

DERECHO PENAL

EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN DERECHO PENAL

J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI

*Director del Instituto Vasco de Criminología
Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal
(AIDP-IAPL)*

Por su misma condición de poder jurídico, el *ius puniendi* estatal, para conservar su legitimidad, ha de respetar un conjunto de “axiomas fundamentales”¹: necesidad, legalidad, imputación subjetiva² y culpabilidad, con sus correspondientes corolarios: subsidiaridad, intervención mínima, carácter fragmentario del Derecho penal, preeminencia absoluta de la ley, taxatividad, garantías penales básicas (criminal, penal, procesal y ejecutiva), interdicción de toda responsabilidad por el resultado, responsabilidad personal...

En una sociedad democrática, centrada por tanto en el valor de la persona, también ha de ser respetuoso del principio de humanidad, un principio menos estudiado, pero, sin lugar a dudas, “no menos importante”³ que aquéllos.

1. A. BERISTAIN, “Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad”, *Eguzkilore*, 17, 2003, pp. 89 ss.

2. Conviene, a mi juicio, distinguir el principio de culpabilidad del principio de imputación subjetiva (denominación preferible a la de responsabilidad subjetiva propugnada por algunos autores) que incluye algunas de las consecuencias que la doctrina mayoritaria agrupa bajo aquel postulado: en particular, la interdicción de la pura responsabilidad objetiva o por el resultado y la consiguiente exigencia de realización de un tipo doloso o imprudente para la admisión de la responsabilidad penal. No son éstos, en efecto, contenido de la categoría dogmática culpabilidad, ocupada más que de la imputación subjetiva, de la imputación individual. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Presupuestos fundamentales del Derecho penal”, *Eguzkilore*, 3, 1989, p. 58 (n. 15).

3. A. BERISTAIN, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994, p. 14.

1. CONTENIDO Y EXTENSIÓN

Recuerda BERISTAIN que el axioma fundamental de humanidad presupone “que todas las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la persona”⁴, a lo que ha de añadirse su consiguiente derecho al “pleno desarrollo de la personalidad”⁵.

El concepto de dignidad, que tantas dificultades genera para su adecuada configuración⁶, se identifica en la filosofía kantiana con la condición del ser humano como “fin en sí mismo” y no “puro o simple medio”⁷: producto de una serie de determinaciones biológicas, psicológicas, sociales, culturales, pero lleno de posibilidades de realización, de deseos, de libertad.

Con todo, tras identificar el principio de humanidad con el respeto de la dignidad, no pocas perspectivas extraen sólo como consecuencia la garantía de no sumisión del sujeto a ofensas o humillaciones. Es, en efecto, esta faceta –que proscribiera todo trato de carácter cruel, inhumano o degradante– la que más se subraya al delimitar el alcance del principio de humanidad en Derecho penal: de aquí que sea común indicar como ámbito específico de actuación de este postulado el marco de las consecuencias jurídicas del delito⁸.

Ahora bien, en un Estado social y democrático de Derecho –que no se conforma con la pura proclamación formal de los derechos de los ciudadanos y exige de los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad (...) sean reales y efectivas” y “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 CE)– un entendimiento cabal del principio de humanidad no puede quedarse en la mera proscripción de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, prohibidos internacionalmente (y, en España, por el art. 15 CE). Como añade nuestro maestro, el “axioma de humanidad”, además de reclamar el tratamiento en todo caso del ser humano como tal, apela igualmente a la “solidaridad recíproca”, a la “responsabilidad social para los infractores”, a “la ayuda y asistencia comunitaria”, a “la decidida voluntad de repersonalizar (en cuanto sea factible) a los delincuentes (...) y reparar a las víctimas”; aún más, en línea con el propio significado del término humanidad⁹, debería

4. A. BERISTAIN, “Axiomas fundamentales”, *cit.*, p. 93.

5. E. BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, 1980.

6. I. VON MÜNCH, “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2, 5, 1982, pp. 18 y ss.

7. *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (K. Vorländer Hrsg.), 3ª ed (reimpresión), Hamburg, 1965, pp. 50 y ss. (en especial, p. 58 y 62 y s.).

8. H. H. JESCHEK/Th. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, 1996, p. 27.

9. *Diccionario de la Lengua Española*: “Humanidad” (del lat. *human_tas*, *-tis*): 1. f. Naturaleza humana. 2. f. Género humano. 3. f. Conjunto de personas. 4. f. Fragilidad o flaqueza propia del ser humano. 5. f. *Sensibilidad, compasión de las desgracias de nuestros semejantes*. 6. f. Benignidad, mansedumbre, afabilidad. 7. f. Cuerpo de una persona. 8. f. pl. Letras humanas (*la cursiva, nuestra*).

obligar “a cultivar el valor de la compasión” y apremiar “a compartir el dolor de las víctimas y la construcción de un mundo más solidario”¹⁰.

Que algunas de las exigencias anteriores puedan apuntar más a una “ética de máximos” que a una “ética civil”¹¹ (a la que tampoco debería ser ajena la satisfacción de necesidades humanas básicas no susceptibles de exigencia como derechos) en modo alguno supone un obstáculo a las importantes repercusiones del principio de humanidad en áreas ajenas a las consecuencias jurídicas del delito.

Así, por ejemplo, en el plano de la categoría dogmática culpabilidad, frente a aquellas concepciones que, basándose en la imposibilidad de demostración científica de la libertad humana, prefieren estructurarla descargada de todo reproche normativo y reducen su función a la constatación de la necesidad de pena desde una óptica preventivista, más coherente con el principio de humanidad resulta tratar al sujeto normal como un ser básicamente capaz de conducir y dirigir su comportamiento con libertad. Este entendimiento “mixto empírico-normativo”¹² de la culpabilidad –que no obliga a verificar positivamente en cada caso si se pudo actuar o no de otra manera (basta con “comprobar si no concurrían causas que le privaran de su libertad”)¹³– se alinea plenamente con la lógica jurídica, apoyada (como la propia vida social) en la “recíproca atribución de libertad”¹⁴, y que asume como valor aceptado la libertad de elección del ser humano normal entre diversas opciones ante una situación dada. Además, en modo alguno impide, sino todo lo contrario, la valoración en el caso concreto de la verdadera capacidad individual de adecuación del comportamiento a la ley, algo natural en un Estado social y democrático de Derecho, donde sería intolerable “tratar igualmente lo que es desigual”¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, tres son las líneas principales en las que se manifiesta el contenido específico del principio de humanidad en Derecho penal:

- la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus importantes reflejos en la parte especial del Derecho penal y en las consecuencias jurídicas del delito;
- la orientación resocializadora de la pena, en particular, si privativa de libertad;
- la atención a las víctimas de toda infracción penal.

