

EJECUCIÓN PENAL: DIÁLOGOS IBEROAMERICANOS



COORDINADORES

Fabrício Castagna Lunardi
Marcus Alan de Melo Gomes
Ricardo M. Mata y Martín

PRÓLOGO

Julián Sánchez Melgar

AUTORES

Alexandre Machado de Oliveira
Alfonso Ortega Matesanz
Antonio Andrés Laso
Carolina Souza Malta
Cristina de Albuquerque Vieira
Fabrício Castagna Lunardi
Fátima Aurora G. Afonso Archangelo
Florencio de Marcos Madruga
Hermógenes Legido Bellido
João Teixeira de Matos Júnior
Jorge Jiménez Martín
Laura García Martín
Luis Fernando Niño
Luiz Régis Bomfim Filho
Nuno Poiars
Ricardo M. Mata y Martín
Rosimeire Ventura Leite
Taís Schilling Ferraz
Taís de Paula Scheer
Tomás Montero Hernanz



Escola Nacional
de Formação
e Aperfeiçoamento
de Magistrados



Escola Nacional
de Formação
e Aperfeiçoamento
de Magistrados

CONSEJO SUPERIOR DE LA ENFAM

Ministro Mauro Campbell Marques
(Presidente) Director General de Enfam

Ministro Raul Araújo
Subdirector de Enfam

Ministro Og Fernandes
Director del CEJ del Consejo Federal
de Justicia

Ministro Antonio Carlos Ferreira
Superior Tribunal de Justicia (STJ)

Ministra Isabel Gallotti
Superior Tribunal de Justicia (STJ)

Magistrada Federal Therezinha Cazerta
Tribunal Regional Federal de la
3ª Región (TRF3)

Magistrado José Maria Câmara Junior
Tribunal de Justicia de São Paulo (TJSP)

Magistrado Roberto Carvalho Veloso
Tribunal Regional Federal de la
1ª Región (TRF1)

Jueza Renata Gil de Alcantara Videira
Tribunal de Justicia del Estado de
Río de Janeiro (TJRJ)

Juez Cássio André Borges dos Santos
Secretario General

Fabiano da Rosa Tesolin
Secretario Ejecutivo

PROGRAMA DE MÁSTER DE LA ENFAM

Profesor Fabrício Castagna Lunardi
Coordinador Académico
(Juez TJDFT)

Profesora Taís Schilling Ferraz
Coordinadora Académica Adjunta
(Magistrada Federal TRF4)

EJECUCIÓN PENAL: DIÁLOGOS IBEROAMERICANOS

COORDINADORES

Fabício Castagna Lunardi
Marcus Alan de Melo Gomes
Ricardo M. Mata y Martín

PRÓLOGO

Julián Sánchez Melgar

AUTORES

Alexandre Machado de Oliveira
Alfonso Ortega Matesanz
Antonio Andrés Laso
Carolina Souza Malta
Cristina de Albuquerque Vieira
Fabício Castagna Lunardi
Fátima Aurora G. Afonso Archangelo
Florencio de Marcos Madruga
Hermógenes Legido Bellido
João Teixeira de Matos Júnior
Jorge Jiménez Martín
Laura García Martín
Luis Fernando Niño
Luiz Régis Bomfim Filho
Nuno Poiares
Ricardo M. Mata y Martín
Rosimeire Ventura Leite
Taís Schilling Ferraz
Taís de Paula Scheer
Tomás Montero Hernanz



Escola Nacional
de Formação
e Aperfeiçoamento
de Magistrados



Editorial

Fabiano da Rosa Tesolin
Lorena Caroline Lyra de Oliveira Andrade

Revisión bibliográfica

Luana Maria Alcantara Moreira
Vandeilson Soares Neri

Revisión textual

Luciana Silva Cantanhede Lobo
Mariana Fernandes dos Santos
Mariana Ribeiro Reino da Silva
Yasmin Correia de Barros

Diseño gráfico, portada y diagramación

André Luís Pires de Carvalho

Fotografía de portada

Wirestock/Freepick.com

Créditos institucionales

Biblioteca Ministro Oscar Saraiva - SED/STJ
Seção de Serviços Gráficos - SAD/CJF

Tirada

150 exemplares

Distribución gratuita

Impreso en 2024

Este libro está bajo una licencia Creative Commons Attribution 4.0 International. Se permite la reproducción total o parcial siempre que se cite la fuente y se indique la autoría del texto.



