

El contenido de esta obra es una contribución del autor al repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por tanto el autor tiene exclusiva responsabilidad sobre el mismo y no necesariamente refleja los puntos de vista de la UASB.

Este trabajo se almacena bajo una licencia de distribución no exclusiva otorgada por el autor al repositorio, y con licencia [Creative Commons - Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas 3.0 Ecuador](#)



La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos

Ramiro Ávila Santamaría

Fecha de contribución: 7 de septiembre de 2010

La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos

Ramiro Avila Santamaría

Introducción

He sido víctima de al menos cinco delitos violentos en los últimos diez años. Mis reacciones han pasado desde las ganas de vengarme de algún modo igualmente violento, hasta la de utilizar de forma decidida, solicitando el máximo rigor de la ley, las respuestas que me han ofrecido el estado y el derecho penal: persecución, condena y encierro a los responsables de aquellos delitos, quienes me han generado un miedo (por suerte vencible) de salir a la calle, de estar en mi casa a pesar de las puertas reforzadas y de los guardias de seguridad, de parquear el auto en una calle sin alarma ni vigilancia... He sido, en suma, un ciudadano, como muchísimos otros, que han sufrido en carne propia lo que se ha venido a llamar como “inseguridad ciudadana” y, como no podía ser de otra manera, me identifico con su dolor y con muchas de sus demandas. Nada justifica la violencia y el miedo producido por el cometimiento de infracciones penales.

También he estado expuesto como ciudadano a otras experiencias relacionadas con el sistema penal. Desde que era estudiante de derecho -y esto ya hace muchos años atrás- en algunos momentos de mi vida he trabajado directamente con personas acusadas de infracciones penales y no he dejado de visitar cárceles. Así como un turista común y corriente visita los monumentos más representativos de una ciudad, yo me interesaba por conocer sus cárceles, bajo la creencia -que aún tengo- de que la cárcel es un buen reflejo de la sociedad, donde se concentra, como en un perfume, lo esencial del lugar. Conozco casi todas las cárceles de mi país (Ecuador), he visitado prisiones en varios países de la región y muchas cárceles en los Estados Unidos. En esto, en cambio, he sido un ciudadano privilegiado, que ha podido observar que las personas más pobres y vulnerables están encerradas y que no son tratadas de una forma digna. La violencia que se ejerce desde el estado contra esas personas tampoco me parece justificable.

Muchas personas encuentran un vínculo directo entre ser víctimas de infracciones penales y los presos que están en nuestras cárceles. Cuando esto sucede, se considera que el trato inhumano que se les proporciona en los lugares de encierro es bien merecido, que las personas deben estar la mayor cantidad del tiempo encerradas para que no salgan a hacer fechorías en las calles, que lo más sensato es olvidarse de su destino, que algo habrán echo para tener dicha suerte y allá ellos.

Esta vinculación no es adecuada y esconde muchas injusticias. En primer lugar, no necesariamente quien ha cometido la infracción en mi contra está encerrada y es muy probable que ni siquiera haya cometido infracción penal alguna. En segundo lugar, se centra el problema en los delincuentes de poca monta, que generalmente son los más torpes y los que menos daño social provocan. En tercer lugar, el problema de la violencia social no se soluciona con la respuesta que está ofreciendo el estado sino que se lo profundiza y se agrava. Finalmente, y sin ánimo de agotar las razones, la justicia penal a la que estamos sometiendo a nuestros conciudadanos ahora encerrados no es compatible con nuestro ordenamiento constitucional. Y de esto se trata este ensayo. El estado constitucional de derechos no admite cualquier sistema penal como tampoco el uso intensivo y exclusivo de la violencia mediante el encierro.

Si uno mira el funcionamiento del sistema penal de cualquiera de nuestros países, se va a encontrar con una realidad realmente desgarradora. ¿Es casual que la mayoría de gente que habita en nuestras cárceles sea pobre? ¿Existe alguna explicación y justificación para este fenómeno social? ¿Tiene relación la organización social y política con el funcionamiento del sistema penal? ¿Cómo se caracteriza a un derecho penal consistente con estado constitucional de derechos?

Para abordar estas preguntas, en un primer momento y a lo largo de este ensayo, utilizando fuentes confiables y objetivas, se demostrará que quienes son víctimas del sistema penal son las personas más pobres. En un segundo momento se realizará un análisis doctrinario sobre este fenómeno y se pretenderá demostrar que no existe justificación razonable, desde algunos parámetros (la democracia, la igualdad, la proporcionalidad y la justicia,) para tolerar tanta violación a los derechos humanos, para concluir sobre su inaceptabilidad de este patrón estatal tolerado socialmente dentro de un marco constitucional de derechos. Finalmente, después de tanta crítica, se presentarán algunas pautas para pensar en un derecho penal distinto.

Para efectos de este ensayo, justicia penal y sistema penal se utilizarán indistintamente. Se entenderá como tales el conjunto de elementos que la conforman y la manera de operar actualmente, que es un modelo basado en el encierro como idea central y en formas represivas de manifestación. Entre los elementos, tenemos al derecho penal, configurado por las leyes penales, procesales y de ejecución de penas; a los actores en sus distintas agencias, incluido políticos, policías, militares, fiscales, jueces y autoridades penitenciarias; y a los momentos por los que atraviesa una persona sometida al derecho penal, que van desde la detención, pasando por el proceso y terminando en el encierro.

I. El funcionamiento del sistema penal

El sistema penal está conformado por cuatro niveles, que interactúan entre sí, pero que son diferenciados por la distinta conformación de cada uno de ellos: (1) el prescriptivo, que se deriva de las normas jurídicas, y que constituye la criminalización primaria. Si bien las normas penales podrían aparecer como neutras, "sin dedicatoria", su operatividad es evidentemente dirigida hacia la población más pobre y vulnerable de la sociedad, por ello es importante no descuidar el siguiente nivel; (2) el descriptivo de la realidad, que es el ejercicio real de la represión, y es lo que se conoce como criminalización secundaria; (3) el doctrinario, que es la teorización de los autores que legitiman o critican el sistema penal, y son agencias de reproducción ideológica; y (4) el publicitario, que es la propaganda del sistema penal, y que corresponde a la opinión pública que se configura a través de múltiples agencias, tales como la escuela, la iglesia, el cine y hasta la sofisticada publicidad de los medios masivos de comunicación (Zaffaroni 2007: 293). De estos niveles, para efectos del análisis de este ensayo, nos ocuparemos del segundo, sin que esto signifique que en los otros niveles no se produzcan iniquidades o desigualdades que sean pertinentes para un análisis crítico.

La iniquidad que produce y reproduce el sistema penal está dentro de un contexto mayor de desigualdad. De hecho, es reflejo de la situación social. Brevemente describiremos la situación de exclusión general y la que se presenta en el sistema penal. Enunciaremos, ejemplificativamente, la situación de algunos países de la región para sostener, como un

hecho demostrado, que el sistema penal es excluyente y que opera contra las personas más vulnerables y débiles de la sociedad.

La pobreza global se ha expandido y es severa. Sin ánimo de enunciar todas las cifras que lo demuestran, simplemente mencionamos que, en el 2004, de 6.373 millones de personas, 850 millones carecen de nutrición adecuada, 1.037 millones no tienen acceso al agua potable, 2.600 millones están privados de condiciones sanitarias esenciales, más de 2.000 millones no tienen acceso a medicamentos esenciales, 1000 millones viven sin una vivienda adecuada, 2000 millones no tienen electricidad, dos de cada cinco niños tienen problemas de crecimiento, 179 millones de niños están involucrados en las peores formas de explotación infantil, 799 millones son analfabetos, un tercio de todas las muertes humanas (50.000 mil diarias) se relacionan con la pobreza. (Pogge 2007: 147)

Latinoamérica es la región más inequitativa del mundo. De los 15 países con mayor inequidad, de acuerdo al índice Gini, de un total de 173, 8 se encuentran en Latinoamérica (El Salvador, México, Guatemala, Honduras, Colombia, Paraguay, Nicaragua, Brasil) (Benito 2009: 146, 311). Según el PNUD, "los problemas centrales en este plano son la pobreza y la desigualdad, que no permiten que los individuos se expresen como ciudadanos con plenos derechos y de manera igualitaria en el ámbito público, y erosionan la inclusión social. Los indicadores muestran que todos los países de la región son más desiguales que el promedio mundial" (PNUD 2004 en Benito: 147).

Según Carranza, después de analizar múltiples informes y cruzar variables, la gestión de la globalización "distribuye inequitativamente no solamente el ingreso y los beneficios del desarrollo, sino también la criminalidad" (Carranza 2007: 112). En otras palabras, la realidad de exclusión y pobreza se refleja en el sistema penal: "la cárcel reproduce en grado máximo la injusticia social" (Rosales 2007: 245).

De acuerdo a esta lógica, las personas más pobres están peor situadas en la sociedad, y uno de los lugares donde ello sucede es la cárcel.

¿Quiénes están en las cárceles (sometidos al sistema penal)? Hay muchas fuentes para contestar esta pregunta. El sentido común es una de ellas, que suele ser muy útil la mayoría de las veces, aunque a veces atrofiado por los medios de comunicación (Iturralde 2010: 21, 34, 302). Cuando alguien se imagina sobre las personas que entran, permanecen o salen del sistema penal, inmediatamente se representa al malo de la calle, de acuerdo con nuestros estereotipos: personas pertenecientes a grupos marginales, pobres, en su mayoría hombres, afro descendientes, jóvenes y mal encarados. A estos les vemos en los periódicos, en los noticieros y muchas veces les identificamos como nuestros agresores. Nuestro estereotipo suele coincidir con el de la policía, fiscales y jueces. Efectivamente, ellos están en las cárceles. Esto no significa que personas de otras características no puedan entrar en el sistema penal, sino que simplemente son la minoría que entra al sistema por razones distintas a las que explican la exclusión social.

El sistema penal opera contra los pobres (selectividad) o sectores más humildes de nuestras poblaciones. Esto lo afirman todos los científicos sociales críticos de la región y de los países centrales (Rosales: 244; Larrandart: 186; Benito: 152; Vilhena: 43; Aniyar: 28; Zaffaroni 1998: 26, 60, 157; Zaffaroni 2009: 109; Ramm: 17; Mathiesen: 52; Pavarini: 178, Iturralde: 47; Cole: 66, 141, 177; Dufour: 97). Por ello, no es casual que la mayoría de las personas vivan en situaciones de precariedad económica, cultural y social. Por la primera, las personas

cuentan con poco presupuesto familiar por ser desempleadas o subempleadas; en lo cultural, las personas tienen bajos niveles de escolaridad, que tiene consecuencias en sus habilidades sociales y su comportamiento individual; en lo social, las personas privadas de libertad suelen provenir de familias que han experimentado situaciones críticas propias de su situación de exclusión social: abandono, maltrato, trabajo infantil, violencia física o psicológica, consumo de droga o alcohol, que incide en un desarraigo social y afectivo (Ramm: 20-26).

Pero eso no es todo. No sólo que nuestros conciudadanos más pobres están mayoritariamente bajo el control represivo del estado mediante el sistema penal, sino que también son terriblemente mal tratados, lo cual agrava la situación del sistema penal en un estado constitucional de derechos. Para analizar el tratamiento del sistema penal a las personas más vulnerables, pasaremos revista a tres momentos de su intervención, que responden a tres agencias penales distintas: (1) la detención y toda actividad previa al proceso, que está bajo responsabilidad de la policía y en algunos casos también del ejército; (2) el proceso, en el que intervienen operadores judiciales (jueces, fiscales, defensores, abogados litigantes); (3) el encierro, ya sea dentro de un proceso penal o después de obtener condena, cuya responsabilidad corresponde a los operadores penitenciarios (guardias penitenciarios, direcciones de cárceles con su burocracia).

1. La detención y la actividad previa al proceso

En la fase de detención, que suele ser una de las más críticas para la violación de derechos humanos, por estar exento de control judicial y ciudadano, es donde se producen detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales y tortura.

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos están plagadas de casos relacionados con detenciones arbitrarias, que se producen sin los requisitos establecidos en las constituciones y en los convenios internacionales. Por mencionar algunos ejemplos, en el caso Tibi contra Ecuador, el señor Daniel Tibi, ciudadano francés que circulaba en su vehículo por una calle de Quito, fue detenido por agentes de policía que se hicieron pasar por funcionarios de migración, sin boleta constitucional, le dijeron que era un trámite migratorio de rutina y le involucraron, en base a un testimonio obtenido mediante tortura, en un caso de tráfico de drogas (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004: 76a). En el caso de Colombia, basados en información de la policía, sólo el 17% de las detenciones fue con orden judicial y en más del 50% las detenciones se basaban en "sospechas" (Iturralde 2010: 263).

En cuanto a las ejecuciones extrajudiciales, que son difundidas como noticias en las que se enfrentan los policías con los delincuentes y estos últimos son abatidos, el fenómeno en la región es escandaloso. Esto lo testifica tanto el relator de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, en sus informes de Brasil, Colombia y Ecuador (Alston 2007-2010), como un informe dirigido por el profesor Zaffaroni sobre el derecho a la vida y los sistemas penales (Zaffaroni 1993). Por citar un ejemplo, la Corte IDH condenó a Colombia por atentar contra el derecho a la vida del Sr. Caballero Delgado, quien fuera detenido arbitrariamente por el ejército colombiano y posteriormente desaparecido (Corte IDH 1995: párr. 63).

2. La tortura

La tortura es un fenómeno cotidiano en los centros de detención en nuestra realidad latinoamericana. Solo por mencionar algunos ejemplos, extraído de los hechos probados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contenciosos: el 24 de agosto de 1994,

en horas de la tarde, en las calles de Bogotá, un Coronel de la Policía Nacional y su primo detuvieron y lo condujeron al sótano de las instalaciones de un organismo policial al Sr. Gutiérrez Soler. En el sótano fue esposado a las llaves de un tanque de agua y sometido a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, consistentes en quemaduras en los órganos genitales y otras lesiones graves durante tres horas, hasta que se autoinculpara de un hecho delictivo. (Corte IDH 2005: párr. 48)

En el Caso Baldeón García c. Perú, la Corte describe los tratos que eran sometidas las personas detenidas: agotamiento físico, obligación de permanecer de pie durante largas horas (de espalda contra la pared, vendada en un pasadizo, etc.) o en posiciones incómodas (de cuclillas, con los brazos hacia atrás, sentadas y con la cabeza entre las piernas, etc.). Una de las modalidades de tortura por asfixia más frecuentes era la conocida como el "submarino", que implicaba introducir a la víctima con los pies y manos atados y en posición de cabeza a tierra en un cilindro con líquido mezclado con sustancias tóxicas. (Corte IDH 2006: párr. 72). También se afirma que, entre 1998 y el año 2000, sobre 6.443 actos de tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes registrados, el porcentaje más alto (75%) corresponde a acciones atribuidas a funcionarios del Estado o personas que actuaron bajo su autorización o aquiescencia.