10. A. BERISTAIN, “Axiomas fundamentales...”, *cit.*, pp. 93 s.

11. J. CARRERA, *Mundo global. Ética global*, 2003, p. 22.

12. W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984, pp. 296 s.

13. T.S. VIVES ANTON, “Reforma política y Derecho Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1, 1977, p. 107.

14. C. ROXIN, “¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?”, *Cuadernos de Política Criminal*, 30, 1986, p. 678.

15. A. TORIO LÓPEZ, “El concepto individual de culpabilidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, p. 297.

2. PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y TODA PENA Y TRATO INHUMANO O DEGRADANTE

La prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante constituye, sin duda, el primer corolario práctico de la afirmación del principio de humanidad en Derecho Penal.

Recogida internacionalmente no sólo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 5) y en el Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 (art. 7), sino en la generalidad de textos e instrumentos internacionales (universales y regionales) en materia de derechos humanos, la regulación más detallada de la prohibición de la tortura se encuentra en la Convención de Naciones Unidas de 1984, que siguió a la Declaración de las Naciones Unidas de 1975 sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Define la Convención un concepto internacional mínimo de tortura, como abuso de poder¹⁶, basado en la causación de dolores o sufrimientos graves físicos o mentales con finalidad indagatoria, punitiva, intimidatoria o discriminatoria, propugnando su tipificación penal como delito pluriofensivo, especial, de resultado, doloso, de tendencia (en sentido estricto) y susceptible de comisión por omisión¹⁷. Al lado de la tortura, se prohíben los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 16), que los Estados también deben perseguir.

La distinción entre tortura y demás tratos ha suscitado importantes esfuerzos. Destacan entre ellos, junto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU y, sobre todo, la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en aplicación del art. 3 del Convenio de Roma¹⁸.

En cuanto a la prevención de la tortura, la necesidad de establecimiento de sistemas eficaces que permitan intervenir con anterioridad a los hechos de tortura y no sólo responder a los ya detectados, ha llevado a la adopción de sistemas de visitas inspirados en el mecanismo establecido por los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977. Introducido a finales de los ochenta en Europa por el Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes (Estrasburgo, 26 junio 1987), que instituyó el Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes, el sistema de visitas ha sido igualmente adoptado como instrumento de prevención de la tortura y demás tratos por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2002.

16. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La tortura como abuso de poder: aspectos penales", *La Criminología frente al abuso de poder*, San Sebastián, 1992, pp. 149 ss.

17. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura*, Barcelona, 1990, pp. 24 ss.

18. A.I. PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal*, Bilbao, 2005, pp. 49 ss. y 64 ss.

A) Incidencia en la parte especial del Derecho Penal

Los compromisos asumidos por la firma y ratificación de los textos internacionales de derechos humanos, generales y específicos, obligan a los Estados a la tipificación y sanción en su ordenamiento interno de los hechos constitutivos de tortura y demás tratos internacionalmente prohibidos.

Este es el cometido, en el Derecho español –donde el art. 15 de la Constitución declara el derecho de todos “a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”– del título VII del Libro II del Código Penal (art. 173 a 177), que lleva por rúbrica “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. No es éste el momento de entrar en las variadas cuestiones que suscita esta, en parte novedosa, regulación del Código Penal de 1995. Destaca en todo caso entre ellas, junto a la controvertida cláusula concursal (art. 177), la delimitación del bien jurídico integridad moral¹⁹. Estrechamente conectada con la dignidad, la integridad moral se ve atacada cuando se violenta, esto es, se contraría “ilegítimamente la libertad de (formación o exteriorización de la) voluntad del sujeto pasivo (obligándole a hacer u omitir lo que no quiere o a soportar una situación no deseada), mediante actos de diverso signo y características, dirigidos a (o que conlleven) un cierto tratamiento instrumental del mismo, su cosificación”; estos actos, que no tienen porqué suponer empleo de violencia, de algún modo, han de provocar “sufrimientos o padecimientos” y ser “humillantes, vejadores, envilecedores”, como exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

También en relación con la tortura se plantea una cuestión de la mayor importancia: la posibilidad o no de justificación penal²⁰. Generalizado en el marco internacional el rechazo de toda práctica de la tortura aun en circunstancias excepcionales, desde el prisma penal se suscita si cabe la tortura aplicada en legítima defensa o estado de necesidad, causas de justificación que la Convención de 1984 (a diferencia de lo que hace con la obediencia debida) no excluye de manera expresa. Frente a ello, el Convenio de Roma de 1950 no autoriza excepción alguna, lo que permite afirmar en el marco europeo la prohibición absoluta de la tortura y su imposible justificación²¹; ésta es asimismo la solución correcta en el Derecho español, al no admitirse “en ningún caso” conforme al mandato del art. 15 de la Constitución.

19. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, pp. 68 ss.

20. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989, pp. 695 ss. Ver también, C. ROXIN, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”, *Nueva Doctrina Penal*, 2004, pp. 547 ss; asimismo, K. AMBOS, *Terrorismo, Tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona, 2009, pp. 19-66.

21. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Consideraciones acerca del delito de tortura a la luz del Convenio de Roma de 1950”, en *Giza Eskubideak European / Los Derechos Humanos en Europa / Les droits de l’homme en Europe / The Human Rights in Europe (Donostia-San Sebastián, 12-14 diciembre 1988)*, Vitoria-Gasteiz, 1989, pp. 190 ss.

B) Repercusiones en el campo de las consecuencias jurídicas del delito

La prohibición de la tortura y demás tratos inhumanos o degradantes no sólo despliega sus efectos en la parte especial del Derecho penal, también alcanza importantes repercusiones en el campo de las consecuencias jurídicas del delito.

