la violación.

Mezey (1997) señala que precisamente algunas de las consecuencias del síndrome de trauma por violación son el aislamiento social y las disfunciones sexuales. También apunta que muchos de los síntomas del Síndrome de Estrés Postraumático (PTSD, por sus siglas en inglés) se alivian después de dos o tres semanas; sin embargo, quedan bajo hielo delgado en espera de nuevos detonantes.

Paralelamente, Miller (1998) señala que la depresión, los ataques de pánico, la ansiedad y el abuso de sustancias psicoactivas son comunes en víctimas de robo y violación. También el delito puede afectar a quienes fueron directamente perjudicados; es decir, los familiares sobrevivientes pueden sufrir a partir de imágenes intrusivas en torno a lo que su ser querido pudo haber pasado, esto en especial si no estuvieron durante el crimen.

De los hallazgos anteriores se desprenden algunos aspectos importantes a considerar en la atención a víctimas de delitos.

Finkelhor & Dzuiba-Leatherman (1994) puntualizan las necesidades de investigación en este campo de la victimización de personas menores de edad son

muy amplias y urgentes, debido a la magnitud del problema y la gravedad de su impacto, y que van desde los estudios de factores de riesgo hasta los estudios sobre eficacia del tratamiento.

En segundo lugar, Miller (1998) expone que para algunas víctimas la psicoterapia puede ser el único medio efectivo para superar la discapacidad psicológica causada por la violencia interpersonal; por lo tanto, la función del terapeuta consiste en brindar una asistencia práctica en cuestiones relacionadas con el afrontamiento y la recuperación, preparando a las víctimas del delito para hacer frente a sus propias respuestas y las reacciones de los demás.

Por último, la investigación cualitativa efectuada por Campbell (2008) reveló que las personas sobrevivientes de violación describieron sus contactos con el sistema jurídico como una experiencia deshumanizante de ser interrogadas, intimidadas y hasta culpabilizadas; de ahí la necesidad de servicios en que sean tratadas de manera empática, dándoles apoyo, con la finalidad de que los sistemas sociales puedan facilitar su recuperación.

Una vez analizados los efectos en diferentes niveles que el delito conlleva en las víctimas que lo sufren, surge como imperativo ético cuestionarse por la atención que la sociedad y, particularmente, el Estado le brinda a quienes son víctimas de un delito, ya que no se puede desconocer su condición de persona humana provista de dignidad que como consecuencia del delito sufre y ve alterada, violentada y atacada esa dignidad. Por ello, seguidamente se procede a conocer la forma en que el Estado costarricense ha respondido ante esta problemática.

ATENCIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA DEL DELITO EN COSTA RICA

En el caso particular de Costa Rica, la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito del Ministerio Público (OAPVD) inició su gestión el 8 de mayo de 2000, mediante acuerdo del Consejo Superior del Poder Judicial N° 95-99 y actualmente depende de la Fiscalía General de la República. En este periodo la labor de esta oficina ha estado orientada a evitar la revictimización de las personas que han sufrido algún delito, aminorando su impacto y garantizando la protección de sus derechos; asimismo, se busca asegurar que durante el proceso judicial se le reconozca a la persona ofendida la importancia de su participación y se le trate con dignidad y respeto.

De esta manera, Arias (2003) planteó tres objetivos centrales para esta Oficina, a saber: la disminución de la victimización secundaria a lo largo del proceso penal, la ejecución de un programa de asistencia interdisciplinaria para la víctima de delitos y, por último, la coordinación de servicios interinstitucionales e intersectoriales en beneficio de la víctima de delitos.

La OAPVD atiende a toda persona que haya sido víctima de un delito, así como a los testigos y otros participantes en un proceso penal sin distinción de

etnia, género, nacionalidad, religión o preferencia política. Estas personas pueden tener acceso por escrito o en forma verbal a los servicios. Los mismos tienen un carácter gratuito y voluntario y se rigen por el principio de confidencialidad.

En el desarrollo de su trabajo profesional se mantiene una perspectiva de género y de derechos humanos como eje transversal de los programas, poniendo especial interés en quienes por razones sociales, culturales, económicas, éticas o de género son más vulnerables para ser víctimas de un delito.