Esta publicación fue realizada de acuerdo con la política de sostenibilidad y también está disponible en versión electrónica

Dirección:

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam
SCES – Trecho 3, Polo 8, Lote 9, 1º andar
Brasília-DF, Brasil. CEP 70.200-003
www.enfam.jus.br

El Libro surge de la cooperación académica y científica entre el Máster de la ENFAM y la Universidad de Valladolid. Los conceptos y opiniones expresados en los capítulos de este trabajo son responsabilidad exclusiva de sus autores y no necesariamente reflejan la opinión de la ENFAM.

E36p

Ejecución penal : diálogos iberoamericanos / coordinadores Fabrício Castagna Lunardi, Marcus Alan de Melo Gomes, Ricardo M. Mata y Martín; Alexandre Machado de Oliveira ... [et al.]. - Brasília : Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2024. 496 p. : il. color.

Vários autores.

Disponível, também, em: www.enfam.jus.br

ISBN 978-65-88022-42-9

DOI: <https://doi.org/10.54795/ISBN978-65-88022-42-9>

1. Execução penal, coletânea. 2. Política penitenciária. 3. Justiça restaurativa. 4. Reinserção social. I. Lunardi, Fabrício Castagna. II. Gomes, Marcus Alan de Melo. III. Mata y Martín, Ricardo M. IV. Oliveira, Alexandre Machado de.

CDU 343.8

ENFAM

ESCUELA NACIONAL DE FORMACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DE MAGISTRADOS (ENFAM)

La Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados (ENFAM) es el organismo oficial de formación de jueces brasileños (jueces estatales y federales). A partir de la determinación prevista en la Constitución Federal de Brasil, mediante la Enmienda Constitucional 45/2004, conocida como Reforma del Poder Judicial, la ENFAM fue creada el 30 de noviembre de 2006 mediante Resolución n. 3 del STJ.

Las principales responsabilidades de la ENFAM son: a) definir los lineamientos básicos para la formación y perfeccionamiento de los jueces; b) fomentar investigaciones, estudios y debates sobre temas relevantes para la mejora de los servicios judiciales y la prestación judicial; c) promover la cooperación con entidades nacionales y extranjeras vinculadas a la docencia, la investigación y la extensión; d) fomentar los intercambios entre la Justicia brasileña y la de otros países; e) promover, directamente o mediante convenio, la implementación de cursos relacionados con los objetivos de ENFAM, poniendo énfasis en la formación humanística; f) habilitar y supervisar, de conformidad con los arts. 93, II, c, y IV, y 105, párrafo único, I, de la Constitución de la República, cursos de formación para el ingreso al poder judicial y, para efectos de promoción, cursos de perfeccionamiento; g) formular sugerencias para mejorar el sistema jurídico; h) definir los lineamientos básicos y requisitos mínimos para la realización de exámenes públicos de acceso a la judicatura estatal y federal, incluida la regulación de la realización de exámenes psicotécnicos;



i) apoyar, incluso financieramente, la participación de jueces en cursos en Brasil o en el exterior recomendados por la ENFAM; j) apoyar, incluso financieramente, a las escuelas judiciales estatales y federales en la realización de cursos de capacitación y perfeccionamiento.

Este libro es producto importante de la cooperación con entidades nacionales y extranjeras vinculadas a la docencia, la investigación y la extensión, especialmente entre los programas de posgrado de la ENFAM (Brasil), la Universidad de Valladolid (España) y la Universidad Federal de Pará (UFPA, Brasil), con la participación del Grupo de Investigación en Gestión, Desempeño y Efectividad del Poder Judicial (GEJUD-ENFAM) e investigadores de Portugal y Argentina.

PRÓLOGO

Es para mí un gran honor poder prologar el libro que el lector tiene en sus manos, o seguramente lo tenga en su pantalla digitalizada. Quiero trasladarle que el lector está ante una gran obra que resume el saber y las reflexiones que, en nuestros días, se producen en materia de ejecución penitenciaria, en donde se plantean los más exigentes retos para convertir nuestros centros penitenciarios en un lugar más humano, donde no solamente se cumpla la pena, sino sustancialmente se consiga la reeducación del delincuente pensando siempre en su rehabilitación social.

Nuestra sociedad siempre ha estado dividida entre quienes consideran que la pena es simplemente una sanción, de aquellos otros que son del parecer de que la respuesta punitiva es algo más que retribución, y pretender conseguir la restauración, tanto del delito como de la víctima y su victimario, de modo que confluyan otros muchos elementos en las variables de la ejecución penitenciaria, siendo una ecuación tan compleja como complejo es nuestro propio mundo.