El art. 1 de la propia Convención de 1984 excluye del ámbito de la tortura “los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”; pero, el mero respeto del principio de legalidad no convierte en legítimas aquellas penas que, dirigidas tan sólo a causar sufrimientos o humillación, por su carácter cruel, inhumano o degradante, entran de lleno en el campo de la prohibición internacional.

a) Pena de muerte

Prescindiendo de las penas corporales, cuya contrariedad con la prohibición internacional (a pesar de su pervivencia en no pocos lugares) resulta indiscutida²², el debate se centra en la actualidad, en primer lugar, en torno a la pena de muerte, abolida en España por el art. 15 CE, “salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra”; por Ley Orgánica 11/1995, se abolió además la pena de muerte en tiempo de guerra.

En el plano internacional la inquietud humanitaria ha llevado a la aprobación de diversas moratorias sobre el uso de la pena de muerte²³ –que el art. 6 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos somete, por su parte, a restricciones²⁴– y cuya abolición es objeto del Segundo protocolo facultativo (1991). En Europa destacan los dos Protocolo adicionales específicos al Convenio de Roma: el núm. 6 (1983), sobre abolición en tiempo de paz; y el núm. 13 (2002), que propugna la abolición en cualquier circunstancia de la pena capital.

La misma naturaleza de los instrumentos empleados pone ya de manifiesto el alcance limitado del rechazo de la aplicación de la pena de muerte por los Estados; tampoco se entiende que la prohibición de la pena de muerte se derive, sin más, de la proscripción internacional de las penas y tratamientos crueles, inhumanos y degradantes.

Crece, sin embargo, el cuestionamiento de su legitimidad, tanto respecto de aspectos específicos de su ejecución como con carácter general. En este sentido, ya en 1977, la Declaración de Estocolmo aprobada por los países participantes en la Conferencia Internacional sobre abolición de la pena de muerte organizada por

22. Sigue abierta, en todo caso, la discusión sobre la procedencia o no de la castración química en delincuentes sexuales. R. ROBLES PLANAS, “Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret*, 4, 2007, pp. 8 ss.

23. Así, por ejemplo, a nivel de las Naciones Unidas, tras la resolución 62/149 (15 noviembre 2007), el 18 de diciembre de 2008 la Asamblea General aprobó una segunda Resolución sobre una moratoria en el uso de la pena de muerte.

24. Sólo aplicable a los más graves delitos, con pleno respeto del principio de legalidad criminal, penal y procesal; derecho a solicitar el indulto o la conmutación; no imposición a menores de 18 años ni a mujeres en estado de gravidez.

Amnesty Internacional, calificó a la pena de muerte como “el castigo más cruel, inhumano y degradante”, y exhortó a los gobiernos a “tomar medidas para la total e inmediata abolición de la pena de muerte”, manifiesta violación del derecho a la vida.

También el Comité de Derechos Humanos²⁵ (y los Tribunales regionales europeo e interamericano) se han pronunciado sobre aspectos de la pena de muerte tenidos por incompatibles con el contenido de los convenios internacionales. En Europa, la penosa situación de internamiento en los llamados “corredores de la muerte” fue calificada en 1989 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁶ como violación del art. 3 del Convenio de Roma. Igualmente en *Öcalan v. Turquía* (2005) declaró contraria al art. 3 la imposición de la pena de muerte en un proceso no equitativo y por un tribunal de discutible independencia e imparcialidad. Esta jurisprudencia europea, emitida fundamentalmente en asuntos de extradición y que obliga a los Estados a exigir garantías antes de proceder a la entrega, ha sido retomada por algunos textos normativos, como el Protocolo de reforma de la Convención europea para la supresión del terrorismo de 1977 (2003).

Los métodos de ejecución han llamado asimismo la atención de la jurisprudencia europea, que en 2000 consideró incompatible con el art. 3 la expulsión de una mujer al Irán, donde podía ser condenada a muerte por lapidación²⁷. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos –para quien la pena de muerte debe ejecutarse “de forma que cause los menores sufrimientos posibles”²⁸– ha admitido que el método de ejecución puede constituir un tratamiento inhumano o degradante²⁹, pero consideró en su momento que la ejecución por inyección letal podía ser conforme a las exigencias del Pacto internacional, no así la ejecución por gas asfixiante, modalidad tenida por “particularmente horrible”³⁰.

Ciertamente, la incompatibilidad de la pena de muerte (y no sólo de la espera en el corredor de la muerte o de algunas de sus formas de ejecución) con un entendimiento adecuado del principio de humanidad, centrado en el respeto a la persona humana como tal, resulta plena y absoluta. En este sentido, su abolición constituye todavía (y lamentablemente) una importante asignatura pendiente en el plano internacional. Merece, por ello, resaltarse el ejemplo de los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda, así como del Estatuto de

25. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, precedente del Consejo de Derechos Humanos, indicó en su resolución 2005/59, que “la abolición de la pena de muerte es fundamental para la protección del derecho a la vida”.

26. Asunto *Soering v. Reino Unido*, 1989. Sin embargo, el Consejo de Derecho Humanos, en una jurisprudencia constante, no se ha mostrado tan abierto a esta cuestión y requiere la presencia de circunstancias excepcionales para apreciar en tales casos una violación del art. 7 del Pacto Internacional (así, por ejemplo, *Lavende v. Trinidad y Tobago*, 1997; *Errol Johnson v. Jamaica*, 1996).

27. Asunto *Jabari v. Turquía*, 2000.

28. *Observation générale* 20 (44), 3 abril 1992.

29. Asunto *Kindler v. Canadá*, 1993.

30. Asunto *Charles Chitat Ng v. Canadá*, 1994.

Roma de la Corte Penal Internacional³¹: todos ellos, competentes para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales más graves y que suscitan la mayor repulsa, han renunciado a la inclusión de la pena de muerte en el elenco de penas previstas.