El programa de atención abarca tres dimensiones o áreas: asesoría legal, apoyo psicológico e intervención social. Por la naturaleza del trabajo, las y los profesionales de estas tres áreas están en la capacidad de brindar a las víctimas primeros auxilios psicológicos; en este sentido, siguiendo a Slaikeu se puede definir la intervención en crisis como:

“Un proceso de ayuda dirigida a auxiliar a una persona o familia a soportar un suceso traumático de modo que la probabilidad de debilitar los efectos (estigmas emocionales, daño físico) se aminore y la probabilidad de crecimiento (nuevas habilidades, perspectivas en la vida, más opciones de vida) se incremente” (1995, p. 4).

La primera de éstas se refiere a la orientación para buscar asesoría gratuita en otras ramas del derecho (familia, civil, agrario, administrativo), remisión a instituciones de resolución alterna de conflictos (negociación, arbitraje y conciliación), asesoría y colaboración respecto de peticiones que deban presentarse dentro del proceso penal, asesoría en cuanto a las etapas del proceso penal, clarificación de terminología legal y orientación en cuanto a recursos de revocatoria, apelación y casación.

Paralelamente, la segunda área cubre los niveles de intervención en crisis de segundo orden y contención emocional a personas visiblemente afectadas, apoyo profesional en psicología clínica a las víctimas y sus familiares, con sesiones de psicoterapia breve (individual, familiar o de pareja) en aras de disminuir las secuelas traumáticas generadas por el delito, así como referencias para consulta psiquiátrica en la Caja Costarricense de Seguro Social, contacto con grupos de apoyo e instituciones que ofrezcan terapia de empoderamiento (delitos sexuales, violencia doméstica, familiares de víctimas de homicidio) y acompañamiento a audiencias judiciales (reconocimiento, testimonio), en caso de ser necesario.

Mientras tanto, la atención social se encarga de la movilización de recursos para solventar diversas necesidades generadas en las víctimas por el hecho delictivo; para ello se efectúa coordinación inter-institucional con diversas entidades públicas, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil con la finalidad de canalizar apoyo específico que contribuya a disminuir el impacto social del delito; por ejemplo, para ayudar a personas víctimas con problemas de abuso o dependencia de sustancias psicoactivas, para suministrar equipo médico gratuito a personas en condición de pobreza extrema que lo requieran y no cuentan con seguro social, para atender necesidades socioeconómicas apremiantes e inmediatas o identificar fuentes a nivel educativo y de empleo que favorezcan la autosuficiencia y el mejoramiento de la calidad de vida.

Asimismo, se encarga de la asesoría socioeducativa, por medio del suministro de información sobre diversas temáticas de interés que faciliten su empoderamiento y promuevan su participación en el proceso de cambio de su situación social. También se destacan como labores desde la atención social, la coordinación con la Unidad Administrativa del Ministerio Público, para gestionar recursos económicos en favor de las víctimas y testigos que no pueden cubrir gastos de pasajes y alimentación mientras realizan diligencias judiciales y la colaboración con representaciones diplomáticas destacadas ante el gobierno de Costa Rica en la atención de turistas víctimas de algún delito.

Paralelamente, se trabaja desde un ámbito socioeducativo tanto con funcionarios gubernamentales como con la sociedad civil, con el propósito de sensibilizar en materia de victimología y derechos de las víctimas.

Cabe destacar que de acuerdo con la dimensión del delito y las características del caso, de manera interdisciplinaria y con apoyo de profesionales en el área de Criminología, se realiza una evaluación del riesgo que existe para la víctima, testigos y otros sujetos intervinientes en el proceso penal y se emiten las recomendaciones tendientes a garantizar la protección, siendo ésta un eje fundamental de la labor desarrollada por la Oficina y que funciona como un programa independiente, denominado Programa de Protección.

Dicha protección se brinda amparada en la Ley 8720, la cual resguarda los derechos de las víctimas, testigos y otros sujetos intervinientes en el proceso penal y regula las medidas de protección extraprocesales y su procedimiento, según los siguientes principios rectores:

» Principio de Protección: Considera primordial la protección de la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las personas.

» Principio de proporcionalidad y necesidad: Las medidas de protección responderán al nivel de riesgo o peligro en que se encuentra la persona beneficiaria.

» Principio de confidencialidad: implica el sigilo de la información que transmite la persona protegida al amparo del secreto profesional, ysi se quiebra, se puede ser acreedor a sanciones de índole penal.