Es cierto que el delito existe, y también lo es que la ley penal castiga al que se aparta de sus normas, infligiendo mal a los demás. No puede ser de otro modo. Así ha sido desde la noche de los tiempos. La ley penal fue la primera de nuestras leyes porque tiene como finalidad castigar las más terribles e intolerables acciones humanas. Pero también es cierto que el delincuente no puede ser condenado simplemente al olvido, a la marginación, a la expiación y a la imposición de penas inhumanas o degradantes, incluida la pena de muerte. El delincuente tiene derecho a ser reeducado, tal y como prevé el art. 25.2 de la Constitución española, y es una constante hoy aceptada por toda nuestra comunidad científica.

A partir de ahí, es necesario gestionar el cumplimiento de la pena, bajo sistemas humanitarios, con la finalidad de llevar a cabo, no una política

penitenciaria exclusivamente retribucionista sino también una justicia restaurativa. Y siempre con las miras puestas en un sistema de tratamiento penitenciario científico, que atienda fundamentalmente a la evolución del interno en el centro penitenciario, bajo sistemas de estudio y consideración individualizada, desterrando todo tipo de modelos estándares de aplicación generalizada de la política penitenciaria.

Desde hace siglos que la moderna ciencia penitenciaria nos ha dejado importantes aportaciones científicas. Me estoy refiriendo en España, a Concepción Arenal (1820-1893) y a Victoria Kent (1892-1987); ambas mujeres dedicaron sus esfuerzos y orientaron su actividad a intentar satisfacer una necesidad tal y como la sentían: que los reclusos son personas humanas necesitadas de corrección y educación, y el Estado debe ocuparse de tales cometidos a fin de ayudar a los reclusos a regresar a la sociedad en condiciones positivas, tanto para la colectividad en su conjunto como para ellos mismos y sus familias.

El delito no solamente lo sufre la víctima, que, con todo, es la más afectada y a quien debe repararse, sino también la propia familia del delincuente, la que está implicada igualmente en que se pueda obtener la rehabilitación de su autor. Y lógicamente la sociedad en su conjunto.

Como ha dicho uno de los coautores de esta obra (Hermógenes Legido), Concepción Arenal nunca dejó de preocuparse por la instrucción y educación de los reclusos, abordando la controvertida cuestión del nivel o intensidad que debe tener la instrucción o educación en la prisión, y lo hizo de forma magistral.

Retenemos las siguientes palabras de Concepción Arenal:

“Hay que recordar y poner en práctica aquella máxima de odia el delito y compadece al delincuente, a la cual puede añadirse: si está arrepentido, ámale y protégele, el odio al delito conviene afirmarle. Conviene comprender que en el sentimiento de repulsión que inspira el presidario hay una parte legítima, la aversión a la culpa, y otra que es necesario modificar,

la hostilidad hacia el culpado, que le persigue sin descanso ni piedad, haciéndole imposible la vida social como los demás hombres”.

Por su parte, Victoria Kent tuvo un papel destacado en la práctica diaria dentro del mundo carcelario, en la época republicana del siglo XX, al comienzo de la Segunda República española, estando al frente de la Dirección General de Prisiones, e impulsando la gestión humanizada de las prisiones de aquellos momentos.

La tarea es muy complicada, por eso este tipo de estudios penitenciarios que componen esta obra que me honro en prologar, supone contar con una valiosa fuente de información, pero también de reflexión, acerca de tales modelos que puedan hacernos avanzar científicamente para conseguir logros en esta materia.

Es por ello que sería igualmente bueno que lo que ocurre en el interior de nuestros centros penitenciarios no pasara totalmente desconocido para la sociedad, que parece desentenderse de las prisiones, sino que tuviera cumplida noticia de la organización de estos centros y su evolución. Solamente aquello que se encuentra bajo los ojos de la sociedad puede ser mejor valorado, controlado y, desde luego, mejorado.

Dentro de esta perspectiva, qué duda cabe que la formación y capacitación es un componente sustancial para prestar el mejor servicio. Por ello es necesario que todos los que trabajan en las prisiones tengan una adecuada formación para acometer su labor diaria, y conseguir el mejor resultado para su quehacer diario. Pero igualmente, sin duda, es necesario el control y seguimiento de tal labor. Para ello son necesarios órganos colegiados que se sirvan de los conocimientos y disciplina de cada componente para poder desempeñar mejor su función. En la legislación española, realizan esa misión las juntas de tratamiento que dispensan de forma individualizada los trazos que han de dibujarse en el diseño de la evolución del interno en el centro penitenciario.