En todos los informes de las comisiones de la verdad en nuestro continente, se relatan con cierto detalle prácticas de tortura ejecutadas en el período conocido como "guerra fría", cuando se libraron conflictos armados internos. Lo triste fue que, cuando se acabó el enemigo del comunismo, el sistema penal siguió operando contra otros "enemigos" (Zaffaroni 2007: 295) y las prácticas de tortura continuaron. El informe de la Comisión de la Verdad de Ecuador, que no restringió su mandato a la época de represión contra grupos armados, sino que investigó todo el período democrático hasta nuestros días, confirma esta afirmación. El informe registró 2.066 hechos de tortura y en cada una de las víctimas se utilizó un promedio de cinco tipos de tortura. Entre los tipos de tortura, se verificaron golpes, vendaje de ojos y capuchas, amenazas y simulacros de muerte, violencia sexual, privación de alimentos, incomunicación, asfixia, privación de sueño y descanso, insultos y humillaciones, electricidad en el cuerpo, guindada/desgonzada/descoyuntada, presenciar o escuchar torturas a terceros, exposición a temperatura extrema, quemadura de cigarrillos, aplicación de pesos... (Comisión de la Verdad 2010: 97)

Podríamos agravar el panorama si se trata, además, sobre la corrupción policial (Larrandart 2007: 171; Zaffaroni 2009: 109), que es un hecho grave aún en nuestra región, y que se manifiesta en esta fase procesal.

3. El proceso

En el juicio penal se violan las garantías básicas del debido proceso: derecho a la defensa técnica, juzgamiento en el plazo razonable, motivación en la sentencia, condena a penas proporcionales.

La defensa no tiene comparación con el aparato de acusación y depende su calidad de los recursos económicos. Una persona privilegiada socialmente suele también serlo en su defensa por tener medios para acceder a una defensa de calidad. Los defensores públicos suelen defender en tribunales sin entrevistas ni investigación previa. (Cole: 64-70).

Los juicios en los que están involucradas personas pobres suelen demorar y exceder del plazo razonable. El caso paradigmático, que desarrollo la teoría del plazo razonable en el sistema

interamericano, es el del señor Suárez Rosero. El Señor Rosero pasó en prisión preventiva el doble de tiempo del que debería haber estado si le condenaban oportunamente (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1997: párr. 74 y 75)

En cuanto a la motivación de la sentencia, muchos casos se basan simplemente en los partes policiales, particularmente los casos de drogas y de delitos flagrantes. Lo que hace que el juicio sea irrelevante y las pruebas de descargo inútiles (Pásara 2010; Martínez 2007).

Las penas, en particular en los casos de drogas, que son un gran porcentaje en la región, suelen ser desproporcionadas. Personas por tenencia de drogas de cantidades ínfimas, suelen tener penas semejantes a aquellas que han sido condenadas por homicidio (Avila 2009: xiv; Bustos 2009: 360)

4. El encierro

En un libro testimonial, un ciudadano francés al describir su primer día en la cárcel, manifiesta que penetró en la "antesala del infierno". La primera sensación que tuvo fue un olor repulsivo y unos ruidos atemorizantes. "Las imagines que desfilan delante de mis ojos me cortan el aliento. Múltiples brazos se balancean ante las rejas de las puertas, los detenidos están con los torsos desnudos y parecen buscar el poco aire que pasa por estos delgados marcos. A pesar de la oscuridad, distingo la estrechez de las celdas en que está amontonado un número incalculable de personas, de pie, pegados unos contra otros. El calor es sofocante; el olor, insostenible. El pánico y el miedo me paralizan..." (Dufour 2009: 74)

En el encierro se producen múltiples situaciones que producen profundas y reiteradas violaciones a los derechos humanos. Las más comunes son el hacinamiento, la violencia institucional contra el privado de libertad que produce muerte, tortura y tratos crueles e inhumanos, la falta de servicios públicos y condiciones de vida que degradan la dignidad del ser humano privado de libertad.

a. El hacinamiento

Basado en información proveniente de 28 países de América Latina y el Caribe, Elías Carranza concluye que la población penitenciaria viene creciendo de forma acelerada y que hay un uso generalizado de la prisión dentro del sistema penal (Carranza 2007 b: 13). Los niveles de sobrepoblación son mayores que el 120%, por lo que conviene calificar a la situación de gravísima (Carranza 2007b: 20).

El hacinamiento, entendido como la existencia de más de una persona donde hay espacio sólo para una, se agrava si se considera la falta de recursos humanos y también financieros. Han aumentado los presos, pero no el personal administrativo y peor la adecuación física (Mora 2007: 59).

Un dato que genera más decepción, es que la mayoría de las personas privadas de libertad no están cumpliendo condena sino que, bajo la presunción de inocencia, están encerradas mientras están siendo procesadas (Carranza 2007b: 28).

Para graficar esta situación, según informe de un juez de ejecución de penas en Costa Rica, "el hacinamiento es terrible, por lo que los privados de libertad en ocasiones deben dormir encima y a la par de los servicios sanitarios, en los baños o en el suelo, sin cama; se producen robos de ropa y dinero, ultrajan y violan a los privados de libertad que ingresan nuevos, se

vende droga, se matan, hieren y amenazan personas para que paguen protección, hay humedad en todo el Centro, la atención médica no es la adecuada ni alcanza para toda la población..." (Mora: 68).

De igual modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su visita *in loco* a las cárceles de Jamaica, constató que "el problema de hacinamiento es aún más crítico en las celdas de detención policial, donde las personas arrestadas son encerradas junto con personas en detención preventiva en espacios completamente inadecuados. La delegación visitó las celdas de detención policial de las comisarías de *Spanish Town* y de *Hunts Bay* y encontró que los detenidos se amontonan en celdas oscuras, sin ventilación y sucias. Oficiales de policía de *Spanish Town* informaron que los detenidos con discapacidad mental son encerrados en el baño de las celdas. La delegación se vio particularmente alarmada al observar las condiciones inhumanas de la Comisaría de *Hunts Bay*, donde los detenidos están hacinados en números de hasta seis personas por celda, y viven en medio de la basura y la orina, sin consideración alguna por su dignidad..." (CIDH 2008, comunicado de prensa 59/08).

En cada uno de los informes que la CIDH ha realizado a países de la región, existe un acápite sobre las personas privadas de libertad, y las constataciones realizadas en Jamaica son semejantes a las del resto de países.

b. La violencia institucional

Hay muchas formas de manifestación de la violencia, por omisión y acción de las autoridades encargadas de proteger derechos dentro de las cárceles. La más dramática es la muerte por falta de prevención o por ejecuciones dentro del encierro.

ILANUD sostiene que las muertes por homicidio al interior de las cárceles es 25 veces más alta que la vida en libertad (en Benito: 199). Muchas de esas muertes se producen entre compañeros por falta de prevención de parte de los guardias y otras por masacres propiciadas por el mismo estado. Así, por ejemplo, en el 2004 en la cárcel e Urso Branco, Brasil, murieron 9 personas y 160 fueron retenidas como rehenes; en el 2004, en el penal La Esperanza, El Salvador, murieron 30 personas y 23 fueron heridas; en el 2005, en la cárcel de Higüey, República Dominicana, murieron 100 personas; en el 2005, en la cárcel de Escuintla, Guatemala, 30 personas murieron y 80 fueron heridas; en el 2005, en la Penitenciaría de Magdalena, Argentina, murieron 32 personas por asfixia; en la cárcel de Urbana, en el 2007, Venezuela, murieron 16 personas y quedaron heridas 13... (Benito: 200)

En las sentencias y resoluciones de los organismos internacionales de derechos humanos también se refleja y registra esta realidad, como muestra válida y evidente del funcionamiento inhumano de los sistemas penales. Así, por ejemplo, se mencionan las condiciones de vida en algunos casos. En el caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú, en el que murieron 42 internos, hirieron a 175, se afirma que 322 personas internas sufrieron tratos crueles, inhumanos y degradantes, tales como abusos sexuales a mujeres, "hacinamiento, aislamientos en celdas reducidas con falta de ventilación y luz natural, sin lecho para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, y la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas..." (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006: párr. 315)

Creo que un caso que sintetiza y refleja la situación calamitosa de nuestras cárceles, que además ha sido construido en base a datos oficiales y periciales, es el conocido por la Corte

Interamericana como el “Caso del Instituto de Reeducción del Menor”, denominado “Panchito López”, ubicado en Paraguay.

En este caso se consideró como hechos demostrados los siguientes: las personas estaban encerradas en un lugar destinado a ser casa de habitación y por tanto no tenía infraestructura adecuada; sus internos eran niños de sectores marginados; con una sobrepoblación del 50%, las celdas eran insalubres con escasas instalaciones higiénicas. Los internos estaban mal alimentados y carecían de asistencia médica, psicológica y dental adecuada. Los internos que sufrían discapacidades físicas, enfermedades mentales y/o problemas de adicciones, no contaban con una atención médica acorde con sus necesidades especiales. Los internos contaban con pocas oportunidades de hacer ejercicio o de participar en actividades recreativas. Muchos de los internos no tenían camas, frazadas y/o colchones, con lo cual se vieron obligados a dormir en el suelo, hacer turnos con sus compañeros, o compartir camas y colchones; esta situación facilitó para que hubiera abusos sexuales entre los internos y riñas y peleas. Los programas ofrecidos sufrían serias deficiencias, ya que no contaban con un número adecuado de maestros ni con recursos suficientes. El Instituto no contaba con un número adecuado de guardias en relación con el número de internos ni tenían preparación idónea. Los guardias del Instituto recurrieron frecuentemente al uso de castigos violentos y crueles con el propósito de imponer disciplina en la población de internos; como métodos de castigo se utilizaron aislamiento, palizas, torturas, y traslados a cárceles de adultos; además, los guardias vendían sustancias estupefacientes a los internos. La gran mayoría de los internos se encontraba procesada sin sentencia y no estaban separados de los condenados. La asistencia legal era deficiente y formal. En vez de ser rehabilitados en el Instituto para una reinserción satisfactoria en la sociedad, los internos fueron sometidos a sufrimiento diario y, por tanto, a un proceso de aprendizaje negativo y vicioso, el cual, en parte, explicaba el alto índice de reincidencia de los mismos. En la última década se produjeron enfrentamientos con los guardias y varios incendios. Hubo varias muertes y múltiples heridos. Los internos fueron trasladados a la fuerza y con maltratos a centros de adultos. Las condiciones a las que estuvieron sometidos los internos en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001 los desmoralizaron y les ocasionaron tanto secuelas físicas como psicológicas. Dichas consecuencias psicológicas incluyen, angustia, agresividad, desesperanza, depresiones frecuentes, desvalorización, estigmatización, autoestima disminuida, olvido e insomnio. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004: párr. 134)

c. La falta de servicios públicos

Una de las consecuencias obvias del hacinamiento, es la obstaculización del normal desempeño de las funciones de cualquier sistema penitenciario, tales como salud, el descanso, la higiene, la alimentación, la seguridad, el régimen de visitas, la educación, el trabajo, la recreación y la visita íntima (Carranza b: 22-23; Ramm: 58)

Por mencionar algunos datos, la incidencia de enfermedades prevenibles, como la tuberculosis o el sida, han adquirido en algunos centros penitenciarios proporciones de epidemia. "Por ello, las causas más frecuentes de muerte en nuestras cárceles son aún las enfermedades transmisibles y las patologías y lesiones que podrían prevenirse y curarse, respectivamente, de existir suficientes medios y adecuada infraestructura sanitaria y acceso a una pronta, adecuada y eficiente atención médica". (Tidball-Binz 2007: 49)

Los baños suelen tener un mal estado estructural. "Los internos llegan a utilizar bolsas plásticas y otros envases para depositar sus materias fecales" (Benito: 217). Los drenajes de las aguas servidas tampoco son funcionales. (Dufour: 169)

La alimentación es escasa y deficiente, mal preservada y preparada. El presupuesto para alimentación varía entre 0.58 centavos de dólar y 1 dólar (Benito: 218).

El acceso al agua potable no es permanente ni óptimo. En algunos casos el agua es contaminada (Benito: 218).

En cuanto a la educación, la ofrecida por los centros penitenciarios es considerada de baja intensidad: escolaridad plagada de "desenganches", conflictividad, repitencias reiteradas, desconexión de la realidad. Además, se presentan expulsiones del sistema por indisciplina, repitencias, abandono, formación deficiente y elemental. "Si la educación y la escuela no pueden operar debidamente es obvio que las habilidades y destrezas para el desarrollo social y personal, en el proceso de socialización, son casi nulas y potencian el deterioro de los vínculos familiares, el poco valor de la vida, la nula participación social y el desinterés político, la evasión bajo el uso de drogas, el contagio del HIV, generando códigos sociales o de clase que operan como reafirmadores de la estigmatización o identidad de grupo social vulnerable olvidado o relegado por la sociedad y el Estado" (Benito: 234).

d. La degradación del ser humano privado de libertad

La privación de libertad, aún en cárcel de oro, suele causar perjuicios irreversibles en la personalidad humana, que suele ser peor mientras más larga. Múltiples estudios demuestran los efectos alienantes en cualquier lugar de encierro (Ferrajoli 2005: 455). Zaffaroni sostiene que "uno de los resultados del sistema penal parece ser la neutralización por deterioro de la persona, acelerando o determinando un proceso de decadencia biosíquica de la misma..." (Zaffaroni 1998: 205)

La vida en la cárcel es dura de llevar, por las condiciones de precariedad en que ahí se vive. "Estar en la cárcel es sentirse súper vulnerado en un montón de derechos... el derecho a expresarse, a tener una atención de salud digna, ... se les priva de un montón de cosas que no están castigadas... yo siento que hay mucho maltrato... el sistema fomenta fobia social por una serie de agresiones que ellos viven a diario..." (Ramm: 60). Las personas privadas de libertad sufren angustia por la convivencia con personas desconocidas y violentas. El ambiente agresivo degenera en miedo a los funcionarios penitenciarios y a los compañeros de celda. El temor va desde la posibilidad del acoso, pasando por los insultos, robos, agresiones sexuales hasta a la muerte (Ramm: 63). En definitiva, "condiciones precarias de subsistencia, hacinamiento, pérdida de libertad y autoestima, soledad y miedo, son elementos que configuran la experiencia cotidiana de las cárceles" (Ramm: 64). La vida y la experiencia en la cárcel son siempre dolorosas y traumáticas.