Se brinda protección cuando existe presunción fundada de un riesgo para la vida o la integridad física de la persona o su núcleo familiar, por su intervención o nexos con quien interviene en la investigación de un hecho presuntamente delictivo o cuando existe un hecho delictivo como tal.

Para tales efectos la Oficina de Atención y Protección a la Víctima cuenta con una unidad de protección conformada por dos equipos:

1 ▶ Equipo técnico evaluador: conformado por un/a profesional en psicología, derecho, trabajo social y criminología. Cada uno de estos profesionales ejecuta las acciones descritas con anterioridad en el presente apartado.

2 ▶ Equipo de Protección: Conformado por agentes de seguridad del Organismo de Investigación Judicial.

La protección que se brinda es de dos tipos, a saber:

1 ▶ Protección Procesal: Consiste en la reserva de identidad y protección de las características físicas individualizantes. En este sentido, se elabora un informe donde se justifica el tipo de riesgo y la necesidad de protección, pero donde quien otorga la medida es la autoridad judicial.

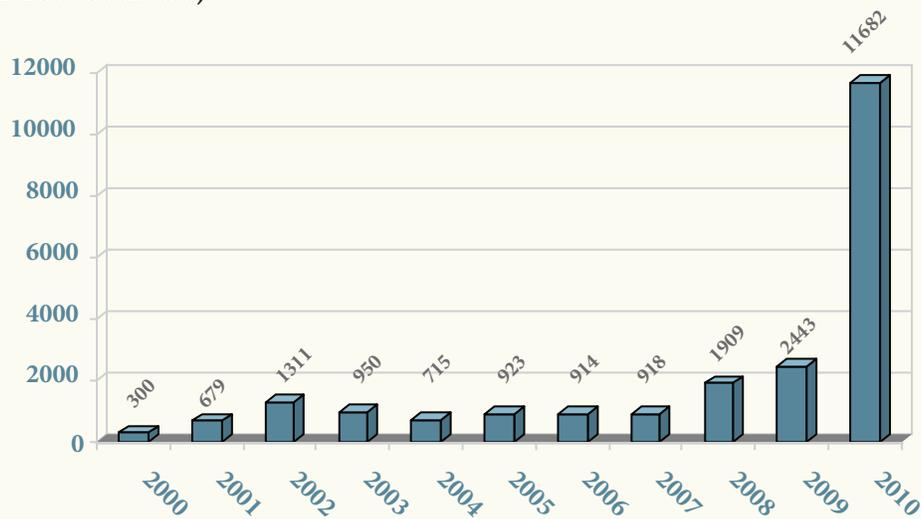
2 ▶ Protección extraprocésal: Son las acciones o mecanismos que emiten los equipos técnicos evaluadores para salvaguardar la vida, la integridad personal y demás derechos de las víctimas, testigos o intervinientes protegidos. Estas medidas de protección responden al nivel de riesgo o peligro en que se encuentra la persona protegida.

Paralelamente, desde los diferentes programas de la Oficina, se trabaja desde un ámbito socioeducativo, tanto con funcionarios gubernamentales como con representantes de la sociedad civil, con el propósito de sensibilizar en materia de victimología y derechos de las víctimas.

Para una mejor visualización del trabajo desplegado por esta Oficina, tanto en el Programa de Atención como de Protección, se plantean a continuación algunas estadísticas relativas a los casos y personas abordadas. Así, por ejemplo, en la figura 1 se muestra la cantidad absoluta de casos desde el año 2000, denotando una tendencia constante al alza en la demanda de los servicios ofrecidos y, particularmente, luego de la promulgación de la Ley 8720, el mayor presupuesto asignado a la Oficina y la ampliación del recurso humano contratado, la cobertura crece de manera significativa, abarcando todas las regiones a nivel nacional.

Figura N° 1

**Casos abordados en la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito del Poder Judicial:
Costa Rica, 2000-2010
(Valores absolutos)**



Fuente: Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito, 2011.

En la tabla 4 se presentan las características sociodemográficas de las personas abordadas por la Oficina en el año 2010. Este aspecto es importante de resaltar, debido a que en el Programa de Atención una persona puede ser reportada como caso por las tres áreas, los datos personales sólo se reportan una vez para evitar las sobreestimaciones, lo que aunado a que al momento de reportar las estadísticas no se cuente la información correspondiente a todas las variables hace que en cada uno de los casos se trabaje con la cifra de reportes existentes, la cual difiere del número de casos.