Si es necesario que las sentencias penales que se dicten sean cumplidas, no lo es menos que tal ejecución no puede dejarse exclusivamente en

manos del Tribunal sentenciador. Por ello, las aportaciones de la ciencia penitenciaria han desarrollado un doble control de cumplimiento que supone residenciar en dicho Tribunal la resolución de las cuestiones más relevantes que surjan en el avance de la condena por el penado, y un juez de vigilancia penitenciaria que se ocupe de otros aspectos, del día a día, como los permisos o las progresiones de grado, o sencillamente el marco de los derechos y los deberes de los penados, que se tienen que concretar en cada uno de los múltiples aspectos de la vida diarias de las prisiones. Porque, hemos de decirlo ya, la prisión es para el interno el lugar en donde se desenvuelve su vida mientras esté privado de libertad, y en consecuencia, debe establecer un abanico de contornos jurídicos que no es sino la esencia de la función del derecho en la sociedad que, en nuestro caso, es el discurrir diario de una etapa que ha de concluir en un futuro, y con cuya esperanza el interno ha de convivir, conociendo sus derechos y obligaciones.

Es necesario que el mundo de la prisión no sea todo uno, sino que debe dividirse por partes, de tal manera que unos establecimientos sean de presos preventivos; otros de cumplimiento de penas, dejando otro tipo de centros para funciones especiales, como pueden ser los psiquiátricos penitenciarios, en la medida que, en ellos, se puedan cumplir medidas de seguridad afectantes a personas que requieran una atención especializada, hospitalarios o de rehabilitación social.

De todos modos, y como dice la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria española, las instituciones penitenciarias tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.

Nos detenemos solamente un momento para mostrar el cuadro de derechos que dicha ley proclama, en tanto exige llevar a cabo la actividad penitenciaria respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza,

opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza.

En consecuencia, los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena, conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión, no se les prive de su derecho a la tutela judicial efectiva, y se vele por su vida, integridad y salud, siendo, en todo caso, derecho a ser designado por su propio nombre, y no por un número.

Ahora bien, como bien señala el autor y coordinador de esta obra, Ricardo M. Mata y Martín, la ley debe no solamente cumplirse escrupulosamente, sino que debe inspirar toda referencia reglamentaria, no tratando de esquivarla por dicha vía. Señala este autor que nos encontramos en un momento, en especial referencia al supuesto español, en el que se constata con que ciertas iniciativas reglamentarias, simples Instrucciones internas o decisiones de política penitenciaria, la Ley penitenciaria poco tienen que ver con ellas y se desfigura. En realidad –se denuncia, no sin acierto– que la propia Ley asiste al tráfico abultado de decisiones penitenciarias actuales como una convidada de piedra.

Y ello en el mismo corazón del sistema penitenciario que es el sistema de “individualización científica” que rige la ejecución penal. En este punto, es necesario avanzar sin duda, investigando cómo es posible arbitrar nuevos modos de hacer corresponder la realidad de la evolución del interno con las medidas que puedan servir para tal individualización científica, sin que nunca se intente una especie del derecho penal del enemigo, y tampoco, como ha dicho con todo acierto, Javier Nistal Burón, prestigioso jurista del cuerpo superior de instituciones penitenciarias españolas, del «amigo».

Por cierto que este autor nos ilustra que el sistema penitenciario de ejecución penal español recibe el nombre de “sistema de individualización científica”, conforme a lo establecido en el artículo 72.1 de la Ley Orgánica

General Penitenciária 1/1979, de 26 de setembro, arrancando de los modelos penitenciarios “progresivos” instaurados en Europa en sustitución de los modelos de ejecución penal americanos, como fueron: el “sistema celular o pensilvánico” y el “sistema Auburn” y, que surgieron, inicialmente, para dar cumplimiento a la pena privativa de libertad a finales del siglo XVIII.

Atrás quedaba el sistema penitenciario que suponía un mero arrinconamiento de los reclusos, propios de los tiempos del pasado. Los modernos sistemas se caracterizan por ir decreciendo la intensidad de la pena impuesta a los condenados mediante fases, que conllevan un distinto régimen de vida cuya evolución transita hacia la libertad. Para ello se establece un modelo penitenciario de ejecución basado en la diferenciación de distintos grados de tratamiento (1º grado, 2º grado y/o 3º grado), a los que se accede mediante la correspondiente clasificación penitenciaria y, que se cumplen conforme a unos modelos diferentes de régimen de vida (régimen cerrado, régimen ordinario y/o régimen abierto) en las distintas clases de centros penitenciarios.