En las "presotecas" (Larrandart: 174), como se seguirá afirmando a lo largo de este ensayo, la dignidad de las personas es vulnerada cotidiana y reiteradamente. Zaffaroni afirma, sintetizando todo lo que se ha dicho hasta el momento, que "no hay aberración imaginable que no hayan conocido ni padecido nuestros sistemas penales y que, lamentablemente, justo es confesarlo, no han podido ser erradicadas del todo..." (Zaffaroni 2009: 110)

II. El sistema penal es inconstitucional

La realidad brevemente descrita y profusamente documentada por muchas investigaciones sociales y por resoluciones de organismos internacionales de derechos humanos, es una

práctica que debe ser considerada inconstitucional. Se utilizarán algunos parámetros para esta conclusión. El primero se refiere al modelo de gobierno democrático delineado en todas las Constituciones de la región. El segundo tiene que ver con uno de los fundamentos de la legitimidad de un régimen constitucional, que es la igualdad y la prohibición de discriminar. El tercero se relaciona con el análisis de racionalidad, mediante la aplicación del test de proporcionalidad, de las medidas tomadas por el sistema penal para funcionar. Finalmente, como corolario, el que tiene que ver con la justicia, que es pretensión de todo sistema jurídico y que, en algunos países como Ecuador y Venezuela, es una cualidad esencial del modelo de estado.

1. Antidemocrático

Al igual que cualquier otra categoría social, política y jurídica, el concepto de democracia tiene múltiples acepciones. El concepto varía incluso según el calificativo que se le agregue: representativa, participativa, formal, procedimental, sustancial, radical.

Para efectos de la tesis que se sostendrá en este ensayo, seguiremos al filósofo Ronald Dworkin en su comprensión de la democracia como acción comunitaria integrada (Dworkin, 2010: 111-144).

Dworkin distingue entre la democracia estadística y la comunitaria, y esta última a su vez entre monolítica e integrada. La democracia estadística es aquella en la que las decisiones se toman por mayoría de votos sin otra consideración y en la que no existe conciencia de grupo. En cambio, en la democracia comunitaria se toman las decisiones en base a ideales que identifican y mantienen unidos a un grupo. En la democracia monolítica se niega el valor del individuo por el del estado o comunidad; en la comunitaria, se reconoce y valora a todos los individuos y minorías.

Hay tres supuestos que deben satisfacerse para poder lograr una democracia como comunitaria integrada: (a) el principio de participación, por el que todas las personas tienen iguales derechos y cada una tiene un rol que le puede permitir marcar la diferencia en las decisiones colectivas; (b) el principio de interés, por el que las decisiones reflejan igual consideración por los intereses de cada uno de los miembros de la colectividad, por ello es importante el impacto de una decisión en la vida de cualquiera de sus miembros; (c) el principio de independencia, por el que se alienta a las personas a tener convicciones individuales y colectivas. Estos principios se nutren por el ejercicio y la protección de derechos. Así, por ejemplo, no puede realizarse el principio de participación sin la libertad de información y expresión, no se satisface el principio del interés sin la igualdad y no discriminación, y se viola el principio de independencia sin el respeto a la privacidad y al libre desarrollo de la personalidad.

La deficiencia en la satisfacción de estos principios, degenera en democracias imperfectas o en regímenes no democráticos, que necesariamente ofrecen un ambiente propicio a la violación de derechos: sin participación, hay autoritarismo; sin interés, hay injusticia; sin independencia, hay despotismo teocrático (imposición de un punto de vista).

El sistema penal, y las normas que regulan y garantizan su funcionamiento, no corresponden a una democracia comunitaria integrada.

a. Incumplimiento del principio de participación

Las personas privadas de libertad generalmente no tienen derechos políticos y, por tanto, no votan (Ramm: 60).¹ Esto ya es una falla del sistema democrático y ni siquiera estamos hablando de una democracia estadística. Pero dentro del sistema penal no sólo debemos considerar a los privados de libertad. Dentro de él también están quienes han pasado por el sistema, ya por haber cumplido la condena ya por estar bajo otra forma de control (pre-libertad, libertad controlada, arrestos domiciliarios, fugados y demás posibilidades). Vamos a suponer que todos ellos participan "estadísticamente" de un régimen democrático, es decir, votan.

¿Las personas sometidas al sistema penal tienen iguales derechos que el resto de ciudadanos y un rol que le permite marcar la diferencia en las decisiones colectivas? Siempre recuerdo el caso de David (Avila 2008: 157), que de alguna manera refleja la realidad de la gran mayoría de los presos. David, un joven de 21 años, era considerado un "polilla", adjetivo que se le atribuía a las personas que dentro de las cárceles mendigaban y vivían de los otros, algo así como una persona de extrema pobreza dentro de la pobreza y miseria de las cárceles. David comenzó su "carrera" en la calle, había pasado reiteradamente por el centro de adolescentes infractores y estaba, con más de veinte detenciones, una vez más preso por robo de un reloj. No tenía familia, educación ni trabajo. El día que salió en libertad, me comentaba lo que tenía en el mundo y lo que el estado le había ofrecido: nada. No le quedaba otra cosa que robar y realmente nadie, en términos prácticos, le daba solución "legal" a su caso. Iba a dormir en la calle, iba a buscar trabajo, iba, por algunos días con sus noches, a buscar alimentos de forma pacífica: mendigando. David, después de haber recibido una absolucón a los cerca de cinco años de haber estado preventivamente privado de su libertad, tenía derecho a participar en la toma de decisiones de su país. David tenía derecho al voto, pero ¿cuál era su rol social y estaba en condiciones de igualdad en relación con las personas ubicadas fuera del sistema penal? Sin duda, David, en sus condiciones sociales, no tendrá una participación a través de la cual pueda, por sus propias convicciones, influenciar o impactar en las decisiones colectivas. Este hecho fue constatado por la Corte Constitucional de Colombia que afirmó que "los reclusos son personas marginadas por la sociedad... los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas..." (Corte Constitucional de Colombia 1998: párr. 50). Lo más probable es que las conductas de las personas privadas de libertad y marginales más bien alimenten el sentimiento de inseguridad ciudadana e influya en el deseo de un sistema más represivo.

¿Es excepcional este caso? De acuerdo con una de las lecturas del Censo Penitenciario del año 2008, realizado en Ecuador, "antes de su reclusión, la gran mayoría estaba ubicada en sectores precarios de la economía: campesinos en proceso de subproletarización, subempleados urbanos, personas que ya conforman los núcleos duros de los cinturones de miseria de las grandes ciudades. Sin contar con que un 79 por ciento es menor de 37 años... lo que quiere decir que casi 8 de cada 10 habitantes son jóvenes empobrecidos" (Coba 2008: 92)

b. Incumplimiento del principio de interés

¹ Ecuador por primera vez en la historia republicana reconoció, en la Constitución del 2008, el derecho al voto de las personas preventivamente privadas de libertad. En teoría no existía ningún impedimento normativo para privar a una persona sin condena, bajo la presunción de inocencia, además, del derecho al voto. Sin embargo, en la práctica no votaban. En las elecciones posteriores a la expedición de la Constitución, el órgano electoral ha organizado el proceso electoral dentro de las cárceles.

Una estructura democrática se justifica en tanto pretende, de buena fe, integrar a todos sus miembros y tratarlos con igual consideración. La suerte de las personas más vulnerables debería ser del interés de quienes tienen la posibilidad de tomar decisiones o influenciar en su configuración. El impacto de una decisión parlamentaria o del ejecutivo, en relación al sistema penal y en la vida de cada preso, debería ser considerado importante para el éxito final del proyecto político de una sociedad.

Cuando un grupo político decide aumentar las penas, contratar más policías y con mejores armas, dictar estados de emergencia para combatir la delincuencia, disminuir las posibilidades de liberación y las garantías procesales, ¿en qué está pensando y en qué no? Por un lado, inspirado en su solidaridad con las víctimas y seguramente proyectándose como una de ellas, considera que la cárcel es una solución útil y necesaria, y que, además, está tomando una decisión que puede tener efectos positivos en su popularidad y carrera política. Por otro lado, no está pensando en quién será objeto de aplicación de las medidas represivas. Un grupo social está sobre representado y otro, el vulnerable al sistema penal, está en invisibilidad. Los intereses de unos son tomados en cuenta, a quienes se les considera víctimas de delitos, y los intereses de otros son ignorados, los de aquellos que son víctimas del sistema penal.

El principio del interés informa que la pertenencia o la inclusión de una persona a una colectividad dependen de cómo se lo trata. ¿Cómo estamos tratando a nuestros presos?

En un reciente informe, Defensa de los Niños Internacional concluyó que la mayoría de las personas privadas de libertad en centros de adolescentes infractores son detenidos sin fundamento jurídico en operativos policiales (DNI 2010: 231) y tiene datos sobre los lugares donde están encarcelados: construcciones deterioradas, sin alcantarilla ni electrificación, sin espacios de recreación ni personal suficiente y sin capacidades técnicas (DNI 2010: 220, 222).

En los procesos de detención y en los centros de privación de libertad se maltrata a la gente y se les trata muchas veces de forma inhumana, cruel y hasta se le tortura. Para muestra un botón. En una de las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos, como en gran parte de las sentencias que tienen relación con la violación del derecho a libertad y a la integridad personal, Iván Suárez Rosero fue detenido por encapuchados, le incomunicaron, le torturaron para que admita una responsabilidad que nunca tuvo, declaró ante la policía sin presencia de abogado defensor ni juez, estuvo encerrado en una celda húmeda y sin ventilación, con 17 personas, en un subterráneo, durmió sobre un periódico, le dio pulmonía, no recibió atención médica durante su incomunicación, le amenazaron con matarle, perdió 40 libras de peso. Después de cuatro años de encierro le condenaron a dos años por un hecho no adecuadamente demostrado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero 1997: párr. 22, 34).

Los intereses de estos presos, su forma de vida dentro del sistema penal, no es tomado en cuenta por quienes toman decisiones. Podríamos sacar al menos dos conclusiones. Una es que los intereses de quienes frecuentan el sistema penal no son considerados y, la otra, es que estas personas no están siendo incluidas en la colectividad.

c. Incumplimiento del principio de independencia

Por el principio de independencia, las personas tenemos el derecho de poder desarrollar nuestra autonomía y personalidad, y el estado tiene el deber de alentar nuestras convicciones, a través de procesos educativos. Una sociedad democrática deber permitir, tolerar y fomentar la diversidad, que implica incluso modalidades de vida impopulares. Si el estado interviene deteriorando la forma de vida, coaccionando o utilizando medios violentos, atenta contra el principio de independencia. Y esto es precisamente lo que les ocurre a quienes son víctimas del sistema penal.

A quienes han recibido atención del estado sólo para ser demonizados (Vilhena 2007: 43), lo único que se les ofrece es violencia.

La vida de un típico privado de libertad y usuario frecuente del sistema penal, comienza con una vida llena de privaciones. Las personas, cuando niñas, no entran a la escuela o desertan tempranamente y trabajan en sistemas de explotación; cuando adultos, por la fragilidad económica, quedan "excluidos del más importante mecanismo de integración de las sociedades modernas: el trabajo" (Ramm 2005: 18).

Antes de entrar a la cárcel, las personas no tienen ya las condiciones para desarrollar plenamente sus proyectos de vida. La cuestión es más grave cuando las personas salen de la cárcel. Daniel Tibi, un ciudadano francés detenido en Ecuador acusado de estar involucrado en tráfico de drogas, sufrió tratos crueles e inhumanos y tortura en todas las fases del sistema penal, al final, por el encierro, perdió el trabajo que tenía, sufrió el abandono de su esposa e hijas, quedó afectado social, psíquica, laboral y emocionalmente, al punto que la Corte Interamericana reconoció estas consecuencias y ordenó su reparación (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004: párr. 76, 140 m y n, resolución 15) Por efectos del sistema penal en las personas, la Corte Interamericana ha orientado las reparaciones a superar las consecuencias adversas a la salud, al deterioro de las condiciones de vida, a las situaciones de tensión y estrés (Beristain 2009: 283)

Mal antes de la intervención del sistema penal, peor después de él. Si las condiciones para realizar el principio de independencia eran adversas antes del encierro, después son francamente imposibles de cumplirlas. En suma, centrándonos en la población penitenciaria, no existe el principio de independencia.

A los mismos resultados se puede llegar desde la entrada de una democracia deliberativa, que es lo que hace Gargarella invocando a Nino, mediante tres parámetros semejantes: (1) todos los potencialmente afectados por una cierta norma, intervienen en su creación, (2) el proceso de toma de decisiones se caracteriza por una amplia discusión colectiva, y (3) se organiza bajo condiciones de igualdad (Gargarella 2008: 153). Estos parámetros se reflejan íntimamente con el principio de participación, integración e independencia, que utiliza Dworkin. Si nuestros conciudadanos menos populares, que suelen ser quienes consideramos delincuentes, no participan en la discusión de las leyes penales ni en la evaluación de su ejecución, porque no tienen condiciones de ejercer un rol en el que puedan tener influencia sus opiniones, estamos ante una democracia defectuosa o una democracia viciada. Según Gargarella, los vicios de una democracia son: la deliberación restrictiva, los vicios de procedimiento y la deliberación imperfecta.(Gargarella 2008: 94)

La democracia, desde el lente de quienes sufren la intervención violenta de la justicia penal, no existe. Desde otras perspectivas, es francamente imperfecta que raya en autoritarismo o en un despotismo injustificado. Cuando esto sucede, siguiendo con Gargarella, los demócratas

tenemos la obligación de resistir a las normas que se expiden en estas condiciones y las víctimas del sistema penal podrían desobedecer justificadamente sus mandatos.

2. Discriminatorio

Víctor Abramovich, en relación a los retos que enfrenta el Sistema interamericano de protección de derechos, manifiesta su preocupación por los sectores sociales que viven en condiciones estructurales de desventaja (Abramovich 2009: 18).

Los estados deben avanzar, según Abramovich, de una idea de igualdad formal y no discriminación, de la que se deriva un rol pasivo y neutral de parte del estado, a una igualdad sustancial y de protección de grupos subordinados, que demanda del estado "un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación" (Abramovich 2009: 18) .