Tabla N° 4

Caracterización sociodemográfica de las personas abordadas por la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito del Poder Judicial: Costa Rica, 2010.

<i>Variable</i>	<i>Frecuencia Absoluta</i>	<i>Frecuencia Relativa</i>
Sexo:	(n= 10122)	100%
- Masculino	3120	30,8
- Femenino	7002	69,2
Edad:	(n= 9307)	100%
- Menos de 12 años	386	4,1
- De 12 a 14 años	478	5,1
- De 15 a 17 años	756	8,1
- De 18 a 34 años	4024	43,3
- De 35 a 49 años	2534	27,3
- De 50 a 64 años	831	8,9
- 65 años y más	298	3,2
Escolaridad:	(n= 8105)	100%
- Sin educación formal	262	3,2
- Primaria incompleta	1817	22,4
- Primaria completa	2100	25,9
- Secundaria incompleta	2200	27,1
- Secundaria completa	776	9,6
- Técnica incompleta	39	0,5
- Técnica completa	54	0,7
- Universitaria incompleta	339	4,2
- Universitaria completa	518	6,4
Estado civil:	(n= 9187)	100%
- Soltero/a	4153	45,2
- Casado/a	2229	24,3
- Unión libre	1566	17,0
- Divorciado/a	456	5,0
- Separado/a	575	6,2
- Viudo/a	208	2,3

Empleo:	(n= 8675)	100%
- Con trabajo	4651	53,6
- Sin trabajo	4024	46,4
Nacionalidad:	(n= 9820)	100%
- Costarricense	8403	85,6
- Nicaragüense	1196	12,2
- Colombiana	42	0,4
- Vietnamita	25	0,3
- Indonesia	20	0,2
- Otras	128	1,3
Capacidad especial:	(n= 9207)	100%
- Con discapacidad	450	4,9
- Sin discapacidad	8757	95,1

Fuente: Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito, 2011.

Un aspecto a destacar es la vulnerabilidad del sector poblacional femenino, que lo hace más susceptible de ser víctima de un hecho ilícito, aspecto éste que evidentemente se asocia con la diferenciación y discriminación en la socialización de género, propias de los valores de una cultura patriarcal. En cuanto a grupos de edad, la franja correspondiente a las personas adultas jóvenes (18 a 34 años) fue la más sensible, registrando alrededor de un 43% de las víctimas, cifra a la que si se le suma la correspondiente a las personas menores de edad llega a un 60,6%, evidenciando que la población infanto-juvenil está más proclive a la victimización; este hallazgo es relevante por coincide con los resultados del estudio de Sáenz (2011) en víctimas de suicidio, donde un 47,5% de éstas se ubicaban entre los 20 y los 39 años de edad, periodo de la vida en que se supone las personas consolidan un proyecto de vida y se dirigen al logro de su estabilidad en diferentes esferas (emocional, social, económica, laboral, entre otras).

Un aspecto importante de resaltar, es el nivel de escolaridad que presenta la población atendida por la Oficina, el cual se ubica en su mayoría, en el rango de primaria incompleta a secundaria incompleta, situación que denota también mayor vulnerabilidad en función de ser víctima de un delito entre menor es el grado académico cursado. De hecho, más de tres cuartas partes (78,6%) de las víctimas no cuentan con la secundaria completa, lo que les ubica en condiciones de desventaja para ubicarse en el mercado laboral y obtener un empleo bien remunerado.

Sobre la variable nacionalidad, se evidencia que la mayoría de las personas atendidas son costarricenses; sin embargo, un 15% de las víctimas corresponde a personas extranjeras que residen en el país en condición legal o irregular. El hecho de que más de un 10% de las víctimas sean nicaragüenses es un elemento que sirva para desvirtuar el estereotipo que identifica a esta población como quienes cometen los hechos delictivos.