La reeducación supone la modificación de la conducta del autor, a otra más respetuosa con el derecho. Y la reinserción social necesita de la implementación de medidas de adaptación al cuerpo social, cuyas técnicas son multidisciplinarias.

Sobre este aspecto incide especialmente y con mucho acierto, Fabrício Castagna Lunardi.

El objetivo rehabilitador del reo en este modelo de ejecución penal de “individualización científica” se hará efectivo a través del “tratamiento penitenciario”, definido en el artículo 59 de la Ley Penitenciaria, como “el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reducción y reinserción social de los penados”, dando cabida en este concepto, tanto a una intervención con el interno de naturaleza terapéutica, como de tipo socio-educativa a través del diseño de programas orientados a desarrollar las aptitudes del penado, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y, en definitiva, suplir las carencias

con las que el interno entró en prisión y que pudieron ser la causa de su actividad delictiva.

En este libro se muestra la evolución del pensamiento en materia penitenciaria. La obra está coordinada de la mano de Fabrício Castagna Lunardi, Profesor Titular y Coordinador Académico de Master en Derecho y Poder Judicial de la Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados (ENFAM) de Brasil. Doctor en Derecho por la Universidad de Brasilia (UnB), postdoctorado en Derecho por la Universidad de Coimbra y Juez del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios, Brasil (TJDFT).

Marcus Alan de Melo Gomes, Profesor de la Universidad Federal de Pará, Brasil (UFPA), coordinador de la Especialización en Derecho Anticorrupción de la ENFAM, Doctor en Derecho y Juez del Tribunal de Justicia de Pará (TJPA).

Y Ricardo M. Mata y Martín, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, España, con amplísimo currículum en materia penal y penitenciaria.

El libro se divide en cuatro partes, la primera dedicada a las buenas prácticas en la ejecución penal: avances y retrocesos, la segunda, a los medios coercitivos, régimen, vigilancia y beneficios en la ejecución penal, la tercera, la prevención del delito, tratamiento de salud mental y justicia restaurativa, junto a las políticas públicas y la ejecución penal, y la cuarta a la ejecución penal, reeducación y humanismo: una segunda oportunidad.

En la primera se trata de la ley como primera buena práctica penitenciaria, las penas de prisión de larga duración y buena administración penitenciaria, la oficina social en la ejecución penal brasileña: reintegración de personas condenadas a la sociedad y las buenas prácticas en materia de ejecución penal: avances y retrocesos en la República Argentina, mientras que en la segunda parte, se dedica al estudio del uso de medios coercitivos en el sistema penitenciario español e igualmente los «desafíos para um novo regime semiaberto: reflexões e algumas propostas», así como un modelo de juez de vigilancia penitenciaria, ofreciendo las aportaciones

del Derecho comparado, estudiando los modelos de control judicial en Brasil, Italia, Portugal, Francia y España. En la tercera parte, se aborda la prevención del delito, tratamiento de salud mental y justicia restaurativa, analizando la problemática de la política criminal en esta materia, menores, modalidades de internamiento terapéutico y justicia restaurativa en Brasil. Finalmente, la cuarta parte, se dedica a la segunda oportunidad: ejecución penal, reeducación y humanismo, con referencias al estado de la cuestión en Portugal, y al interesante ejemplo del ajedrez en prisión.

En suma, este libro transmite no solamente conocimientos, sino también reflexiones, muy serias e importantes sobre el devenir de nuestra futura ejecución de las penas privativas de libertad, y también de los modos restaurativos y de mediación capaces de integrar en su cumplimiento.

Es un libro que, sin apartarse de la teoría, facilita conocimientos prácticos necesarios para la mayor eficacia de las reglas y normas jurídicas que proporciona.

Por ello, será de gran utilidad para el jurista en general, y los profesionales del Derecho, en particular, implicados tanto en la práctica como en la docencia de este nuevo segmento de la ciencia penal, que emerge día a día, como es la ciencia penitenciaria.

Finalmente, el poder extraer y compartir experiencias recíprocas de todo nuestro mundo iberoamericano aporta a esta obra un valor esencial, que traspasa no solamente fronteras físicas, sino que remarca aún más si cabe nuestro pasado cultural común. Y este es su verdadero valor.