Para determinar si un grupo social es estructuralmente diferenciado, y basados en instrumentos internacionales de derechos humanos², requerimos determinar (a) que hay diferencias, restricciones, exclusiones o preferencias (b) que esas diferencias son irrazonables, caprichosas o arbitrarias (noción formal de igualdad) basadas en categorías sospechosas, (c) el trato diferenciado afecta gravemente el goce de un derecho humano o el grupo está en desventaja en el ejercicio de los derechos por obstáculos legales o tácticos.

a. La diferencia

El caso Brown contra el Board of Education, uno de los más representativos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que aplicó el principio de igualdad y deslegitimó el régimen de segregación en dicho país, se sustentó en estudios comparativos entre las escuelas destinadas a personas afrodescendientes y a personas consideradas blancas (Avila 2009: 461). Para encontrar las diferencias se requirió de la existencia dos grupos humanos que, en teoría, deberían estar en una situación comparable. En este caso, personas que pertenecían grupos étnicos distintos, que debían ser consideradas iguales y que estaban siendo tratadas de forma diferente.

En relación a la justicia penal, deberíamos encontrar dos grupos que sean comparables y que merecerían un trato semejante por ser iguales en derechos. Dentro de una sociedad, en la que se cometen infracciones penales sin distinción de clase, hay un grupo que se encuentra mayoritariamente sujeto al sistema penal y hay otro que es inmune. El primer grupo tiene relación con población en situación de marginalidad y el segundo grupo está relacionado con población que no está en dicha situación. Esta afirmación resulta evidente cuando uno constata la población carcelaria. La mayoría de la gente es pobre y sin recursos para una vida digna y defensa adecuada (Coba 2008: 92; Ramm 2005: 19). La clase media y alta de una sociedad no está representada en el sistema penal. Corresponde analizar, desde los parámetros de la igualdad, si esa diferencia es legítima.

b. La diferencia basada en categoría sospechosa

² Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, artículo 1; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 1; Convención de los derechos del niño, artículo 2 (1); Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, N. 2).

Dentro de los estándares de derechos humanos, se presume que una norma, criterio, práctica, costumbre, acto, omisión o cualquier otra disposición es discriminatoria cuando, entre otros elementos, se basa en una categoría sospechosa o cuando recaiga principalmente en personas, grupos, comunidades, pueblos o nacionalidades en condiciones de desventaja o marginalidad.

Las categorías sospechosas están enunciadas, ejemplificativamente, en los instrumentos de derechos humanos. Estas categorías son condiciones que atraviesan las personas o que forman parte de su identidad que, históricamente, han sido consideradas para discriminar. Tales son, por ejemplo, el origen social, la etnia, las creencias religiosas, las convicciones políticas, el origen nacional.

En el caso de las poblaciones víctimas del sistema penal y de las inmunes, podemos encontrar un complejo de categorías cruzadas. Así por ejemplo, el sistema penal suele operar contra personas hombres, jóvenes, pobres, sin instrucción, pertenecientes a una etnia minoritaria o extranjeros (Waller 2008: 22; Coba 2008: 92, Ramm 2005: 19).

Una conclusión ligera y legitimante del sistema penal sostendría que esto sucede porque las personas pobres cometen más infracciones y además porque es la población mayoritaria de nuestra región. Esta afirmación está desmentida por los estudios realizados por la sociología norteamericana en relación a los delitos considerados como de cuello blanco (Baratta 2004: 185), que además son lo que mayor daño social provocan al generar condiciones de vida indignantes; además, considerar que por el hecho de ser pobre se es más proclive a delinquir sería sostener un prejuicio sin nombre, ya que no todo pobre delinque como no todo rico es infractor penal.

La criminología si ha encontrado evidencia científica sobre el funcionamiento del derecho penal dirigido contra las personas más pobres y vulnerables, fenómeno que se ha denominado "estigmatización" y "prisionización" (Zaffaroni 1986: 410), y al proceso de estigmatización como etiquetamiento (*labelling approach*) (Baratta: 119).

Estas condiciones han sido calificadas por Vilhena como "demonización", que "es un proceso por el cual la sociedad hace una reconstrucción de la imagen humana de sus enemigos, que en adelante no merecerían estar incluidos dentro del reino de la ley... y se volvieron clases torturables" (Vilhena 2007: 43), y, en cuanto a las clases privilegiadas, como "inmunizadas", por la que "los ricos y poderosos, o los que actúan en su nombre, se ven por encima de la ley e inmunes a las obligaciones derivadas de los derechos del prójimo. La idea de inmunidad puede entenderse concentrándose en la impunidad de los violadores a los derechos humanos o de los involucrados en la corrupción, sean poderosos o ricos" (Vilhena: 45).

En la misma línea de pensamiento, Zaffaroni, al analizar la delincuencia económica o criminalidad de mercado, que de paso ha impulsado una legislación inquisidora, que supone que está pensado en sectores que se ubican como mejor situados, "desató campañas de caza de brujas que, no por azar, nunca dan con los responsables del vaciamiento de países enteros." (Zaffaroni 2007: 307).

Se podría afirmar que en el sistema penal se encuentran personas ricas y poderosas, y que, por tanto, esta distinción es irrelevante. Lo cierto es que eso suele suceder pero es absolutamente excepcional. Las personas ricas o poderosas suelen no estar sujetos al sistema penal y cuando entran, por conflictos con personas o grupos igualmente poderosos, permanecen poco tiempo o en circunstancias privilegiadas también.

c. El ejercicio de derechos

El trato diferenciado, basado en una categoría sospechosa, debe tener como consecuencia la anulación, restricción o limitación del ejercicio de un derecho. Si el trato diferenciado, por el contrario, promueve el ejercicio de un derecho no estamos ante un trato discriminatorio sino más bien ante una acción afirmativa.

Nadie mejor que Mathiesen, que utilizó la categoría de "padecimiento" para describir las consecuencias de la justicia penal en las personas o, como estamos sosteniendo, en cuanto al ejercicio de sus derechos: el primer padecimiento es la privación misma de la libertad, que incluye, además, el aislamiento de la familia, parientes y amigos. La ausencia de libertad "es dolorosamente privativa o frustran en términos de relaciones afectivas perdidas, de soledad y tedio" (Mathiesen 2003: 214). La cuestión se agrava dentro de la cárcel, que produce un efecto similar al de una cebolla, en donde encontramos mecanismos de aislamiento dentro del encierro.

El segundo padecimiento es la privación de bienes y servicios. En la cárcel no se puede satisfacer necesidades mínimas, tales como servicios de salud, recreación, nutrición y similares. Según datos de un censo carcelero en el 2008, en Ecuador, el 74% de los presos manifestó que la atención de salud era mala o que simplemente no tenían acceso a este servicio (Carrión 2009: 41). La pobreza dentro del encierro suele ser igual o peor de la que se vive fuera de la cárcel.

El tercer padecimiento es la privación de relaciones heterosexuales. Esta privación no es menos importante en sociedades patriarcales y hasta homo fóbicas como las nuestras. A las personas se les priva o se les limita severamente su posibilidad de mantener relaciones sociales, afectivas y sexuales con personas del sexo opuesto. Digamos que se les obliga a mantener relaciones homosexuales. En más de una ocasión se ha denunciado ritos y prácticas de violencia sexual a las personas internas. Esta situación suele generar serios problemas de carácter psicológico. En una encuesta realizada en Brasil en 1993 se indicó que el 73% de los presos varones habían tenido relaciones sexuales con otros hombres en la cárcel; muchas de estas relaciones no fueron consentidas ni con el uso de preservativos (la violación es una práctica común haciendo parte de los "ritos de iniciación" a la vida penitenciaria) (Benito: 219)

La privación de la autonomía es el cuarto padecimiento. Las personas encerradas se encuentran sujetas a múltiples normas propias del centro de privación de libertad y de las celdas o pabellones, que hacen imposible la posibilidad de tomar decisiones propias o que impliquen el desarrollo de la personalidad. La persona estará bajo el control de las autoridades penitenciarias y de quienes ejercen poder al interior de las cárceles. Estas normas y control reducen a las personas a estados de indefensión, debilidad y dependencia.

El quinto padecimiento es la privación de seguridad. La cárcel es un lugar donde se produce y reproduce la violencia y las posibilidades de ser herido o muerto por acciones violentas son más elevadas que fuera de la cárcel. Esta sensación genera ansiedad. De igual modo, se genera inseguridad por el accionar del personal penitenciario por acciones tales como requisas, interrogatorios, intimidación a las visitas.

En suma, en la cárcel lo que se produce, se multiplica y se intensifica el dolor que, en términos jurídicos, no es otra cosa que una situación de permanente y sistemática vulneración de derechos. La consecuencia que se deriva del reconocimiento de la situación de

discriminación que viven las personas sometidas a la justicia penal es que es necesario un trato diferenciado para este grupo poblacional en desventaja, que el estado es un garante activo de estos derechos y que es un deber formular políticas para prevenir y reparar violaciones a los derechos humanos que afectan a estos grupos (Abramovich 2009: 21).

3. Desproporcionado

Los estados tienen la potestad conocida como *ius puniendi*, que consiste en la posibilidad de sancionar penalmente a una persona que ha cometido una infracción considerada grave. El uso de la violencia del estado está sometido a ciertas restricciones derivadas de los derechos de las personas. Algunos de esos derechos son el debido proceso y las penas proporcionales a los delitos.

Cada vez que se limita o restringe un derecho, como siempre sucede cuando opera el sistema penal, el estado debería tener buenas razones para que su accionar sea legítimo.

Una de las formas de apreciar la racionalidad de un sistema o una medida, consiste en aplicar el test de proporcionalidad, que ha sido utilizado por múltiples cortes y que ha tenido un desarrollo importante en la doctrina (Bernal Pulido 2007; Alexy 2010).

Para que proceda el test de proporcionalidad requerimos de dos principios que, en un caso o situación concreta, estén en pugna o tensión. En el caso del sistema penal, tenemos claramente al menos dos principios. El uno es la libertad de las personas sometidas a encierro y el otro es el derecho de las víctimas a una tutela efectiva.

Teniendo los dos principios, se requiere examinar la medida que menoscaba o limita la aplicación de uno de los principios. Esta medida, en la situación de examen, es el uso de la violencia del sistema penal en todas sus fases (detenciones, indagación previa y procesal, privación preventiva de libertad, condena y ejecución de la condena).

El examen de proporcionalidad de la medida se basa en cuatro parámetros, que es una exigencia para el análisis y valoración del sistema penal (Rosales 2007: 253): (a) fin legítimo, (b) idoneidad, (c) necesidad, y (d) proporcionalidad propiamente dicha. Si la medida reúne los cuatro elementos, quiere decir que es una medida razonable, aceptable y que tiene legitimidad. Los parámetros son secuenciales. Si no se cumple el parámetro primero, basta para considerar que la medida es inadecuada.

a. Fin legítimo

El uso del sistema penal debe perseguir un fin que tenga respaldo constitucional. Las constituciones contemporáneas suelen considerar que el sistema penal tiene como finalidad la rehabilitación de la persona o la prevención de otros delitos. También se podría sostener que el sistema penal tutela los derechos de las personas que han sido violentamente vulnerados. Desde otra fuente, la doctrinaria, podría señalarse que, de acuerdo con el profesor Luigi Ferrajoli, sólo se justifica el sistema penal cuando su uso evita mayor violencia; es decir, que si no existiría el derecho penal, la violencia social sería mayor (Ferrajoli 2005: 396).

Sin que se analice la forma cómo opera el sistema penal, que en este punto es un elemento abstracto, la justicia penal pasa el primer parámetro.

b. La idoneidad

La idoneidad significa que la medida debe conducir a lograr el fin propuesto. En palabras de Bernal Pulido, "toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo" (Bernal Pulido 2007: 693). Si la medida no favorece a ninguno de los principios o derechos en pugna o perjudica a ambos principios, entonces la medida no es idónea.

En este punto, aspectos fácticos entran ya en discusión. La cárcel, como centro alrededor del cual gira la justicia penal, ¿favorece a la sociedad, a las víctimas y a los responsables de las infracciones penales? La respuesta es negativa. Irvin Waller sostiene que el sistema represivo no disminuye la delincuencia, es caro (Waller 2008: 26), aumenta la pobreza (Waller: 41) y desconoce los derechos de las víctimas, al no poder ejercerlos, no tener representación en los procedimientos y no conseguir una reparación (Waller: 34).

Estos hechos serían suficientes para determinar la ilegitimidad de la medida penal, al menos de cómo está configurado y funcionando actualmente.

Imaginémonos, para efectos de seguir con el análisis, -cuestión que ya sucede en algunas legislaciones- que el sistema penal ha incorporado un abanico de medidas que incluyen procedimientos adversariales y conciliadores, penas privativas y no privativas de libertad, sanciones represivas y reparativas, y que estas medidas son idóneas.

c. Necesidad

Por el principio de necesidad, "toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto" (Bernal Pulido: 740). Es decir, la medida tomada deberá ser la menos lesiva para los derechos, entre todas las que se puedan tomar, para alcanzar el fin propuesto.

La justicia penal deberá favorecer a los derechos de las personas procesadas o responsables de infracciones, perjudicando lo menos posible a los derechos de las víctimas o viceversa.

En este sentido, teniendo más de una medida idónea, hay que poner en una balanza sus efectos. Pensemos que estamos discutiendo entre un sistema penal represivo y preventivo, y que su configuración es idónea. En el primero, el sistema se basa exclusivamente en la cárcel para todo tipo de infracción penal y los actores fundamentales son los policías, los fiscales, los jueces y los funcionarios penitenciarios; en el segundo, el sistema se basa en las sanciones comunitarias y la cárcel para infracciones que provocan daños graves, y los actores son educadores, profesionales de la salud pública y otros funcionarios que promueven el ejercicio de derechos.

Las medidas represivas al invisibilizar a las víctimas y focalizar su atención en las personas procesadas y condenadas, lesionan de forma injustificable el derecho a la tutela efectiva. Las medidas preventivas, en cambio, otorgan protagonismo a las víctimas y procuran la inclusión social de los presuntos responsables o de quienes están en situación de riesgo. Desde esta lógica, las medidas represivas no serían necesarias y las preventivas pasarían esta fase del test.

d. Proporcionalidad propiamente dicha

El principio de proporcionalidad se sintetiza en la siguiente fórmula: "Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro" (Alexy 2008: 15; 2008b: 138). Para realizar esta valoración se requiere dos principios que tengan un fin legítimo, sean idóneos y necesarios y se debe recurrir a la ponderación. La ponderación deberá encontrar el debido equilibrio entre la protección y la restricción de los derechos involucrados.