Asimismo, llama la atención la intervención con personas extracontinentales, asociadas con el delito de trata de personas, lo cual requiere una movilización importante de recursos profesionales y económicos por parte de la Oficina en función de su situación en el país, así como las barreras idiomáticas y culturales existentes. Aunado a lo anterior, la carencia de un estatuto migratorio regular en el país dificulta el acceso a servicios que presta el Estado y, por ende, imposibilita la intervención para satisfacer las necesidades identificadas.

Es importante mencionar, que un porcentaje importante de las personas que se atienden en la Oficina se encuentra en condición de desempleo (46,4%), sin percibir un ingreso económico que le garantice la satisfacción de sus necesidades básicas. De lo anterior, se puede deducir que entre mayor es el índice de pobreza y desocupación laboral, existe una mayor tendencia a que las personas sean más vulnerables a ser víctimas de un delito, como consecuencia de la violencia social que se genera en los sectores sociales más marginados.

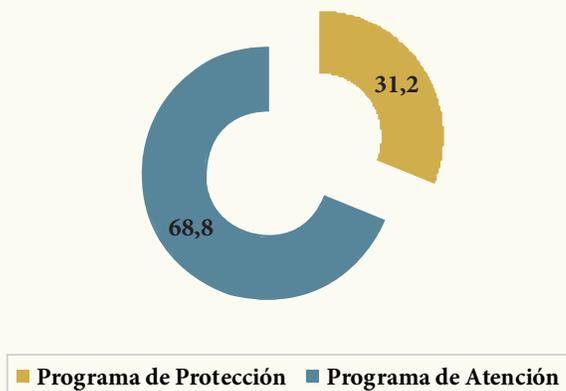
Por otra parte, como se observa en la siguiente figura, la mayoría de los casos ingresados no se encuentra en una condición de riesgo inminente o de peligrosidad en función de su vida o integridad física, siendo que sólo en menos de una tercera parte de los mismos se presenta esta situación (ver figura 2). En este sentido, la mayoría de los casos atendidos forma parte del programa de atención y sólo una tercera parte aproximadamente requieren la protección de la Oficina.

En la tabla siguiente, se observa que casi la mitad de la población atendida en la OAPVD reside en la provincia de San José; no obstante, se está brindando cobertura a los casos en todas las regiones del país. Lo anterior, podría obedecer a que la población del área metropolitana, cuenta con mayor acceso al sistema judicial, así como un nivel superior de concienciación para denunciar las situaciones que se constituyen en delito.

Figura N° 2

Proporción de casos ingresados a la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito del Poder Judicial, según programa de trabajo: Costa Rica, 2010.

(Valores porcentuales)



Fuente: Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito, 2011.

Tabla N° 5

Cantidad de casos atendidos por la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito del Poder Judicial, por Sede, según Programa y valores: Costa Rica, 2010

<i>Oficina</i>	<i>Programa de Protección</i>		<i>Programa de Atención</i>		<i>Total</i>	
	<i>Absoluto</i>	<i>%</i>	<i>Absoluto</i>	<i>%</i>	<i>Absoluto</i>	<i>%</i>
Sede Central	1317	11,3	2281	19,5	3598	30,8
I Circuito Judicial SJ	---	---	790	6,8	790	6,8
II Circuito Judicial SJ	530	4,5	279	2,4	809	6,9
Alajuela	198	1,7	858	7,3	1056	9,0
San Carlos	224	1,9	621	5,3	845	7,2
Cartago	122	1,0	275	2,4	397	3,4
Heredia	307	2,6	424	3,6	731	6,2
Ciudad Judicial	5	0,1	245	2,1	250	2,2
Liberia	99	0,8	465	4,0	564	4,8
Santa Cruz	121	1,0	272	2,3	393	3,3
Puntarenas	133	1,1	371	3,2	504	4,3
Limón	197	1,7	285	2,4	482	4,1
Pococí	142	1,2	331	2,8	473	4,0
Pérez Zeledón	149	1,3	429	3,7	578	5,0
Corredores	96	1,0	116	1,0	212	2,0
TOTAL	3640	31,2	8042	68,8	11682	100%

Fuente: Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito, 2011.