b) Prisión perpetua y penas de muy larga duración

La incompatibilidad con el principio de humanidad, predicada de la pena de muerte, puede afectar igualmente a determinadas formas de privación de libertad, pena que, conforme al art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha de aplicarse “humanamente y con el respeto debido a la dignidad” (apdo. 1), debiendo consistir el régimen penitenciario “en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (apdo. 3). En este sentido, el carácter inhumano de la cadena perpetua se discute desde hace más de dos siglos³²; y puede extenderse también a las penas de muy larga duración. Los negativos efectos psicológicos y sociales generalmente ligados al internamiento de larga duración³³ –que se ven ciertamente agravados si a ello se añade la aniquilación de toda esperanza de posible liberación y las duras circunstancias que suelen acompañarlos (lo que incrementa sin duda el riesgo de suicidio en prisión)–, pueden convertirlas en una especie de “tortura lenta y mutilación psíquica”³⁴ y constituyen en este sentido un importante argumento de peso en contra de la conciliación de esas penas con el principio de humanidad. Pero lo esencial en la cadena perpetua no es tanto la gravedad de aquellos efectos, cuya inevitabilidad teórica no queda exenta de discusión, aun cuando, habida cuenta de las condiciones ordinarias de detención en la amplia mayoría de países, difícilmente debería dar lugar a dudas, al menos en la práctica. Su contradicción radical con la dignidad humana deriva de su desconocimiento de “las propiedades específicas del ser humano”, al que se acaba declarando “incapaz de un proyecto existencial del que no forme parte el delito”³⁵, negándole “no ya la perfectibilidad moral (...), sino su elemental derecho a una segunda oportunidad en la sociedad, tras haber purgado la condena merecida”³⁶.

A pesar de lo anterior, si bien hay Estados, como España, que no la contemplan o que la prohíben constitucionalmente –como, por ejemplo, Brasil (art. 5 XLVII b),

31. W. SCHABAS, “Life, Death and the Crime of Crimes. Supreme Penalties and the ICC Statute”, *Punishment and Society*, 2, 2000, pp. 263 ss.

32. D. VAN ZYL SMIT, “Life imprisonment as the ultimate penalty in International Law: a human rights perspective”, *Criminal Law Forum*, 9, 1999, pp. 28 s.

33. Así, además de las obras ya clásicas de (CLEMMER (*The Prison Community*, New York, 1958) o GOFFMAN (*Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, Paris, 1968), C. HANEY, *Reforming Punishment: Psychological Limits to the Pains of Imprisonment*, Washington, 2006.

34. J.G. MURPHY, *Retribution, Justice and Therapy*, 1979, p. 240.

35. A. TORÍO LÓPEZ, “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”, *Poder Judicial*, 4, 1986, p. 81.

36. F. SAVATER, “Contra la cadena perpetua”, *El Correo digital* (23.08.08) (<http://www.elcorreodigital.com/vizcaya/20080823/opinion/contra-cadena-perpetua-20080823.html>).

Colombia (art. 34) o Portugal (art. 30.1)³⁷– y aun cuando pueda excluirse en los tratados de extradición, la presencia de la cadena perpetua en el plano comparado es muy importante, habiendo sustituido casi con habitualidad a la pena de muerte tras su abolición, lo que ha incrementado su imposición y aplicación³⁸. Aún más, la reclusión a perpetuidad es la pena contemplada por el art. 77 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como la pena más grave para “la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5”, “cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”³⁹.

La cuestión de la constitucionalidad de la prisión a perpetuidad ha suscitado también la intervención de las máximas instancias judiciales de algunos países⁴⁰. Parecer generalizado es que la admisibilidad de la cadena perpetua no puede resultar incondicional⁴¹, sino que obliga a analizar no sólo las condiciones de ejecución, sino igualmente la posibilidad de su revisión al término de determinados años de cumplimiento y con base en un procedimiento plenamente homologable desde el prisma de la independencia del órgano decisorio y del respeto de los derechos de la defensa. Esta ha sido, por ejemplo, la línea seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con sentencias a perpetuidad impuestas en el Reino Unido⁴².

Muy importante, por su alcance y trascendencia es la Sentencia de 1977 del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 45, 187), que analizó la cuestión, entre otros argumentos, a la luz del art. 1 de la Constitución alemana (inviolabilidad de la dignidad

37. El art. 30.1 de la Constitución portuguesa excluye las penas y medidas privativas o restrictivas de libertad de carácter perpetuo o de duración ilimitada o indefinida. Con todo, el apdo. 2 de este mismo artículo –en caso de peligrosidad basada en una grave anomalía psíquica y en la imposibilidad de tratamiento en medio abierto– admite la prolongación sucesiva de las medidas privativas o restrictivas de libertad en cuanto se mantenga tal estado, siempre por decisión judicial.

38. D. VAN ZYL SMIT, “Abolishing life imprisonment?”, *Punishment and Society*, 2001, p. 300.

39. Sin embargo, no resulta directamente mencionada en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex-Yugoslavia o Ruanda. Estos se remiten, en cuanto a la fijación de “las condiciones del encarcelamiento, (...) a las normas de penas de prisión aplicada por los tribunales de” Yugoslavia y de Ruanda, teniendo “en cuenta factores como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado” (arts. 24 y 23 de los respectivos Estatutos). Aun cuando en Yugoslavia la pena máxima de prisión era de 20 años (Ruanda sí conocía la cadena perpetua), esto no ha impedido al Tribunal Penal Internacional entender que el art. 24 le otorga flexibilidad suficiente para aplicar la pena de prisión a perpetuidad. Críticamente, D. VAN ZYL SMIT, “Life imprisonment...”, *cit.*, pp. 16 ss.

40. En España diversas sentencias del Tribunal Supremo han resaltado la incompatibilidad de la prisión perpetua con el contenido del art. 15 de la Constitución. Así, por ejemplo, SSTS 1822/1994 de 20 octubre, 343/2001 de 7 marzo, 734/2008 de 14 noviembre.

41. S. VERELST, “Life imprisonment and human rights in Belgium”, *Human Rights Law Review*, 3-2, 2003, p. 283.

42. S. VERELST, *ibidem*, pp. 282-283. En 1983 (*Solem v Helm*), la imposibilidad de acceso a la libertad condicional fue igualmente la razón determinante, en los EE.UU. de América, de su calificación como desproporcionada (y, por tanto, contraria a la octava enmienda: castigo cruel e inusual). No obstante, con posterioridad, y a pesar de reñidos debates y votaciones en el seno del Tribunal Supremo, se han considerado plenamente constitucionales cadenas perpetua sin posibilidad de libertad condicional S. VERELST, *ibidem*, p. 281.

humana)⁴³. Rechazando que la cadena perpetua pueda calificarse, directamente y por su propia naturaleza, de pena inhumana, el Tribunal Constitucional entendió que, siempre que se cumplieran ciertas condiciones, podía aceptarse su constitucionalidad⁴⁴, identificando, a la postre, el ataque “a la esencia de la dignidad humana” con el hecho de que “el preso, a pesar de su evolución personal, ha(ya) de abandonar toda esperanza de recobrar algún día su libertad” (BVerfGE 45 187, 245).