Alexy sostiene que hay que seguir tres pasos: 1. determinar el grado de injerencia o afectación, 2. determinar el grado de satisfacción y 3. justificar la afectación del principio vencido. (Alexy 2010: 104). La determinación se la hace en base a tres gradaciones: grave (G), medio (M), leve (L).

Vamos a imaginar, una vez más, que el modelo dominante de justicia penal basado en la represión es una medida idónea y necesaria.

Titular derechos/Medidas	Medidas represivas		Medidas preventivas	
	Afectación	Satisfacción	Afectación	Satisfacción
Víctima	G	L	L	G
Procesado/condenado	G	L	L	G
Sociedad	G	L	L	G

De este cuadro, asumiendo que a lo largo de este ensayo se han dado razones y se han expuesto hechos que demuestran cada valoración, se desprendería que las medidas represivas constituyen medidas que afectan gravemente los derechos de los sujetos involucrados y que la satisfacción de los derechos es mínima. Por el contrario, las medidas preventivas ofrecen una valoración diametralmente distinta.

Lo que se desprende de este ejercicio, suponiendo que las premisas fácticas justifican las valoraciones, es que el sistema penal como está actualmente configurado y funcionando es dramáticamente desproporcional.

4. Injusto

Hay muchas formas de entender la justicia y las discusiones pueden ser interminables. El objeto de valoración de la justicia también puede ser múltiple; se puede juzgar una norma, un sistema, una institución y hasta una organización social.

Thomas Pogge hace una interesante evaluación moral sobre la actual estructura política y económica mundial, que genera niveles de pobreza que son francamente intolerables (Pogge 2005). Sus afirmaciones y valoraciones son aplicables para el juicio al sistema penal, que tiene relación directa con la pobreza y la justicia.

Más allá de las discusiones sobre las calificaciones de una sociedad justa, lo importante es tener parámetros que puedan guiar su determinación como justa o no, y en esto seguiremos a grandes rasgos la propuesta de Thomas Pogge (Pogge, 2007).

En una sociedad injusta encontramos (a) personas peor situadas, (b) personas mejor situadas, (c) una situación injusta creada y reproducida intencionalmente, (d) inevitabilidad o posibilidad de otra realidad.

a. Los peor situados

Los peor situados son aquellas personas que carecen de condiciones de vida digna y son vulnerables a ser criminalizadas. Tanto en la sociedad como en las cárceles encontramos gente pobre y considerada extremadamente pobre. Los peor situados se encuentran en situación de sumisión, explotación y control social. Sus posibilidades de salir de la pobreza o dejar de ser población criminalizada son mínimas.

La situación de los peor situados es generalizable en la población y en la mayoría de los aspectos de la vida. En términos del sistema social, los peor situados están en el sistema penal.

b. Los mejor situados

Los mejor situados son aquellas personas que tienen poder o están cerca de él, tienen satisfechas sus necesidades básicas e incluso suntuarias. Éstos no se pueden imaginar la situación de los peor situados y por lo tanto existe un gran nivel de insensibilidad de los primeros en relación con los segundos. De ahí que se pueda demandar mayor seguridad mediante la multiplicación de policías y detenciones, la disminución de garantías en los procedimientos penales, el aumento de penas y la degeneración de las condiciones carcelarias. Los mejor situados no se visualizan como personas que pueden estar dentro del sistema penal. De lo contrario sucedería algo parecido a lo que pasó en el siglo XVII cuando los burgueses pugnaban, a través de un derecho penal liberal, por establecer límites a un régimen penal que les perseguía (tan pronto tuvieron poder expandieron el poder punitivo contra quienes consideraban peligrosos) (Zaffaroni 2007: 295).

Si los mejor situados podrían percibir o vivenciar la experiencia de los peor situados en la vida y en el sistema penal, seguro otra estructura social, otras cárceles y otras penas existirían. Esta apreciación se empata con el principio de interés dentro de la lógica de una democracia integrada.

c. Situación injusta creada

Los mejor situados modelan, según sus intereses, el orden social y político y lo imponen a los peor situados. Existe una red global institucional estatal para mantener el sistema (educación, comercio, diplomacia, medios de comunicación y fuerza policial y militar).

El orden social e institucional reproduce la desigualdad. A menos que se justifique que es el mejor ordenamiento de todos los posibles, carece de legitimidad. El sistema penal, aunque altamente discrecional e irracional, ha sido creado y perpetuado por múltiples actores sociales, entre los que ocupan un lugar privilegiado los juristas.

d. Evitabilidad

La sociedad que genera injusticia, por tanto, es evitable. Los mejor situados pueden mejorar las circunstancias de los peor situados; y éstos deben luchar para que así suceda.

Puede existir otro orden social y político. La desigualdad no es atribuible a factores extra sociales. Si los peor situados se los pone en otro contexto geográfico, político y social, no serían pobres. Sólo los mejor situados disfrutaban de las ventajas de la explotación, uso e

intercambio de los recursos. Los peor situados están excluidos sin compensación. Los pobres comparten las cargas de la degradación de la explotación de los recursos naturales. El uso de ellos es unilateral por parte de los mejor situados y se generan élites globales y locales.

Si nosotros ponemos cifras a estas consideraciones, sin duda podríamos describir a cualquier país de nuestra región: pocos ricos que acumulan poder económico y político en desmedro de muchos pobres, desposeídos y sometidos. En suma, esta sociedad que produce desigualdad, peor y mejores situados, es una sociedad injusta.

Ante esta realidad, podrían caracterizarse dos modelos de sistemas penales, que son reflejo del orden social, uno más relacionado con lo represivo y otro vinculado con una sociedad igualitaria.

El orden social que propone una Constitución, que reconoce derechos, es uno en el que se pretende alterar el sistema que crea y reproduce una sociedad y un Estado en el que hay élites, los mejor situados, y la gran mayoría que son los peor situados.

Tanto la pobreza general como la reafirmada por el sistema penal, a la que estamos tan acostumbrados a tolerar, deben provocarnos serias reflexiones y debería perturbarnos en nuestra conciencia. Así como no se debe tolerar que un niño muera de hambre, que las escuelas públicas generen tanta deserción y mal aprendizaje de ciudadanía, tampoco deberíamos tolerar que el sistema penal esté enfocado en las personas más pobres de la sociedad. Nuestra conducta y nuestros valores que guían el comportamiento (no los constitucionales o los que emanan de los derechos, sino los de nuestra cotidianidad), ya no son confiables, por haber permitido y perpetuado sociedades inequitativas y excluyentes. Hay un problema serio en nuestras percepciones y en nuestro comportamiento.

Nuestros niveles de conciencia nos hacen sentir ajenos a estas realidades porque seguramente no vamos a experimentar la muerte de un ser querido por una enfermedad prevenible o en el encierro frecuente de un pariente cercano por su pertenencia social. Si no vamos a experimentar estas vivencias, al menos deberíamos acercarnos a quienes la padecen. Este acercamiento generaría la posibilidad de comprender el interés de quienes no tienen representación. El proceso penal restaurador puede ser uno de los lugares de encuentro (el represivo nunca), como veremos más adelante.

IV. El modelo represivo del sistema penal es una grave violación a los derechos humanos

La situación descrita podría ser analizada jurídicamente desde dos perspectivas. (1) La una desde la lógica del mismo sistema penal, en la que todas las violaciones a los derechos humanos contra un grupo identificado merecerían el calificativo de un delito de lesa humanidad. En esta lógica se estaría usando el mismo sistema que se está afirmando que es ilegítimo, y esto sería contraproducente. (2) La otra desde el marco constitucional, que nos llevaría a una situación en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos tendrían derecho a ser reparadas, y esta perspectiva nos parece más adecuada con la línea de pensamiento que hemos venido desarrollando.

1. Delito de lesa humanidad

La noción de delito de lesa humanidad ha sido desarrollada desde la segunda mitad del siglo pasado, a partir del juicio de Nuremberg, y luego reforzada con los estatutos de los tribunales penales internacional de Ruanda y de la ex Yugoslavia, su jurisprudencia y con la aprobación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. En base a estos instrumentos jurídicos, se ha determinado que para que exista delitos de lesa humanidad se deben presentar los siguientes elementos:

a. Existencia de un ataque, "que se demuestra tanto con la comisión múltiple de violaciones de derechos humanos como la existencia de una política de estado" (Comisión de la Verdad 2010: 47). En el sistema penal se cometen cotidianamente y en todas sus fases, violaciones a los derechos humanos, que van desde detenciones arbitrarias, pasando por torturas y violaciones permanentes a los derechos sociales de las personas privadas de libertad. Además, esta forma de intervención negligente y abusiva es una práctica reiterada que responde a una política criminal represiva.

b. El ataque debe estar dirigido contra una población civil. La violencia y el padecimiento que sufren quienes son víctimas del sistema penal no es un fenómeno aislado. Se puede identificar a un grupo humano y siempre ha sido posible hacerlo. Zaffaroni sostiene que el sistema penal históricamente se ha nutrido de enemigos. Comenzaron siendo enemigos los considerados "diablos", siguieron los inferiores biológicos, los salvajes, siguieron los subhumanos, los parásitos, los enemigos del estado, luego los izquierdistas, comunistas, disidentes y guerrilleros, ahora son los emigrantes, los consumidores de tóxicos, los pobres. Siempre han sido los excluidos del poder político o económico. (Zaffaroni 2007: 294-309)

c. El ataque debe ser generalizado o sistemático. Generalizado quiere decir que las violaciones a los derechos humanos deben ser masivas, frecuentes, cometidas a gran escala, dirigidas a una multiplicidad de víctimas. Sistemático significa que las violaciones a los derechos humanos responden a un plan o política de estado, que siguen objetivos y patrones determinados. Una de las manifestaciones, donde se puede apreciar con claridad este tipo de ataques, se puede apreciar en la lucha o guerra contra las drogas. En esta política, que premia a los policías por capturas o cantidades de drogas, se dirige contra las mulas, que mayoritariamente son mujeres, se basan en detenciones arbitrarias sin posibilidad de impugnación mediante hábeas corpus, con procedimientos que violan el debido proceso y los plazos razonables y con penas excepcionales para delitos que no provocan mayor daño (como la tenencia de drogas para el consumo) (Martínez 2007; Paladines 2009, Coba 2008). De igual modo, podríamos describir el funcionamiento del sistema penal contra las personas más vulnerables de la sociedad que cometen delitos torpes.

Si la violencia se dirige ante un grupo humano, y se lo hace de forma sistemática y generalizada, ¿estamos ante un delito de lesa humanidad? Bajo la interpretación tradicional seguramente el calificativo sería exagerado e injustificado. Pero la interpretación tradicional es inadecuada cuando lo que se pretende es visualizar realidades opresivas que requieren de creatividad en el análisis. Lo mismo sucede con la figura del refugio, que fuera concebida para proteger a los perseguidos políticos en el contexto de la guerra fría. ¿Se puede considerar como refugiado a quienes huyen de la violencia intrafamiliar o de las condiciones generadas por el calentamiento global o de la pobreza?

Reconozco que puede este calificativo sonar chocante. ¿Cómo un grupo humano, que efectivamente puede haber generado violencia contra las personas, puede ser víctima de violación de derechos humanos? Es cierto, muchas veces, que quienes están presos cometieron infracciones, pero no menos cierto es que la violaciones a los derechos humanos a

las que se les somete son mucho mayores que las que estas personas cometieron. El sistema penal no se puede prestar para venganzas o retribuciones sociales. No se puede exigir respeto o "civilidad", tratando de forma irrespetuosa o salvaje. Urge llamar la atención sobre un trato a un grupo humano que es excesivo, inútil y vejatorio. Insistimos que lo que se pretende no es generar impunidad frente a esa violencia, sino buscar caminos que lleven a una sociedad más justa e inclusiva. Decir que las personas pobres y excluidas mediante el sistema penal son víctimas de delitos de lesa humanidad, es decir que el sistema represivo que genera dichas violaciones debe ser severamente alterado o, mejor aún, eliminado.

2. Estado de cosas inconstitucional

La categoría "estado de cosas inconstitucional" ha sido acuñada por la Corte Constitucional de Colombia, "por el cual se ordena la adopción de políticas o programas que benefician a personas que no interpusieron la acción de tutela" (Rodríguez 2010: 27), y se la adopta "debido a la situación de desconocimiento masivo, generalizado y sistemático de los derechos constitucionales... y a las falencias estructurales de la respuesta estatal que comprometen varias entidades públicas" (Corte Constitucional de Colombia citado por Rodríguez 2010: 28).

La situación carcelaria, en Colombia, ha merecido el calificativo de estado de cosas inconstitucional, por la situación aguda y generalizada de violación a los derechos humanos (Martínez 2007: 202). En una sentencia de 1998, la Corte reconoció que las personas privadas de libertad son titulares de todos los derechos reconocidos por la Constitución y otros instrumentos internacionales, algunos de ellos limitados y otros que deben ser incólumes, y que en Colombia sus derechos constituyen letra muerta. "Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc. Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización... Por el contrario, la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción" (Corte Constitucional de Colombia 1998: párr. 46). La Corte continua describiendo el hacinamiento, la extorsión y la violencia en las cárceles, constata que el problema carcelario no está en la agenda política, que la situación ha sido denunciada por múltiples órganos internos e internacionales y que los remedios judiciales tradicionales no atienden el problema central del atentado a la dignidad de las personas privadas de libertad.

La situación de las cárceles fue calificada como una situación en la que se presenta un "craso, grave, reiterado y prolongado incumplimiento de la ley" en la que "la actitud negligente de la administración vulnera o amenaza en forma inminente sus derechos fundamentales. En efecto, la inacción de las autoridades ha significado la violación sistemática de los derechos de los reclusos, durante décadas, y a pesar de muchas solicitudes y críticas elevadas con respecto al sistema penitenciario no se percibe ninguna política oficial para modificar de raíz la gravísima situación carcelaria del país" (Corte Constitucional: párr. 52)

La situación carcelaria reúne los tres requisitos ya elaborados por la jurisprudencia de la misma Corte: 1. general (afectación a multitud de personas), 2. estructural (no dependen de una sola autoridad), 3. la solución requiere la acción mancomunada de distintas entidades.