De las tablas 6 y 7 se puede inferir que los delitos con mayor incidencia, están asociados a una realidad nacional donde predomina la violencia social, con orígenes estructurales y culturales, marcados por la desigualdad y relaciones de poder. Particularmente, en el Programa de Protección predominan los casos que aluden a delitos caracterizados por la violencia instrumental derivada de conflictos interpersonales u otro tipo de delitos, mientras que más de una tercera parte de los casos abordados en el Programa de Atención (35,4%) los delitos están vinculados con la violencia por razones de género en tanto construcción cultural (delitos

contemplados en la Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, Abuso Sexual, Violación y explícitamente, personas atendidas por Violencia Doméstica que les brindó asesoría y empoderamiento para interponer una denuncia).

Tabla N° 6

**Casos abordados en el Programa de Protección por tipo de delito más frecuente:
Costa Rica, 2010**

<i>Delito</i>	<i>Frecuencia Absoluta</i>	<i>% respecto al Programa</i>	<i>% respecto a la Oficina</i>
Amenazas	705	19,4	6,0
Homicidio	391	10,7	3,3
Agresión con Arma	374	10,3	3,2
Robo	251	6,9	2,1
Ley de Penalización	246	6,8	2,1
Tentativa de Homicidio	212	5,8	1,8
Lesiones	177	4,9	1,5
Violación	138	3,8	1,2
Daños	90	2,5	0,8
Trata de Personas	78	2,1	0,7
Abuso Sexual	67	1,8	0,6
Abuso de Autoridad	55	1,5	0,5
Violencia Doméstica	29	0,8	0,2
TOTAL	2813	77,3	24

Fuente: Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito, 2011.

De esta manera, el modelo costarricense coincide con la propuesta de asistencia victimal propia de la victimología proactiva que reseña Villacampa (2010) y en el marco del respeto a los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos de las víctimas, fundamentalmente la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de los abusos de poder de 1985.

Tabla N° 7

**Casos abordados en el Programa de Atención por tipo de delito más frecuente:
Costa Rica, 2010**

<i>Delito</i>	<i>Frecuencia Absoluta</i>	<i>% respecto al Programa</i>	<i>% respecto a la Oficina</i>
Ley de Penalización	1052	13,1	9
Abuso Sexual	779	9,7	6,7
Violación	698	8,7	6,0
Amenazas	586	7,3	5,0
Agresión con Arma	392	4,9	3,4
Violencia Doméstica	391	4,9	3,3
Lesiones	375	4,7	3,2
Robo	316	3,9	2,7
Homicidio	261	3,2	2,2
Homicidio Culposo	226	2,8	1,9
Desobediencia a la Autoridad	154	1,9	1,3
Lesiones Culposas	121	1,5	1,0
TOTAL	5348	66,6	45,7

Fuente: Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito, 2011.

De acuerdo con Villacampa (2010), el Consejo de Ministros del Consejo de Europa han tomado varias recomendaciones atinentes a garantizar que las víctimas y sus familiares, principalmente las más vulnerables, reciban ayuda urgente y continua, sin ningún tipo de discriminación, y debe incluir la atención médica, la ayuda material, psicológica y social, entre otros aspectos.

Resulta de destacar que el modelo costarricense cumple con los estándares mínimos establecidos en la Recomendación N° 2006-8 adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, a saber:

“ el ser fácilmente accesibles deber de facilitar a la víctima apoyo emocional, social y material antes, durante y tras la investigación policial y proceso penal ser plenamente capaces para tratar los problemas padecidos por las víctimas a las que asisten facilitar a las víctimas información sobre sus derechos y los servicios disponibles derivar a las víctimas a otros servicios cuando sea necesario respetar la confidencialidad” (Villacampa, 2010, p. 175).

A criterio de esta autora la propuesta costarricense responde a un modelo de gestión preferentemente público, similar al de Bélgica y España, caracterizado por la existencia de servicios gratuitos y la atención psicosocial a víctimas de todo tipo de delitos.

CONSIDERACIONES FINALES

Resulta imperioso cerrar este trabajo con una reflexión terminológica y conceptual, pues la víctima del delito va más allá de quien lo sufrió directamente y abarca a todas aquellas personas que sin haber sido sujeto pasivo del acto ilícito por acción u omisión, sufren algún menoscabo físico, psicológico o patrimonial como consecuencia de dicho acto. Esto implica necesariamente que la cifra de víctimas siempre va a superar significativamente la cantidad de delitos cometidos y denunciados en un sistema social.