En suma, para no pocas instancias –y como afirmara ya el Consejo de Europa en 1977⁴⁵– el encarcelamiento de una persona de por vida sin esperanza de liberación no resulta compatible con el principio de humanidad, de aquí que, para que la prisión a perpetuidad pueda conciliarse con la dignidad humana, el preso deba conservar una expectativa concreta y realizable de una eventual liberación; esto obliga a contar, respecto de la cadena perpetua, con una regulación normativa razonable, ordenada y procesalmente correcta de la concesión (incluso aunque sea muy limitada)⁴⁶ de la libertad condicional⁴⁷.

Evidentemente, la posibilidad de revisión o de liberación condicional transcurrido un plazo de efectivo cumplimiento (período de seguridad) introduce un importante elemento de interés en la prisión perpetua, que facilita para muchos la superación del test de constitucionalidad⁴⁸; máxime si el período de seguridad, que tantas variaciones presenta en el Derecho comparado⁴⁹, no excede de los 15 años. Esto suaviza igualmente las objeciones que la cadena perpetua genera por su indeterminación y desde el prisma de la necesaria orientación resocializadora de la pena privativa de libertad⁵⁰, pero no resuelve los múltiples problemas (criminológicos y de orden jurídico) suscitadas por la aplicación de los mecanismos de revisión.

Por su parte, algunas legislaciones que no recurren a la prisión a perpetuidad han introducido penas temporales de una duración tan extendida (y completada en su ejecución por reglas tan estrictas dirigidas a su cumplimiento íntegro), que acaban asimilando la situación de los condenados a la de los presos a perpetuidad.

Como llega a reconocer la propia Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009, éste es el caso de la legislación española, particularmente

43. H.M. WEBER, *Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe: Für eine Durchsetzung der Verfassungsanspruchs*, Baden-Baden, 1999.

44. S. VERELST, “Life imprisonment...”, *cit.*, pp. 280-281.

45. COUNCIL OF EUROPE, *Treatment of long-term prisoners*, Strasburg, 1977, p. 22

46. En este sentido igualmente, TEDH, asunto *Kafkaris v. Chipre* (2008).

47. See D. VAN ZYL SMIT, “Abolishing...”, *cit.*, p. 299.

48. L. RODRÍGUEZ RAMOS, “Constitucionalidad de la prisión perpetua”, *El País*, 17 noviembre 2000. http://www.elpais.com/articulo/opinion/ESPANA/CONSTITUCION_ESPANOLA_DE_1978/CODIGO_PENAL/Constitucionalidad/prision/perpetua/elpepiopi/20001117elpepiopi_14/Tes?print=1.

49. D. VAN ZYL SMIT / F. DÜNKEL (eds.), *Imprisonment Today and Tomorrow*, 2ª ed., The Hague, 2001. Por su parte, el art. 110.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional coloca en 25 años el período par la revisión y, en su caso, reducción de la reclusión a perpetuidad impuesta.

50. D. VAN ZYL SMIT, *Taking Life Imprisonment Seriously in National and International Law*, The Hague, 2002, pp. 146 ss.

tras las reformas de 2003 y, muy en especial, a partir de la línea abierta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la Sentencia de 28 febrero de 2006 (caso Parot). Frente a ello, conviene recordar cómo la STS 1822/1994 –tras recordar (en línea con la STS 30 mayo 1992) que la consecución del mandato constitucional de resocialización “no puede conseguirse o resulta muy difícil (...) cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas”– consideró con razón que “el desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social llevaría a un “trato inhumano” a quien, sustraído a la mecánica normal del artículo 70.2 del Código Penal, se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución”.

En realidad, como hace tiempo señalara BERISTAIN⁵¹, “la privación de libertad durante más de 14 ó 15 años resulta nefasta”: todo internamiento de duración superior a 15 años corre un grave riesgo de daños irreversibles en la personalidad del preso, por lo que debería adoptarse como límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad. Obviamente una decisión de este estilo –hoy por hoy inimaginable en esta “sociedad punitiva”⁵², obsesionada con la extensión de la duración de las penas de prisión y de su cumplimiento efectivo e íntegro– obliga a plantear el tratamiento de los delincuentes peligrosos, que, al término de su condena, sigan presentando un riesgo relevante de comisión de graves hechos delictivos⁵³. Otros Derechos contemplan para estos casos diversas respuestas, generalmente sometidas a fuertes críticas doctrinales por lo que suponen de extensión de la intervención penal más allá de la duración de la pena impuesta, que en un Estado respetuoso de las garantías individuales debería ser barrera infranqueable en la intervención del poder punitivo estatal. Así, el modelo alemán (§ 66 StGB) permite que el juez en la sentencia (o, en caso de que la peligrosidad se manifieste durante la ejecución, al finalizar la condena) pueda establecer, junto a otras medidas no privativas de libertad, una “custodia de seguridad”, para su ejecución al término del cumplimiento de la pena; esto es, “sin que opere aquí el principio vicarial”⁵⁴. La opción seguida por los últimos proyectos de reforma penal en España es la introducción de la libertad vigilada, como medida de seguridad, para los sujetos cuya peligrosidad criminal subsista una vez cumplida la pena privativa de libertad y, muy en particular, para los delincuentes sexuales y de terrorismo. Integrada por un conjunto de obligaciones, prohibiciones y reglas de conducta, la libertad vigilada –que puede llegar hasta los diez años si el Código lo prevé expresamente (art. 105.2)– se impone ya en la sentencia, pero ha de esperar para su ejecución al momento de excarcelación, una

51. *Derecho penal y Criminología*, Bogotá, 1986, p. 198.

52. D. GARLAND, “The Punitive Society: Penology, Criminology and the History of the Present”, *The Edinburgh Law Review*, 1, 2, 1997. Asimismo, J.L. Díez Ripollés, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Jueces para la Democracia*, 49, 2004, pp. 25 ss.

53. J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, 2009, pp. 197 ss.

54. A.J. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003, p. 56.

vez confirmado el pronóstico de peligrosidad, que deberá ser revisado anualmente (art. 98.1).