La Corte dispuso que las distintas ramas y órganos del Poder Público tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución del problema, poniendo en conocimiento del Presidente de la República el estado de cosas inconstitucional de la situación carcelaria, para que, "haciendo uso de sus facultades de suprema autoridad administrativa del país y participante fundamental del proceso legislativo, realice todas las actividades necesarias para poner pronto fin a esta delicada situación, vinculada con la conservación del orden público y con la violación crónica y sistemática de los más elementales derechos humanos" (Corte Constitucional: párr. 55). Lo mismo solicitó a todas las autoridades de los otros poderes del estado y de los gobiernos locales.

Más allá de conocer la eficacia de la sentencia de la Corte, esta entidad abre la puerta para que la vía constitucional sea un mecanismo para abordar, en toda su complejidad, el problema de la privación de libertad y del sistema penal.

V. ¿Cómo debería ser un sistema penal constitucionalizado?

Si estamos ante una situación sistemática y generalizada de violación de derechos humanos, producida por una democracia viciada y discriminadora, a la luz del estado constitucional de derechos, debemos cambiar de modelo para combatir la peor violencia que sucede en nuestros países.

Cambiar el enfoque y el funcionamiento de la justicia penal es una de las formas de luchar en la erradicación de la pobreza. Erradicar la violencia del sistema penal es salvar vidas. Ya no se pueden tolerar más ejecuciones extrajudiciales, torturas, muertes por violencia al interior de las cárceles o por negligencia en la atención, encierros de jóvenes, degradación de personas al punto de determinarlas a cometer delitos. No se puede tolerar. Esta violencia puede ser evitada.

La reforma integral y profunda penal se impone, no sólo desde el ámbito formal o dogmático, sino también en la forma como se ejerce el *ius puniendi*.

Una primera reacción, inaceptable, es revertir la realidad en el sentido de hacer un sistema penal para ricos. Si de lo que se trata es de evitar el dolor producido por el mal funcionamiento de las instituciones sociales, nada más lejano que perpetuarlo en quienes no lo sienten. No se trata, desde la perspectiva del género, que los hombres sean sometidos y discriminados; como tampoco se trata, desde una perspectiva biocéntrica, eliminar al ser humano por haber sido históricamente el principal depredador de la naturaleza para garantizar su existencia y regeneración. Tampoco, por tanto, de que las personas en situación de ventaja social sean a quienes se someta penalmente. El sistema penal lo único que haría sería cambiar de público, pero continuar siendo antidemocrático, discriminatorio, desproporcionado e injusto.

Otra reacción, también inaceptable, sería considerar que existe una causa de justificación, desde la dogmática penal, para quienes se encuentran dentro de las poblaciones vulnerables al actual funcionamiento del sistema penal y cometen actos violentos.

Finalmente, tampoco se trata de afirmar que sólo los pobres cometen infracciones, sino que, cometan o no, son personas vulnerables de estar expuestas al sistema penal autoritario y discriminatorio que hemos descrito.

La sociedad, en particular las víctimas de actos violentos, tienen derecho a que el estado y la sociedad ofrezcan una respuesta que sea útil, reparadora y que prevenga la multiplicación y repetición de la violencia, dentro del marco constitucional.

El sistema penal debe reunir algunas características, que se derivan de la Constitución y del modelo de estado: debe ser transparente y producir información (verdad), necesariamente se constituye en una democracia inclusiva que rompa con el espiral y círculo vicioso de la violencia, debe restaurar y ser excepcionalmente represivo, debe prevenir violencia y, finalmente, se ubica dentro de una organización social y política que practique y promueva la justicia social .

1. La verdad y el sentido común

Después de haber leído el libro de Irvin Waller, un activista defensor de los derechos de las víctimas y un decidido combatiente del sistema represivo penal (de hecho su libro se llama *Menos represión, más seguridad*), me llamó mucho la atención, a lo largo de su investigación, su llamado a la verdad y al sentido común. Waller sostiene que el sistema represivo se basa en supuestos y en opiniones sin sustento fáctico que alteran el sentido común (Waller: 26, 72, 140, 155, 166)

La verdad es la base del cambio y de la nueva forma de enfrentar el problema de la exclusión y de la violencia, y no es otra cosa que la producción y difusión de investigaciones objetivas sobre la realidad. Sin información no se pueden tomar decisiones. Toda la retórica en la que se basan los políticos y los medios de comunicación no tiene sustento científico ni teórico y tergiversan las percepciones sobre la dimensión y la solución de problema.

Si se tienen datos objetivos sobre el funcionamiento de la justicia penal, concluiríamos que el sistema penal refuerza la pobreza, multiplica la violencia, degrada a las personas procesadas y condenadas, invisibiliza y descuida a la víctima, sin duda, el sentido común diría que hay que cambiar de rumbo. Lo cierto es que, al momento, "carecemos de estadísticas confiables orientadas a la prevención secundaria y menos aún a la primaria" (Zaffaroni 2009: 110)

2. Ruptura del círculo vicioso

Actualmente, ante el fenómeno delincencial y ante cualquier manifestación de violencia, el estado, las víctimas y los medios de comunicación exigen y responden con más violencia. Esto es como el incendio que quiere apagarse con gasolina o, como en la ópera Jolanta de Tchaikovski, persistir tercamente en que la mejor forma de enfrentarse al mundo es cerrando los ojos. Ante el delito, entra a funcionar el poder punitivo, que genera y reproduce las condiciones sociales y personales para seguir cometiendo delitos. Los delitos y la violencia delincencial son más graves; se pide y se contratan más policías, los legisladores aumentan los tipos penales y las penas, se construyen más cárceles y éstas se hacinan. Luego, la espiral continúa, más pobreza, más violencia, más delitos, más policías, más presos, más cárcel... (Carranza: 121; Carranza b: 34). En suma, más muertes y más violaciones a los derechos humanos (Zaffaroni: 51).

Durante los últimos trescientos años de uso del sistema penal represivo, no ha disminuido un ápice la violencia. Todos los estudios concluyen que el aumento de penas no impacta en la reducción de la criminalidad (Larrandart: 164; Waller: 29, 41, 53, 102). A pesar de ser rentable políticamente y económicamente para algunos minúsculos grupos que viven de esta

justicia penal tal como la conocemos ahora, mantener un sistema de control social basado exclusivamente en el encierro, es una necesidad sin nombre.

Las altas cifras de aumento de la población carcelaria no significan mayor eficacia de la lucha contra el delito sino más bien "constituye frecuentemente un indicador de la ruptura del sentido de los valores comunitarios de una sociedad". (Larrandart 2007: 164).

Por todas las razones expuestas en este ensayo, urge romper el círculo vicioso que ha sido una característica del estado moderno y de la historia contemporánea.

3. Democracia inclusiva

Hay varias condiciones que hay que reunir para el cambio de modelo. Una de ellas requiere una democracia sustancial, que implica ciudadanos críticos, responsables y participativos. Una democracia más extensa, que no abarque sólo el ámbito de los político (estadística) sino también el ámbito administrativo y jurídico (Santos 2004: 139), que es donde se mueve la arbitrariedad que viola derechos en el ámbito penal.

Esta democracia tiene que ser inclusiva, en el sentido de tomar seriamente el principio de participación e interés. Y esto no nada fácil. Como advierte Santos, "sin lugar a dudas, los incluidos acatarán con resistencias la degradación de su inclusión como condición para la inclusión de los excluidos" (Santos: 135). Se esgrimirán los clásicos argumentos de que la exclusión es excepcional y que la culpa lo tienen precisamente los excluidos.

Cumplidos los supuestos de una democracia deliberativa, es de suponer que la ley penal sería necesariamente diferente. Nos atrevemos a realizar los grandes trazos que delinearían ese sistema penal distinto.

4. Restaurador

Una sociedad, como cualquiera de las nuestras, que usa intensivamente el sistema penal, profundiza las brechas entre las clases sociales. En general, nuestros sistemas judiciales son adversariales, que son procedimientos que se parecen mucho a una guerra judicial, en la que intervienen dos partes opuestas y que son literalmente enemigas. La solución, que se manifiesta en una sentencia, lo que hace es acrecentar la distancia entre las dos partes en conflicto, dando la razón a una de ellas. Cuando -como sucede en el derecho penal- además una de las partes está en profunda desventaja, la intervención penal lo que genera es una gran desconfianza: "No confío en ninguna autoridad de las que me he relacionado, porque para ellos yo soy un delincuente y ellos para mí unos funcionarios..." (Ramm 2005: 21). Esta desconfianza es diferente a las de las víctimas, que, en cambio son ignoradas en su dolor y la respuesta que reciben suele ser la impunidad. Por cualquier razón, lo cierto es que nadie confía en el sistema penal y las pocas respuestas que ofrece son siempre dentro de la lógica "todo o nada" (ganar-perder). Por ello, (a) el juicio debe ser un lugar de encuentro y de deliberación; para lograrlo, hay que devolver a la víctima y a la comunidad la capacidad para resolver sus problemas; lo que implica que (b) la justicia debe ser restauradora.

a. La devolución del conflicto a la víctima y a la comunidad: proceso penal y sentencia lugar de encuentro

Definitivamente hay que devolver a la víctima su protagonismo y su capacidad para resolver conflictos (Paladines 2008: 272). Según Zaffaroni, es necesario manifestar la esperanza de

que el tercer milenio repare la confiscación del conflicto y "sea el milenio de la desaparición del sistema penal, reemplazado por mecanismos efectivos de solución de conflictos y no por ilusiones que encubren un ejercicio de poder verticalizador, autoritario y corporativo" (Zaffaroni 1993b: 41), que impide la entrada de la realidad (Zaffaroni 1993b: 105). Por ello, "se trata de encontrar soluciones que, dejando de lado la venganza o reduciéndola en la medida de lo posible, procuren involucrar a los lesionados y repararlos, volver a la víctima, tomarla en cuenta como persona y no como mero dato sobre el cual justificar la represión sin sentido ni objeto, buscar soluciones restaurativas, conciliatorias, terapéuticas, que contribuyan a restablecer el debilitado tejido social de nuestras sociedades..." (Zaffaroni 2009: 110)

¿Si las víctimas tuviesen las condiciones y la capacidad para intervenir activamente en la resolución de su conflicto, qué demandarían? A primera vista, se creería que lo que quieren es que la persona esté encerrada y de alguna manera inutilizada socialmente. En el fondo, lo que realmente queremos las víctimas es no ser víctimas de más violencia y que nos reparen el daño sufrido. La primera solución la brinda el sistema tradicional; la segunda, más adecuada con el sentido común, requiere lo que Gargarella denomina proceso "comunicativo", que es de doble vía, "en donde una parte procura activamente involucrarse con la otra apelando a su razón (y no, por ejemplo, a la extorsión por el miedo)" (Gargarella 2008: 122). En este proceso hay escucha activa de ambas partes, genuino interés por entender la conducta, la reacción y los sentimientos de la otra persona en conflicto. El proceso se torna en un espacio deliberativo. La sentencia no estará predeterminada en la ley (8 a 12 años de reclusión) sino que dependerá de los hechos y de los partícipes.

Por otro lado, el proceso penal se tornaría en un lugar de encuentro, que no existe en nuestras sociedades complejas ni aún en los parlamentos, entre dos grupos humanos que no están habituados a dialogar. El conflicto penal sería una oportunidad para apreciar las percepciones y romper los estereotipos, que son tan frecuentes en el sistema penal. Uno de los partícipes sin duda reprocharía pero, con el diálogo, seguramente justificaría o al menos se explicaría la conducta violenta; el otro partícipe se disculparía y muy posiblemente enmendaría su conducta. El ofensor no sería tratado como un enemigo y seguramente tendría más de una razón para respetar el derecho (Gargarella 2008: 129).

Cuando uno lee cualquiera de las famosas historias de criminales, del tipo Jean Valjean de *Los Miserables*, Raskolnikov de *Crimen y Castigo*, o Perry Smith de *A Sangre Fría*, y nos repugna en una primera instancia su crimen, pero cuando nos adentramos en todas las circunstancias (y no sólo en el hecho penal como lo hace la dogmática penal) no sólo que comprendemos al responsable sino que hasta nos despierta algo parecido a la compasión. Perry, condenado a pena de muerte y ejecutado por el asesinato de una familia campesina apreciada en su comunidad, por ejemplo, fue una persona que durante toda su vida, de parte de quienes ejercían autoridad social, recibió desprecio y violencia (de la madre alcohólica, del padre maltratante, de la monja que le bañaba en agua fría cuando se orinaba a media noche en la cama, y qué decir de las autoridades carcelarias desde que era adolescente y de sus compañeros de escuela y celda) (Capote 1993: 93, 132, 134, 137). Sin duda, un primer proceso comunicativo por sus primeras infracciones penales, hubiese significado darle a Perry una oportunidad que nunca tuvo en la vida.

b. La justicia penal debe reparar

El derecho penal es represivo y focalizado en el delincuente. Este modelo no nos conduce a nada. En los últimos años, en particular desde la segunda mitad del siglo pasado, se ha

desarrollado un derecho que se concentra en la víctima y que pretende reparar el daño. Este derecho es el constitucional, y tiene una fuerte influencia de los mecanismos de protección de los derechos humanos desarrollados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El derecho reparador se caracteriza, además de lo dicho, por considerar que todos los participantes en la resolución del conflicto son miembros de una comunidad y están interesados en erradicar la violencia (porque a todos perjudica) y no en perpetuarla. La autoridad es un facilitador del diálogo, no siempre fácil cuando se trata de violencia, entre los protagonistas del conflicto. El procedimiento, al igual que la sentencia, son mecanismos de encuentro y conciliación. La pena no es excluyente ni dolorosa, sino más bien incluye y repara. La reparación es integral, puede ser tan simple como el mero reconocimiento del daño y las disculpas, o compleja que implica múltiples actividades en el tiempo para enmendar el daño. El sistema no generaría injusticias mayores de las que genera el delito sino que sería comprometido con la inclusión y la justicia social. Esto no se logrará, por supuesto, con más policías, jueces, fiscales cárceles, sino con un buen número de profesionales que promuevan la salud, la educación, la cultura, el restablecimiento emocional. De ahí que el protagonismo de la justicia penal no sería el fiscal sino las autoridades civiles, con capacidad de decidir sobre planes y recursos públicos, como alcaldes, ministros y otros funcionarios de la política. Lo que se pretende, en suma, es "buscar posibilidades para reparar en el futuro, en lugar de castigar por el pasado... y lograr que tanto la víctima, el victimario y la comunidad participen en la búsqueda de soluciones... Así se puede lograr la reconciliación de las partes y el fortalecimiento del sentido de comunidad" (Carrión 2009: 53)

En el siguiente cuadro se resumen los postulados de un derecho penal restaurador:

	Derecho represivo	Derecho restaurador
Víctima	Invisible	Protagonista
Victimario	Marginado/objeto	Sujeto
Operador	Burócrata tramitador papeles	Solucionador problemas
Burócratas	policías, jueces, abogados	Médicos, profesores...
Daño	Multiplicado	Restaurado/prevenido
Efecto	Excluye	Incluye
Proceso	Escrito y lento	Integrador
Intervención	Ex post facto	Ex ante
Énfasis	delincuente	Daño
Fuente	Dogmática penal	DIDH y Ciencias Sociales
Sociedad	Tolera y multiplica injusticia	Lucha contra la injusticia
Autoridad líder	Fiscal	Alcalde
Instrumento	Juicios penales	Políticas sociales

Estas no son ni se requiere arreglos o reformas cosméticas. Estas propuestas, que no son novedosas en la doctrina -las vienen promoviendo desde hace años los abolicionistas penales y los criminólogos críticos-, se han experimentado dentro de algunos estados, son de aplicación excepcional en el mundo occidental, y se los vive y practica de forma consistente por nuestras comunidades indígenas, como regla de comportamiento comunitario. Ahí tenemos, cerca de nosotros una fuente inagotable de aprendizaje.

c. La justicia indígena

Siempre se ha dicho que las propuestas de los abolicionistas, que sostuvieron la eliminación del encierro y la devolución del conflicto a la víctima, eran irrealizables porque implicaban una sociedad diferente. Pero resulta que en nuestras sociedades, con todos sus defectos, se aplican justicias muy parecidas a las propuestas abolicionistas. Estas justicias son las que "administran" las comunidades indígenas de forma ancestral, a pesar de la imposición oficial de un solo derecho y de más de trescientos años de influencia colonial. (Walsh 2003: 24)

En uno de los estudios más serios y recientes sobre la justicia indígena, publicadas en la Serie "Justicia Comunitaria en los Andes" (cuatro tomos), se demuestra (1) que el estado no interviene, (2) que las víctimas y las comunidades tienen la capacidad de resolver conflictos, y que el método y el procedimiento de resolución de sus conflictos es la conciliación y (3) que el encierro no es considerado como una pena útil y que la mejor consecuencia a las infracciones es la reparación.