Por otra parte, los alcances de la discusión teórica y la madurez intelectual imperante en el ámbito de la sociología crítica del derecho penal en Costa Rica, permiten plantear la cuestión victimológica con independencia de la criminología, y en proceso de alcanzar pleno estatus epistemológico, ontológico y metodológico, en tanto realiza una lectura holística de los aportes de diferentes áreas del conocimiento. De esta manera, se encarga de determinar cómo la víctima llega a ser víctima en sus diferentes dimensiones y niveles, las diversas estrategias de prevención primaria, secundaria (tratamiento) y terciaria (rehabilitación), así como las respuestas jurídicas, sociales e institucionales ante el fenómeno victimal. Nunca será el propósito de una victimología holística y, por ende, humanista, abogar por la restricción de las garantías constitucionales y procesales de los imputados, sino que el sistema de justicia penal reconozca el lugar de la víctima como sujeto de derechos en igualdad de oportunidades.

En este contexto es innegable también que las víctimas sufren un proceso de estigmatización, asociado directamente con la revictimización de que son objeto por parte del sistema. Esto implica la urgente necesidad de sensibilizar no sólo a los operadores del derecho penal, sino a todo el personal humano que coadyuva en esta función, recordando que la víctima está atravesando un momento de dolor, que es sujeto de derechos y que merece ser atendida con toda dignidad y bajo los estándares más altos de calidad en el servicio, puesto que la víctima es la razón de ser del sistema de justicia penal.

Una mayor preocupación por la víctima de parte del sistema de justicia penal significa trabajar por el mejoramiento de su calidad de vida y por la satisfacción de aquellas necesidades materiales, emocionales y cognitivas que se desprenden de manera directa o indirecta del delito, puesto que, como muestran los datos, las víctimas se caracterizan principalmente por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad, las cuales se agudizan por el delito mismo. Así las cosas, preocuparse por la víctima no necesariamente es abogar por el endurecimiento de las penas privativas de libertad ni por la legitimación abierta o solapada de los deseos de venganza

El gran logro costarricense de inicios de este siglo, concordante con un Estado social y democrático de derecho, posiblemente sea la consolidación de un programa público dentro del Poder Judicial destinado fundamentalmente a la atención y protección de personas víctimas de delitos. Con la promulgación de la Ley N° 8720 y el presupuesto que ella implicó, la atención de estas personas se incrementó significativamente, más de un 75% de 2009 a 2010. Y no se trata solamente de una cuestión de “*eficientismo*”, sino de humanismo, de respeto a la dignidad de la víctima y a los instrumentos jurídicos internacionales.

De esta manera surge una nueva interrogante posesionados en una visión paradigmática diferente, diametralmente opuesta al positivismo, una inquietud que no se centra en cuántas personas son atendidas por la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito, sino más bien, en el crecimiento personal que estos sujetos alcanzan desde un punto de vista cualitativo, en cuántas personas no están siendo atendidas a pesar de ser víctimas de delitos y en cuáles son los motivos para ello; desconocimiento sobre la existencia de la oficina, confusión en cuanto a las condiciones de los posibles usuarios de los servicios, desconocimiento de los servicios que brinda la oficina por parte de los funcionarios judiciales, o desconocimiento del procedimiento para referir a una víctima, entre otros posibles. Saber que aún faltan muchísimas víctimas de ser atendidas implica un gran reto institucional, no sólo referente a la asignación de recursos, sino a la accesibilidad a la justicia por parte de éstas.

Y desde el punto de vista programático, la Oficina de Atención y Protección a la Víctima del Delito del Ministerio Público enfrenta un reto institucional de grandes magnitudes, cual es desarrollar un sistema de investigación y vigilancia epidemiológica de la violencia que permita periódicamente acercarse a un diagnóstico de la situación victimal en el país, de manera que sirva de fundamento para la planificación de la atención y de la toma de decisiones más adecuadas, puesto que la atención integral y la protección a víctimas y testigos debe ser entendida como parte de las políticas de persecución del delito en el nivel nacional.