La nueva regulación proyectada se presenta de un alcance más contenido que los textos anteriores, algo a resaltar positivamente. Siendo en cualquier caso preferible al internamiento, podría además ser razonable, como respuesta a los supuestos de peligrosidad subsistente, si la regulación en vigor garantizara unos límites adecuados a la privación de libertad efectiva en la línea de lo indicado más arriba. Ahora bien, se pretende su introducción en una legislación, como la española, que en los últimos tiempos ha extendido ya las posibilidades de imposición de penas accesorias a cumplir tras la liberación (art. 57 Código penal) y la propia duración de la privación de libertad (al igual que las reglas que garantizan su cumplimiento íntegro), estableciendo períodos de seguridad y restringiendo mucho el acceso a la libertad condicional. Lo anterior, unido a las dificultades a las que –con base en los conocimientos de que disponemos por el momento– todo pronóstico de peligrosidad se enfrenta⁵⁵, justifica el posicionamiento crítico respecto de una medida que, en la práctica, no dejará de suponer un claro endu-recimiento de la intervención penal, a la que, sin respetar el principio de proporcionalidad, permite extenderse respecto de personas que ya han “purgado” su pena, esto es, más allá de lo que las penas previstas por los correspondientes tipos penales consideran apropiada respuesta a los hechos delictivos (graves o menos graves) cometidos.

c) Régimen penitenciario inhumano o degradante

El principio de humanidad no sólo se ve enfrentado por la existencia de determinadas penas. Alcanza asimismo importantes repercusiones en el plano penitenciario, que debe obviamente configurarse como un espacio plenamente respetuoso de la persona humana y, por tanto, ajeno a todo trato inhumano o degradante. Dispone el art. 10.1º del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos: “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Diversas recomendaciones internacionales –como las Reglas Mínimas internacionales (y las Reglas penitenciarias europeas)– constituyen en este punto desarrollos del principio de humanidad y sirven de referencia a los tribunales para determinar, en el caso concreto, la compatibilidad o no de las medidas o intervenciones cuestionadas con aquella disposición (o con el art. 3 del Convenio de Roma).

Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido que examinar repetidamente demandas en este orden de cosas. La jurisprudencia de este Alto Tribunal –que, hasta 1998, aun cuando detectara un incumplimiento de normas y estándares internacionales, no llegara a apreciar violación del art. 3 en asuntos penitenciarios (no así en algunos supuestos de detención policial y por las fuerzas de seguridad)⁵⁶–, manifiesta en los últimos años una mayor incidencia de las violaciones del Convenio de 1950 con base en algunas de las prácticas penitenciarias cuestionadas. Son, en este sentido, ya numerosas las sentencias que detectan vio-

55. C.M. ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, 1986, pp. 24 ss.

56. D. GOMIEN, D. HARRIS, L. ZWAAK, *Convention européenne des droits de l’homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Strasbourg, 1997, pp. 118 ss.

lación del art. 3 en determinadas prácticas⁵⁷ y condiciones de internamiento⁵⁸ y, muy en especial, respecto de ciertas categorías de internos, las cuales –como las personas muy envejecidas y enfermas, los afectados por alteraciones mentales o, muy en particular los enfermos graves– precisan de cuidados específicos y no deben ser sometidas a determinadas medidas disciplinarias y/o de contención física sin probada necesidad⁵⁹. El Tribunal ha declarado igualmente contrarias al art. 3: la alimentación forzosa a internos en huelga de hambre con empleo de medios extremos y sin necesidad terapéutica real⁶⁰; las condiciones de internamiento en la Isla de Aruba⁶¹; y el cacheo integral con inspección anal sistemática (tras cada comunicación y durante dos años)⁶².

También las más altas instancias judiciales de los Estados van desarrollando su propia jurisprudencia en la materia. De hecho, en el caso del Tribunal Constitucional español⁶³, la mayoría de los supuestos estudiados de tortura y tratos inhumanos o degradantes conciernen al marco penitenciario. El TC ha visto por el momento violación del art. 15 CE en la imposición de asistencia médica contra la voluntad del interno en un caso de enfermedad grave e incurable (STC 48/1996) y no en las cuestiones suscitadas en torno a la alimentación forzosa de sujetos en huelga de hambre, denegación de la progresión en grado o libertad condicional, aplicación de medios de control y seguridad, imposibilidad de mantener comunicaciones íntimas, prohibición de aplicación de tratamientos médicos alternativos y aislamiento en celda⁶⁴.

57. Encadenamiento del preso de edad a su cama durante su hospitalización (*Henaf v. Francia*, 2003), afeitado de la cabeza en el marco de una sanción disciplinaria (*Yankov v. Bulgaria*, 2003), cuidado de un heroinómano que presentaba síntomas de abstinencia y fallece en prisión (*McGlinchey y otros v. Reino Unido*, 2003).

58. P.e. y en combinación con otras circunstancias, como la duración de la detención, en centros sobrepoblados e insalubres, (*Kalachnikov v. Rusia*, 2002; *Mameova v. Rusia*, 2006), en celda de dimensiones muy insuficientes (*Cenbauer v. Croacia*, 2006) o con falta de agua y alimentación (*Kadik.is v. Letonia*, 2006). También ha apreciado violación del art. 3 en un caso de prisión provisional en la que se exigía al interno pagar para obtener una mejora de las condiciones de internamiento (*Modarca v. Moldavia*, 2007).

59. Cabe destacar las sentencias de los asuntos *Mouisel v. Francia*, 2002; *Farbthus v. Letonia*, 2004; *Melnik v. Ucrania*, 2006; *Rivière v. Francia*, 2006; *Popov v. Rusia*, 2006; *Khudobin v. Rusia*, 2006; *Tarariyeva v. Rusia*, 2006; *Hüseyn v. Turquía*, 2007; *Gorodnitchev v. Rusia*, 2007; *Paladi v. Moldavia*, 2007; *Koutcherouk v. Ucrania*, 2007; *Yakovenko v. Ucrania*, 2007; *Dybeku v. Albania*, 2007; *Renolde v. Francia*, 2008; *Kotsaftis v. Grecia*, 2008.

60. *Neumerjitski v. Ucrania*, 2005; *Ciorap v. Moldova*, 2007. Ver también, entre otras, *Hunc v. Turquía*, 2004, sobre el tratamiento aplicado a huelguistas de hambre con síndrome de Wernicke-Korsakoff.