1. El estado no interviene

El estado no tiene la capacidad operativa ni técnica para intervenir en los conflictos suscitados en las comunidades indígenas. No resuelve los conflictos sociales con relevancia penal en las zonas urbanas, mucho menos en los territorios indígenas, a donde ni siquiera llegan autoridades estatales. En Ecuador, por ejemplo, sólo se da respuesta al 2.61% de los casos que llegan a su conocimiento (Carrión 2009: 55); el fracaso sería mayor si sumáramos los conflictos indígenas.

Sin embargo, cuando el estado interviene lo hace para desconocer la justicia indígena y para agravar los conflictos, bajo la premisa de que es justicia "salvaje" o "primitiva" y que viola los derechos humanos. En dos casos documentados, el uno en Guatemala en la comunidad de Chico (Padilla 2008: 151) y otro en Ecuador en la comunidad La Cocha (Poveda 2010: 6), se puede apreciar lo pernicioso de la intervención estatal. En los dos casos se resuelven los conflictos tanto en la justicia indígena como en la justicia ordinaria y se pueden constatar sus diferencias. En el caso de la comunidad Chico, que se trata de un robo de una camioneta (pick up) a un indígena que vivía del transporte de mercancías, los victimarios reconocieron su responsabilidad, pidieron disculpas, se obligaron a devolver lo robado y se reinsertaron en la comunidad. El acto de juzgamiento comunitario se consideró, por parte de los medios de comunicación, como un linchamiento. Cuando intervino la justicia ordinaria, encerraron a uno de los victimarios, que algunos años más tarde salió de la cárcel sin sentencia y adicto a la base de cocaína, la víctima no pudo obtener lo que había prometido, el dinero que iba ser utilizado para comprar la camioneta se destinó al pago de honorarios del abogado defensor y la víctima no pudo reinsertarse en la comunidad. (Padilla: 176)

En el caso de la Cocha, que se trató del juzgamiento a una persona que había dado muerte a otra, el victimario fue sancionado a recibir "ortigazos", cargar una piedra alrededor de la comunidad, pedir perdón y pagar una suma de dinero a la madre de la víctima. De igual modo, el acto de juzgamiento fue considerado como un linchamiento y el victimario fue presentado por los medios de comunicación como una víctima. A pretexto de violación de los derechos humanos del victimario, intervino la justicia ordinaria para liberarlo de los "salvajes" indígenas, desconocieron lo juzgado, encerraron tanto al victimario como a las autoridades indígenas y el caso se encuentra dentro de un procedimiento penal. Lo más seguro es que las personas saldrán después de algunos años sin condena, con todos los efectos que genera el "padecimiento" carcelario y las víctimas serán completamente invisibles.

Estos dos casos son paradigmáticos en relación a la inutilidad y violencia del sistema penal ordinario. En la mayoría de los conflictos que se suceden en una de las 22 nacionalidades indígenas guatemaltecas o en alguna de las 16 nacionalidades indígenas ecuatorianas, afortunadamente, el estado no interviene porque no puede y porque no sabe lo que sucede. Los conflictos familiares, comunitarios y sociales se resuelven en aplicación de sus derechos ancestrales. Negar ese derecho resulta una ingenuidad y al mismo tiempo una prepotencia enorme. ¿Cómo arreglan los cuidados de los niños? ¿Qué normas se aplican para los matrimonios, las sucesiones de bienes, los incumplimientos de los acuerdos? ¿Cómo se juzgan los actos violentos? Sin duda, la respuesta no se va a encontrar en nuestros códigos civiles ni penales. Las normas, los procedimientos, las autoridades y las sanciones tienen como fuente el derecho ancestral.

2. La conciliación y la purificación

La justicia es percibida por las comunidades y por las autoridades como "un proceso orientado a la resolución de un conflicto. El objetivo principal es superar el problema mediante la reflexión y el entendimiento de las partes y lograr una conciliación o reconciliación" (Brandt y Valdivia 2007: 79).

En una comunidad de Cajamarca, Perú, se afirmó que "todos los problemas se concilian y todos entran por igual y primero por la base y que hay que trabajar mucho y no se hace presión" (Brandt y Valdivia: 80).

En términos sociales se restablecen y fortalecen los vínculos rotos por el cometimiento de una infracción, y en términos personales el infractor se purifica, se limpia, por ello la pena no tiene como "finalidad causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo... [El proceso es] un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y restablecer la armonía" (Corte Constitucional 1997).

3. La reparación

La convivencia en el mundo indígena se basa, pues, en la idea de armonía y equilibrio. Cuando se comete una infracción, se rompe la armonía. La intervención de las autoridades y de la comunidad se encamina a restablecer el equilibrio roto (Esterman 1998: 116). El equilibrio se logra mediante la inclusión del infractor y la satisfacción de la víctima, que además fortalece los vínculos comunitarios (Brandt y Valdivia 2006: 143).

Una decisión se considera justa, desde la perspectiva indígena, cuando se logra reparar el daño causado a la víctima (Brandt y Valdivia: 90). "Un aspecto del derecho indígena es devolver la armonía quebrantada, recuperar las relaciones, y si es posible, la reconciliación" (Vintimilla y otras 2007:150). En la gran mayoría de conflictos se resuelve con la conciliación (Brandt y Valdivia 2006: 203, 211).

Tanto el procedimiento como las sanciones tienen profundos significados comunitarios, encaminados a encontrar el equilibrio y la cohesión social: mantiene o restablece la paz comunal, garantiza la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad, los infractores rectifican su conducta (se comprometen a no volver a cometer el mismo error y piden disculpas), inclusión de las personas involucradas en el conflicto (salvo los casos de expulsión, en los que se considera que el infractor es incorregible), previenen y disuaden efectivamente (Brandt y Valdivia 2007: 92-96; 2006: 148-150). Un ejemplo que refleja la

idea del equilibrio e inclusión es el del caso de la Cocha en el año 2002. La persona que había dado muerte a un comunero, después de haber cumplido la pena dentro de la comunidad, cuatro años más tarde fue elegida dirigente de la comuna. (Brandt y Valdivia 2007: 92)

4. La privación de la libertad en el mundo indígena

La privación de la libertad es una pena sin sentido porque rompe con el principio básico de convivencia que obliga a no ser ocioso (Padilla 2008: 172). Sin embargo, esta pena existe, es corta (no dura más de siete días) y es realmente excepcional (Brandt y Valdivia 2006: 147). En un caso conocido por la Corte Constitucional de Colombia, en el que la comunidad impuso una pena de privación de libertad de 8 años y luego la revisó e impuso la pena de 20 años, en base a estudios antropológicos, la Corte constató el hecho de que "en la cárcel... no se ve a la familia y se fuma marihuana, bazuco, se aprende de homosexual, se aprende fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de cárcel no corrige, antes daña..." (Corte Constitucional 1996) y se estableció que la comunidad había impuesto una sanción ajena a sus normas ancestrales, que preveía, para hechos similares, 3 años de trabajos comunitarios y tiempos cortos de cepo.

Además, resulta interesante resaltar, no existe la lógica de sospechoso, procesado o condenado; la persona es parte de la comunidad y el problema es de la comunidad no exclusivamente de la persona victimaria (Brandt y Valdivia 2006: 197); la persona que comete una infracción "distorsiona severamente el orden socio-económico, ritual y celebrativo, y por tanto el orden holístico" (Esterman 1998: 204). Luego, el conflicto de la víctima y del victimario es de toda la comunidad. Por ello, la privación de libertad como castigo retribucionista no tiene sentido ni tampoco como pena rehabilitadora.

La justicia indígena tiene problemas como cualquier administración de justicia. Uno de ellos, son los excesos en relación a violación de derechos humanos, cuando ya no hay significados de purificación en el ejercicio de la violencia o incluso en algunos linchamientos. Pero estos casos de violencia son apenas de un 4.1% (Brandt y Valdivia 2006: 146) y se afirma que un buen 90% no hay incompatibilidad con los estándares de derechos humanos (Brandt y Valdivia 2006: 147). Otro problema es el relacionado con la violencia intrafamiliar, que no es adecuadamente resuelto y de alguna manera es tolerado (Valdivia y González 2009: 166)

5. Excepcionalmente represivo

Como represión estamos entendiendo como uso de la exclusión social mediante el encierro, que es una medida extrema y a primera vista irracional. Una consecuencia obvia, después de haber analizado los efectos del funcionamiento represivo del sistema penal, de constatar su inutilidad y de concluir su inconstitucionalidad, es que debemos alejarnos del paradigma represivo. Resulta fácil decirlo pero en la práctica es sumamente difícil. Pero no por difícil hay que dejar de predicarlo, particularmente cuando a esta conclusión acompañan evidencias científicas y razones jurídicas.

Pero ¿se justifica en algún caso? Gargarella ejemplifica la inutilidad del encierro en un caso que considera extremo, relacionado al enjuiciamiento penal y el correspondiente encierro de algunos de los dirigentes de la organización ETA. En este caso, el uso del sistema penal promovió la simpatía de jóvenes afines a los ideales de la organización y a acciones de lucha en la calle contra un estado que se consideró ilegítimo y opresor. Al final concluye que es

injustificable y que los problemas graves hay que resolverlos con la intervención de todos (Gargarella: 242).

En el caso en mención, no existían vínculos directos entre la dirigencia del grupo armado y acciones violentas que ocasionen daños tangibles. Creo que las reacciones y el análisis fuesen distintos si es que se hubiesen detenido y juzgado a las personas que pusieron una bomba que hubiese ocasionado decenas de muertos en una vía pública. ¿Qué hacer con aquella persona que cree decididamente -y a pesar de cualquier intervención social- en la violencia? ¿Qué respuesta debe darse en los casos de responsables de genocidio, delitos de lesa humanidad o criminales de guerra? ¿Qué se puede hacer con una persona psicópata, que es responsable de asesinatos o violaciones en serie?

La explicación a estos casos no se encuentra en las deficiencias de la democracia, la exclusión o la marginalidad, como sucede en la mayoría de nuestros usuales habitantes de nuestras cárceles.

Me atrevo a pensar que en estos casos, que algunas personas llaman el núcleo duro del derecho penal, el sistema represivo debe persistir, pero bajo tres condiciones: (1) Debe ser absolutamente excepcional. Las personas encerradas por estos hechos seguramente no son ni el 1% de nuestra población carcelaria. Debe demostrarse que el uso del sistema penal genera menos violencia de la que se produciría si no intervendría; sin el encierro, por ejemplo, la persona acusada de un genocidio, moriría a manos de sus víctimas sobrevivientes. (2) Las personas deben ser juzgadas en estricto apego a sus derechos (garantías debido proceso y ser juzgada por un juez independiente e imparcial). (3) Las condiciones de vida durante el encierro deben ser dignas y estar sujetas a control judicial.

6. Justicia social como forma de prevención de delitos

En el sistema de justicia de Rawls, el trato diferenciado sólo se justifica cuando está destinado a favorecer a los menos aventajados de la sociedad (Gargarella 1999: 39). Y esto vale tanto para los pobres de nuestra sociedad como para los pobres del sistema penal. La protección del más vulnerable y la promoción de su dignidad admite mayores cargas a las personas más privilegiadas. Una sociedad que distribuye inequitativamente recursos y oportunidades no es constitucional, democrática ni justa.

A estas personas vulnerables, que actualmente son las usuarias del sistema penal, las identificamos mediante la institución denominada reincidencia. La reincidencia en los sistemas represivos es una causal para agravar las penas y justificar un uso intensivo del sistema penal. La política del "three strikes" (Castiñeira 2008: 189) o de las "ventanas rotas" o "cero tolerancia", que focalizaba la represión en los delitos menores y en la delincuencia juvenil, han demostrado su fracaso total para disminuir la delincuencia y la violencia (Waller: 106; Benito: 152; Carrión 2009: 117). Desde la perspectiva preventiva, la reincidencia demuestra el fracaso del sistema represivo y fortalece el círculo vicioso de la violencia. "Enfrentar la violencia con más violencia no resuelve el problema, por el contrario, más temprano que tarde la incrementa..." (Carrión 2009: 14)

En un estudio realizado por la Facultad de Salud Pública de Harvard en Chicago, en el que se hizo seguimiento a 7.000 niños y jóvenes durante 8 años, se observó el desarrollo de factores que predisponen a algunas personas a la violencia. Los adolescentes que reinciden, en general, provienen de un núcleo familiar negativo caracterizado por la pobreza y por una vivienda inadecuada, de un sistema educativo inconsistente, descuidado y violento, de la

vivencia de una cultura de violencia en la televisión y el barrio, de ser hijos de padres desempleados o con ingresos limitados (Waller: 53). Estos problemas, efectivamente, se solucionan con inversión en educación, salud, vivienda, trabajo. Es decir, la inversión en derechos sociales es la única forma de combatir la pobreza y la violencia. Se requieren escuelas y centros de salud en lugar de cárceles. Los niños y niñas que estudian y acaban la universidad tienen más probabilidades de conseguir trabajo y de integrarse positivamente en la sociedad (Waller: 57). Waller sostiene que invertir en prevención reduce un 60% la violencia y cuesta mil dólares por familia; en cambio, la represión aumenta la violencia y cuesta 13.500 dólares por familia (Waller: 63) ¿Por qué persistir en el encierro que provoca exactamente lo contrario, es caro, inútil y pervierte a la persona?