REFERENCIAS

- Alvarado, J. D. (2004). *Victimodogmática y Proceso Penal*. San José: Jurídica-Continental.
- American Psychiatric Association (1997). *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-IV*. México D. F.: Masson.
- Arias, J. (setiembre, 2004). Modelos de atención a víctimas del delito y el sistema penal costarricense. *Ciencias Penales*, 22, 89-110.
- Arroyo, J. M. (1997). Función instrumental y función simbólica del Derecho Penal. En: C. Sánchez (Ed.). *Sistemas penales y derechos humanos* (pp. 99-109). San José: Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia.
- Blanco, A. & Díaz, D. (2004). Bienestar social y trauma psicosocial: una visión alternativa al trastorno de estrés postraumático. *Clínica y Salud*, 15(3), 227-252.
- Cabanellas, G. (2004). *Diccionario jurídico universitario (Tomo II) (2a Ed. actualizada, corregida y aumentada)*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Campbell, R. (2008). The psychological impact of rape victims' experiences with the legal, medical, and mental health systems. *American Psychologist*, 702-717.
- Castex, M. N. (2005). *El daño en psicopsiquiatría forense (2ª Ed.)*. Buenos Aires, Argentina: AD-HOC.
- Consejo General del Poder Judicial (2007). *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal*. Madrid, España: Centro de Documentación Judicial.
- Costa Rica. Leyes, decretos, etc. (2009 a.) *Código Procesal Penal (13ª Ed.)*. San José: Investigaciones Jurídicas.
- Costa Rica. Leyes, decretos, etc. (2009 b.). *Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal*. San José: Investigaciones Jurídicas.
- Estévez, E., Murgui, S. & Musitu, G. (2008). Psychosocial adjustment in aggressors, pure victims and aggressive. *European Journal of Education and Psychology*, (1), 29-39. Recuperado el 8 de noviembre de 2010 de: <http://dialnet.unirioja/servletarticulo?codigo=2761548&info=resumen&modo=popup>
- Feldman-Summers, Sh., Gordon, P. E. & Meagher, J. R. (1979). The impact of rape in sexual satisfaction. *Journal of Abnormal Psychology*, 88(1), 101-105.
- Finkelhor, D. & Dzuiba-Leatherman, J. (1994). Victimization of children. *American Psychologist* 49(3), 173-183. doi: 10.1037/0003-066X.49.3.173
- García-Pablos de Molina, A. (1999). *Tratado de Criminología (2ª Ed.)*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- González, D. & Dall'Amese, F. (octubre, 2003). Alcances prácticos de la reforma procesal penal en Costa Rica. *Ciencias Penales*, 21, 131-186.
- Herrera. M. (2006). Historia de la victimología. En: E. Baca, E. Echeburúa y J. M.

- Tamarit (Coords.). *Manual de Victimología* (pp. 51-78). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Marchiori, H. (1997). *La Víctima en la prevención integral del delito*. México D. F.: Siglo xxi, Programa Sistema Penal de Derechos Humanos de ILANUD y Comisión Europea.
- Martín-Baró, I. (1985). *Acción e ideología: Psicología social desde Centroamérica*. San Salvador: UCA.
- Mezey, G. C. (1997). Treatment of rape victims. *Advances in psychiatric treatment*, 3, 197-203.
- Miller, L. (1998). Psychoterapy of crime victims: treating the aftermath of interpersonal violence. *Psychoterapy*, 35(3), 336-345.
- Pérez, Á. O. & Pérez, B. J. (2006). *Curso de criminología* (7ª Ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sáenz, M. A. (2011). Aportes para una epidemiología del suicidio en Costa Rica: Un análisis de la primera década del siglo XXI. (Artículo sujeto a consideración de la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica).
- Sagot, M. y Guzmán, L. (2004). *Encuesta Nacional de Violencia contra las Mujeres*. San José: CIEM, Universidad de Costa Rica.
- Slaikeu, K. A. (1995). *Intervención en crisis*. (Trad. M. G. Ledesma Pineda). México D. F.: El Manual Moderno.
- Tamarit, J. M. (2006). La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas. En: E. Baca, E. Echeburúa y J. M. Tamarit (Coords.). *Manual de Victimología* (pp. 17-50). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Tamarit, J. M. & Villacampa C. (2006). *Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora*. Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás.
- Tkacsuk, J. (2001). *Daño psíquico*. Buenos Aires, Argentina: AD-HOC.
- Villacampa, C. (2010). La asistencia a las víctimas del delito: debate sobre los modelos de intervención. En: J. M. Tamarit (Coord.). *Víctimas olvidadas* (pp. 173-202). Valencia, España: Tirant lo Blanch.