61. Aislamiento celular durante período excesivo e inútilmente prolongado, más de siete meses en celda que no protegía al interno de las inclemencias del tiempo, y detención en un lugar desde el que no podía acceder a la zona de ejercicios ni al aire libre sino a costa de graves dolores físicos consecuencia de una dolencia en la espalda (*Mathew v. Holanda*, 2005).

62. *Frérot v. Francia*, 2007. También sobre cacheo a detenidos, *Salah v. Holanda*, *Baybasin v. Holanda*, 2006.

63. F. REVIRIEGO PICÓN, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2008, pp. 55 ss. Ver también, T. MONTERO HERNANZ, “La jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia penitenciaria (1981-2007)”, *Revista General de Derecho Penal*, 9, 2008, RI §403783.

64. Respecto de los cacheos con desnudo integral, el otorgamiento del amparo vino por vía de la vulneración del derecho a la intimidad y no por infracción del art. 15 CE.

3. PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y RESOCIALIZACIÓN

Las consecuencias del principio de humanidad para la vida penitenciaria no se agotan en la prohibición de tratamientos inhumanos o degradantes en prisión. Por el contrario, en línea con el art. 10.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (y, en España, con el art. 25.2 de la Constitución), se acepta ampliamente, como corolario del principio de humanidad, la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad, cuanto menos en su aspecto ejecutivo. Si el principio de humanidad obliga a la corresponsabilización social con el delincuente –el cual no deja de formar parte de la sociedad–, la institución penitenciaria ha de procurar, en primer término, reducir el contenido estigmatizador y separador propio de toda decisión de internamiento tras los muros de una prisión, así como aprovechar la ejecución para abrir oportunidades de superación de la desocialización⁶⁵, asimilando en lo posible la vida de dentro a la de fuera, fomentando la comunicación del preso con el exterior y facilitando la progresiva incorporación del penado a la vida en libertad.

1. Frente a las múltiples propuestas de entendimiento del (por otra parte, ambiguo)⁶⁶ ideal resocializador, esta configuración democrática de la resocialización parte de que el modelo de resocialización penitenciaria no puede ser muy distante del modelo de socialización de los demás ciudadanos, sustentado constitucionalmente en el respeto y disfrute de los derechos fundamentales y el desarrollo integral de la personalidad⁶⁷. De este modo, y evitando la identificación con la necesidad de articulación en prisión de un tratamiento para todos los internos, sortea los problemas de legitimidad no pocas veces subrayados, articulando la meta resocializadora de un modo plenamente compatible con el reconocimiento a los presos de sus derechos constitucionales y, entre ellos, del derecho a ser diferente, de donde deriva la no sumisión a un tratamiento que no sea voluntariamente aceptado.

La resocialización se convierte así en un objetivo de la intervención penitenciaria en su conjunto⁶⁸ y no meramente en la meta de las intervenciones terapéuticas. El régimen penitenciario también ha de ser resocializador⁶⁹. Frente al riesgo de conversión de los establecimientos en meros depósitos de seres humanos⁷⁰, que el abandono del ideal resocializador claramente conlleva, esto obliga a la institución penitenciaria a comprometerse, de manera decidida y en primer lugar, con la humanización de la prisión, presupuesto ineludible de cualquier labor resocializadora⁷¹. Asimismo, junto al refuerzo

65. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, pp. 89 ss.

66. A. GARCÍA PABLOS DE MOLINA “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, ADP, 1979, p. 650.

67. F. BUENO ARÚS, “A propósito de la resocialización del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, 25, 1985, pp. 65 y ss.

68. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, *Papers d'estudis i formació*, 12, 1993, pp. 9 ss.

69. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización”, *Eguzkilore*, núm. extraordinario 2, 1989, pp. 59-63.

70. A. BERISTAIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 194 ss.

71. H. KAUFMANN, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977, p. 47.

de las garantías individuales de los internos y la apertura de amplios programas de relación con el exterior, esto requiere de manera prioritaria la puesta en práctica de acciones eficaces y permanentes de control de la sobrepoblación penitenciaria⁷², que tantas dificultades plantea para cualquier intervención penitenciaria adecuada y eficaz.

2. La necesaria orientación resocializadora de la pena privativa de libertad obliga, por otra parte, a un esfuerzo especial en la búsqueda de alternativas válidas para las penas cortas de prisión o, en su caso, el desarrollo de sistemas y mecanismos de ejecución atenuada de la misma (arrestos domiciliarios, semilibertad, tratamiento intermedio, semidetención y libertad controlada, arresto de fin de semana...). Siendo la multa la alternativa a la pena de prisión tradicionalmente más contemplada por los Códigos penales, rasgo característico de las legislaciones contemporáneas es la multiplicación de las posibilidades de suspensión condicional (de la pena, del fallo, del proceso...) y la apertura de cauces a la imposición, como alternativas a la prisión, de penas accesorias o restrictivas de libertad, interdicciones profesionales, privaciones o suspensiones de ciertos derechos y hasta la reparación de la víctima, la dispensa de pena o el perdón...; a ellas se añade la expulsión, crecientemente aplicable respecto de los extranjeros.

En cualquier caso, la alternativa de mayor prestigio y renombre en el Derecho comparado es el trabajo en beneficio de la comunidad⁷³. A partir de la privación de una parte del tiempo libre del condenado, en el trabajo en beneficio de la comunidad el penado se obliga voluntariamente a realizar durante ese tiempo una prestación de contenido social positivo. El éxito de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad no depende, con todo, tan sólo de una regulación normativa adecuada y suficiente, sino muy principalmente de la existencia de una “infraestructura adecuada”⁷⁴, lo que pasa por la articulación de una amplia red de entidades públicas y privadas, capaz de configurar una variada oferta de actividades válidas. Es éste el mayor reto al que se enfrenta en la actualidad el desarrollo de esta pena en España donde, introducida por el Código Penal de 1995 (y objeto de una importante reforma en 2003), la frecuencia de su imposición se ha visto altamente potenciada por la reciente reforma de los delitos contra la seguridad vial operada por LO 15/2007.