La justicia social, que se manifiesta en la garantía de los derechos sociales y la distribución equitativa de la riqueza y de los chances sociales, es la solución. En el siguiente acápite se pueden apreciar ejemplos de políticas sociales utilizadas en lugar de políticas de represión penal.

7. La prevención

Waller analiza los lugares donde se ha incrementado y reducido la violencia. En los primeros, se ataca a las personas y se utiliza la justicia represiva para combatir la violencia y se aumentan policías, abogados, jueces y cárceles. En los segundos, en cambio, se ataca a la violencia y se trata con las personas, que son elementos propios de la justicia restauradora, y aumentan profesores, trabajadores sociales, psicólogos, médicos. Como ejemplos de los segundos, Waller menciona a la ciudad de Bogotá (en las alcaldías de Bromberg, Peñalosa y Mockus), que establecieron un órgano de prevención de la violencia, que recomendaba soluciones en función de factores de riesgo, tales como control de alcohol, droga, retiro de armas, asistencia a víctimas. Solucionaron los problemas identificados (Waller: 148)

Diez ciudades francesas constituyeron un Consejo para prevenir la delincuencia y abordar asuntos como el vandalismo y los saqueos frecuentes por parte de migrantes. Después de un diagnóstico, se discutieron las soluciones en asambleas abiertas al público. En el diagnóstico se descubrió que los castigos penales no reducían la violencia. Las agencias de estado trabajaron juntas para ejecutar el plan social y se redujo la violencia (Waller: 140).

La Federación de Municipios Canadienses encontró que las causas de la violencia eran la pobreza, el desempleo, la falta de vivienda, el crecimiento de grupos marginales por falta de oportunidades, la desintegración de familiar y comunidades, el abuso de drogas. Las recomendaciones que hicieron los municipios, con la participación ciudadana, no fue reprimir a las comunidades donde se producía la violencia. Al contrario, se invirtió en atención temprana a niños, los jóvenes tuvieron programas de atención educativa, los empleadores debían ofrecer oportunidades de empleo a los jóvenes, los municipios combatieron la violencia doméstica por medio de oficinas especializadas, los agentes de represión fueron capacitados para promover la solución de conflictos (Waller: 142). Planes parecidos fueron acogidos y reproducidos por algunas ciudades norteamericanas, tales como Fort Worth, San Antonio, Austin, Arlington.

Birmingham, la ciudad más grande de Inglaterra y Gales, en el 2004, ganó el premio de prevención europeo del delito. Lo que hizo la ciudad fue reducir de modo significativo el asalto y robo en ocho barrios de alta criminalidad. La ciudad, con participación ciudadana, determinó ocho problemas y actuó. Las políticas se dirigieron hacia la infancia temprana, los jóvenes, a quienes se les entrenó para el trabajo y a la creatividad, y la familia. (Waller: 147)

Al final, una profunda y significativa reforma penal sólo tendrá sentido en el contexto de una reforma social. Sólo la distribución de riqueza, recursos, oportunidades, chances sociales puede alterar nuestra realidad de exclusión y de violencia (Cole: 183).

8. La legitimidad del derecho y el estado

En uno de los últimos ensayos publicados por Ferrajoli (Ferrajoli 2010: 145), el jurista sostiene que el derecho sólo tendrá legitimidad si evita el dolor. Agregando a este concepto, se podría considerar que, además, es llamado a favorecer la integración comunitaria (Tedesco 2009: 572). Como hemos visto, el derecho penal como está configurado actualmente hace exactamente lo contrario: aumenta el dolor y favorece a la exclusión. Creo que la conclusión obvia es que el derecho penal y el estado son ilegítimos y debe enrumbarse hacia la construcción de su legitimidad.

Revertir el sistema social inequitativo y excluyente es sumamente difícil, como difícil también es plantear una reforma penal sensata y profunda. Pero la dificultad no nos excusa para proponerlo e intentarlo implantar. Otra sociedad y otro derecho penal tienen que ser posible.

Bibliografía

Abramovich, Víctor (2009), "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, Red Universitaria de Derechos Humanos, V. 6, N. 11.

Alexy, Robert (2008), "La fórmula del peso", en Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 6, V&M Gráficas, Quito.

Alexy, Robert (2008b), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Alexy, Robert (2010), "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Colombia.

Avila Santamaría, Ramiro (2008), "La rehabilitación no rehabilita", en Carolina Silva Portero, *Ejecución penal y derechos humanos. Una mirada crítica a la privación de libertad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 5, V&M Gráficas, Quito.

Avila Santamaría, Ramiro (2009), "Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos", en Christian Curtis y Ramiro Avila Santamaría, *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 11, V&M Gráficas, Quito.

Avila Santamaría, Ramiro (2009b), "La penalización de lo irrazonable", en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 9, V&M Gráficas, Quito.

Barata, Alessandro (2004), *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires.

Benito Durá, Mauricio (2009), *Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica. Análisis a partir de la situación de la criminalidad y las políticas criminológicas*", COMJIB-Secretaría General Iberoamericana-AECID, Tirant lo blanch, Valencia, España.

Beristain, Carlos Martín (2009), *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 10, V&M Gráficas, Quito.

Bernal Pulido, Carlos (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 3 edición.

Bobbio, Norberto (1997) "La era de los derechos", en el *Tercero ausente*, Ediciones Cátedra, Madrid.

Brandt, Hans-Jürgen y Valdivia, Rocío Franco (2006), *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El tratamiento de conflictos. Un estudio de actas en 133 comunidades*, Instituto de Defensa Legal, Forma e Imagen, Lima.

Brandt, Hans-Jürgen y Valdivia, Rocío Franco (2007), *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Normas, Valores y Procedimientos en la Justicia Comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú*, Instituto de Defensa Legal, Forma e Imagen, Lima.

Bustos Ramirez, Juan (2009), "Análisis crítico y propuestas en torno a la legislación regulatoria del consumo y tráfico de drogas ilícitas", en Juan Pablo Morales y Jorge Paladines, *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 9, V&M Gráficas, Quito.

Capella, Juan Ramón (2007) *Entrada en la barbarie*, Editorial Trotta, Madrid.

Capote, Truman (1993), *In cold blood*, Vintage, New York.

Carranza, Elías (2007) "Criminalidad, política criminal y participación de la sociedad", en Elsie Rosales y Lola Aniyar de Castro, *Cuestión criminal y derechos humanos. La perspectiva crítica*, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Carranza, Elías (2007b), "Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe", en Elías Carranza (Coordinador), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Siglo XXI-ILANUD, México.

Carrión, Fernando Jenny Pontón y Blanca Armijos, (2009) *120 estrategias y 36 experiencias de seguridad ciudadana*, Flacso Ecuador y Municipio Metropolitano de Quito.

Castiñeira, María Teresa y Ramón Ragués (2008), "*Three Strikes*. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 6, V&M Gráficas, Quito.

Castro, Martín (compilador) (2002), *Proceso penal y derechos humanos*, Comisión Andina de Juristas, Quito.

Coba Mejía, Lisset (2008) ""Rehabilitación", el verdadero castigo", en Carolina Silva Portero, *Ejecución penal y derechos humanos. Una mirada crítica a la privación de libertad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 5, V&M Gráficas, Quito.

Cole, David (1999) *No equal justice. Race and Class in the American Criminal Justice System*, The New Press, New York.

Comisión de la Verdad (2010), *Informe de la Comisión de la Verdad, Ecuador 2010. Sin verdad no hay justicia. Resúmen ejecutivo*, Edicuatorial, Quito.

Defensa de los Niños Internacional (DNI) (2010), *Adolescentes detenidos por la policía y proceso de internamiento. Informe de investigación*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Graphus, Quito.

Doworkin, Ronald (2010) "Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Colombia.

Dufour, Gilbert (2009), *Sospechas en Ecuador. Infernal injusticia*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Trama, Quito.

Esterman, Josef (1998), *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya Yala, Quito.

Ferrajoli, Luigi (2005), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Séptima Edición, Madrid.

García Ramírez, Sergio (Coordinador) (2008), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de México, México D. F..

Gargarella, Roberto (1999), *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Un breve manual de filosofía política, Piados Estado y Sociedad, España.

Gargarella, Roberto (2008), *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá.

Iturralde, Manuel (2010), *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá.

Larrandart, Lucila (2007), "Política criminal y Estado de Derecho ¿Tolerancia cero?", en Elsie Rosales y Lolia Aniyar de Castro, *Cuestión criminal y derechos humanos. La perspectiva crítica*, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Martínez, Mauricio (2007), "La política criminal antidrogas y el control constitucional en Colombia. El fracaso del populismo punitivo, el éxito del negocio de las drogas ilícitas y el desastre humanitario y ecológico en la región andina", en Elsie Rosales y Lolia Aniyar de Castro, *Cuestión criminal y derechos humanos. La perspectiva crítica*, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Mathiesen, Thomas (2003), *Juicio a la prisión*, Ediar, Buenos Aires.

Mora, Luis Paulino (2007), "Sobrepoblación penitenciaria y derechos humanos: la experiencia constitucional", en Elías Carranza (Coordinador), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Siglo XXI-ILANUD, México.

O'Donnell, Daniel (2007), *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Salesianos impresores, segunda edición, Chile.

Padilla, Guillermo (2008), "La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena", en Rudolf Huber y otros, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Honrad Adenauer Stiftung, México.

Pavarini, Massimo (2009), *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Flacso-Municipio Metropolitano de Quito, Crear Imagen, Quito.

Pogge, Thomas (2005), *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press, UK.

Pogge, Thomas (2007), "Propuesta para un dividendo sobre recursos globales", en en Sur Revista Internacional de derechos humanos, N. 6, Año 4, Brasil.

Poveda, Carlos (2010), "La Cocha: 2002-2010, retrocesos en un estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, pluricultural y laico", en *Novedades jurídicas*, Ediciones Legales, Año VII, Número 19, Quito.

Ramm, Alejandra (2005), *Imputados. Primerizos y reincidentes: un registro testimonial*, Colección Ciencias Sociales, Universidad Diego Portales, Chile.

Rodríguez Garavito, César (Coordinador) (2010), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Universidad de Los Andes, Nomos Impresores, Bogotá.

Rosales, Elsie (2007), "Sistema Penal y Estado Constitucional en Venezuela", en Elsie Rosales y Lolia Aniyar de Castro, *Cuestión criminal y derechos humanos. La perspectiva crítica*, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Paladines, Jorge (2008), "¿Fiscal General o General Fiscal?", en Santiago Andrade y otro, *La Transformación de la Justicia*, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 7, V&M Gráficas, Quito.

Paladines Jorge y Morales Juan Pablo (2009), *Entre el control social y los derechos humanos. Los retos de la política y la legislación de drogas*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 9, V&M Gráficas, Quito.

Silva Portero, Carolina (2008), *Ejecución penal y derechos humanos. Una mirada crítica a la privación de libertad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 5, V&M Gráficas, Quito.

Santos, Boaventura de Sousa (2004), *Democracia y participación*, FES- Abya Yala, Quito.

Tedesco, Ignacio F. (2009), "Hacia la civilización del Derecho Penal. En homenaje al pensamiento de Edmundo S. Hendler", en Gabriel I. Anitua e Ignacio F. Tedesco, *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Del Puerto Editores, Buenos Aires.

Tidball-Binz, Morris (2007) "Atención de la salud y sobrepoblación penitenciaria: un problema de todos", en Elías Carranza (Coordinador), *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Siglo XXI-ILANUD, México.

Valdivia, Rocío Franco y González Luna, María Alejandra (2009), *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Las mujeres en la justicia comunitaria: víctimas, sujetos y actores*. Instituto de Defensa Legal, Forma e Imagen, Lima.

Vilhena Vieira, Oscar (2007), "Desigualdad y Estado de Derecho", en Sur Revista Internacional de derechos humanos, N. 6, Año 4, Brasil.

Vintimilla Saldaña, Jaime, Almeida Milena y Saldaña Remigia (2007), *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Derecho indígena, conflicto y justicia comunitaria en comunidades Kichwas del Ecuador*, Instituto de Defensa Legal, Forma e Imagen, Lima.

Waller, Irvin (2008), *Menos represión, más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, Instituto Nacional de Ciencias Penales-ILANUD, Ubijus Editorial, México.

Walsh, Catherine (2003), "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico", en Judith Salgado (compiladora), *Justicia indígena. Aportes para el debate*, UASB, Abya Yala, Quito.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1986) *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Depalma, Argentina.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1993), *Muertes Anunciadas*", Temis, Bogotá.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1993b) *Hacia un realismo jurídico penal marginal*, Monte Avila Editores Latinoamericanos, Caracas.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1998) *Criminología. Aproximación desde el margen*, Temis, Bogotá.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2007) "Buscando al enemigo: de satán al derecho penal cool", en Elsie Rosales y Lolia Aniyar de Castro, *Cuestión criminal y derechos humanos. La perspectiva crítica*, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009), "Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal", en Carlos Espinosa y Danilo Caicedo, *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Serie Justicia y Derechos Humanos N. 15, V&M Gráficas, Quito.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia (1996), Sentencia T-349.

Corte Constitucional de Colombia (1997), Sentencia T-523.

Corte Constitucional de Colombia (1998), Sentencia T-153.

Corte Constitucional de Colombia (2004), Sentencia T-025.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1995), Caso Caballero Delgado y Santana c. Colombia (1995).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997), Caso Suárez Rosero c. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004), Caso Tibi c. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004), Caso del Instituto de Reeducción del Menor c. Paraguay.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005), Caso Gutiérrez Soler c. Colombia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006), Caso del Penal Miguel Castro c. Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006), Caso Baldeón García c. Perú