Por lo demás, las diversas reformas del Código Penal no han sido capaces de romper con la inseguridad, contradicciones y falta de innovación que le caracteriza en este ámbito⁷⁵. Tampoco parece que lo vaya a hacer el Proyecto de reforma de 2009, en el que se elimina la reintroducción (proyectada en 2006) del arresto de fin de semana; una pena, prevista en 1995 (art. 37) y sustituida a partir de la entrada en vigor de la L.O. 15/2003 por la localización permanente, que el Proyecto de 2009 dice querer reforzar.

72. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Retos principales del actual sistema penitenciario”, en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 2005, pp. 134 s.

73. J.A. BRANDÁRIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Valencia, 2009.

74. N. SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Madrid, 2000, p. 350.

75. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, p. 151.

4. PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y VÍCTIMAS

Si tradicionalmente el principio de humanidad ha centrado su foco en el sujeto activo del delito, planteándose como uno de los postulados limitadores del poder punitivo del Estado, a partir de las enseñanzas de la Victimología a nadie se le escapa que una política criminal inspirada por el principio de humanidad no sólo no puede ignorar las necesidades de las víctimas, sino que debe asumir como una de sus funciones más básicas el esfuerzo por su atención y satisfacción. Superando la limitada perspectiva de la víctima como sujeto pasivo de la acción o del delito, el respeto del principio de humanidad en Derecho penal exige, en este sentido, hacer pasar a las víctimas “del olvido al reconocimiento”⁷⁶, garantizando todos sus derechos, otorgándoles pleno protagonismo en el sistema penal y colocando al principio de protección de las víctimas al mismo nivel que la proscripción de las penas y tratamientos inhumanos y degradantes y la orientación resocializadora de la pena.

Toda política criminal respetuosa, como no puede ser menos, del principio de humanidad para las víctimas ha de partir del aseguramiento de sus derechos, que exceden con mucho del mero ámbito de la responsabilidad civil. Las víctimas han de ser tratadas con humanidad y con pleno reconocimiento y respeto de lo que jurídicamente conlleva su condición de víctimas: en particular, su derecho a la información y a la verdad, al acceso a la justicia y a la reparación. El derecho a la reparación de las víctimas –que ha de abarcar, cuanto menos, la prevención de situaciones de desamparo, al lado de la restitución, reparación de daños e indemnización de perjuicios–, no debería quedar en lo meramente patrimonial; siempre que la agresión alcance a bienes personalísimos con una cierta entidad, ha de buscarse una reparación integral, inclusiva de medidas de asistencia y acompañamiento y de la obtención y disfrute de ayudas públicas para la superación de la victimización (rehabilitación personal y reinserción social).

Por su parte, las macrovictimaciones (como la terrorista)⁷⁷ agravan la situación, acentúan la dimensión colectiva e intensifican la necesidad y urgencia de las acciones de solidaridad, atención y reparación integral y la adopción de todas las medidas apropiadas que puedan contribuir al reforzamiento de sus derechos (muy en particular, al reconocimiento de su condición de víctimas, a la verdad y a la memoria), a la protección frente a posibles agresiones o vejaciones, la tutela de la intimidad y a la asistencia en los planos físico, psicológico, familiar, laboral, social...

Obviamente el Derecho penal constituye un muy pobre instrumento de cara al reconocimiento y garantía de los derechos de las víctimas que, sin perjuicio de su tutela penal efectiva, han de contemplarse en el marco de una política criminal que asegure una intervención de los poderes públicos, adecuada y eficaz.

Ahora bien, frente a quienes entienden que la protección de la víctima queda al margen del Derecho penal, conviene afirmar la importancia y repercusiones que alcanza el reconocimiento del principio de protección de las víctimas, como corolario

76. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Granada, 2006.

77. A. BERISTAIN, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia, 2005, pp. 33 ss.

del axioma de humanidad. Como indica SUBIJANA ZUNZUNEGUI, función de este principio ha de ser “garantizar la máxima tutela jurídica de los derechos de las víctimas en el orden penal, sin desnaturalizar, con ello, los principios que adecuan el Derecho Penal a las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho”; y, en el plano procesal, sin “vaciar las notas jurídicas que permiten concebir a un juicio como un proceso justo e idóneo para obtener una tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos”⁷⁸. Partiendo de una adecuada definición de víctima (de la que carece en la actualidad el Código penal), esto requiere, en el plano sustantivo,

- seleccionar y tipificar adecuadamente aquellos supuestos de desistimiento, comportamiento post-delictivo o especial relación con las víctimas que merecen un tratamiento privilegiado, así como de los que, por prevalerse de un contexto o situación de desprotección o debilitar significativamente los mecanismos de autoprotección de las víctimas, han de recibir un tratamiento agravado;
- desarrollar la justicia reparadora, potenciando la mediación, mejorando la regulación de la responsabilidad civil, convirtiendo a la reparación en una tercera vía penal y dotando de un mayor contenido reparatorio de la víctima al trabajo en beneficio de la comunidad; y, en general,
- “colocar a las víctimas en el centro neurálgico de las sanciones penales”⁷⁹,
 - o promoviendo respuestas penales que protejan a las víctimas, al generar barreras a ulteriores procesos de victimización (como las inhabilitaciones especiales en el ámbito familiar, las prohibiciones de residencia, acercamiento y comunicación o la sumisión del victimario a programas formativos, culturales, educativos, profesionales, de educación sexual o similares);
 - o dando mayor cabida en los procesos de determinación judicial de la sanción penal a consideraciones relativas a las circunstancias de la víctima, que en la actualidad sólo pueden encauzarse a través del juicio sobre la gravedad del hecho delictivo; y
 - o abriendo espacios de participación de las víctimas en el ámbito de la ejecución⁸⁰.

En cuanto al principio *in dubio pro victima*⁸¹, se trata de una propuesta del mayor interés que debería abrirse progresivamente camino, particularmente en la legislación específica en materia de víctimas, ámbito que ofrece al efecto posibilidades mayores y más ricas que el Derecho penal sustantivo y procesal.

78. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio...*, cit., p. 23.

79. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *ibidem*, p. 128.

80. A. BERISTAIN, “Protagonismo de las víctimas en la ejecución penal (hacia un sistema penitenciario europeo)”, *Actualidad penal*, 37, 200, pp. 798; J. C. RÍOS MARTÍN, “La mediación en la fase de ejecución del proceso penal”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra. 2006, pp. 169 ss.

81. A. BERISTAIN, *Protagonismo...*, cit., pp. 321 s.