Julián Sánchez Melgar

Magistrado del Tribunal Supremo español

Doctor en Derecho

ÍNDICE

- 19 INTRODUCCIÓN**
- 29 PARTE 1**
BUENAS PRÁCTICAS EN EJECUCIÓN PENAL:
AVANCES Y RETROCESOS
- 31 CAPÍTULO 1**
LA LEY COMO PRIMERA BUENA PRÁCTICA PENITENCIARIA
RICARDO M. MATA Y MARTÍN
- 59 CAPÍTULO 2**
PENAS DE PRISIÓN DE LARGA DURACIÓN Y BUENA
ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA
ALFONSO ORTEGA MATESANZ
- 95 CAPÍTULO 3**
OFICINA SOCIAL EN LA EJECUCIÓN PENAL BRASILEÑA:
REINTEGRACIÓN DE PERSONAS CONDENADAS
A LA SOCIEDAD
JOÃO TEIXEIRA DE MATOS JÚNIOR
FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI
JORGE JIMÉNEZ MARTÍN
- 125 CAPÍTULO 4**
BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE EJECUCIÓN PENAL:
AVANCES Y RETROCESOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA
LUIS FERNANDO NIÑO



- 155 PARTE 2**
MEDIOS COERCITIVOS, RÉGIMEN, VIGILANCIA Y BENEFICIOS EN LA EJECUCIÓN PENAL
- 157 CAPÍTULO 1**
EL USO DE MEDIOS COERCITIVOS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL
ANTONIO ANDRÉS LASO
- 193 CAPÍTULO 2**
DESAFIOS PARA UM NOVO REGIME SEMIABERTO NO BRASIL
CAROLINA SOUZA MALTA
- 217 CAPÍTULO 3**
UN MODELO DE JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA
FLORENCIO DE MARCOS MADRUGA
- 245 CAPÍTULO 4**
O CONDENADO PRETENSO COLABORADOR PREMIADO
LUIZ RÉGIS BOMFIM FILHO
- 267 PARTE 3**
PREVENCIÓN DEL DELITO, TRATAMIENTO DE SALUD MENTAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA: POLÍTICAS PÚBLICAS Y EJECUCIÓN PENAL
- 269 CAPÍTULO 1**
A ABORDAGEM PREVENTIVA EM UM CENÁRIO DE CONTROLE E REPRESSÃO DA CRIMINALIDADE: O CASO DO PROGRAMA FAZENDO JUSTIÇA
TAÍS SCHILLING FERRAZ
- 297 CAPÍTULO 2**
PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE MENORES CON PROBLEMAS DE SALUD MENTAL, CONSUMO DE SUSTANCIAS O ALTERACIONES EN LA PERCEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL JUVENIL ESPAÑOL
TOMÁS MONTERO HERNANZ

- 331 CAPÍTULO 3**
JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA
JUDICIÁRIA DE EXECUÇÃO PENAL
ROSIMEIRE VENTURA LEITE
FÁTIMA AURORA GUEDES AFONSO ARCHANGELO
TAÍS DE PAULA SCHEER
- 365 CAPÍTULO 4**
JUSTICIA RESTAURATIVA APLICADA A LA EJECUCIÓN
PENAL: RELATO DE UNA EXPERIENCIA EN LA
JUSTICIA FEDERAL
CRISTINA DE ALBUQUERQUE VIEIRA
- 395 PARTE 4**
EJECUCIÓN PENAL, REEDUCACIÓN Y HUMANISMO:
UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD
- 397 CAPÍTULO 1**
PRISÕES E DIREITOS HUMANOS EM PORTUGAL:
DA PENA DE MORTE À PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA
NUNO POIARES
- 423 CAPÍTULO 2**
JUGANDO UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD:
EL AJEDREZ EN PRISIÓN
LAURA GARCÍA MARTÍN
ANTONIO ANDRÉS LASO
- 453 CAPÍTULO 3**
LIVROS QUE LIBERTAM: O PROJETO DE REMIÇÃO DE PENA
PELA LEITURA NO SISTEMA PRISIONAL ALAGOANO
ALEXANDRE MACHADO DE OLIVEIRA
- 477 CAPÍTULO 4**
BREVES NOTAS SOBRE LA EDUCACIÓN EN LAS PRISIONES:
DE DOS GRANDES REFORMADORAS PENITENCIARIAS
(C. ARENAL Y V. KENT) A LA NORMATIVA INTERNACIONAL
DE REFERENCIA
HERMÓGENES LEGIDO BELLIDO



INTRODUCCIÓN

FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI¹

MARCUS ALAN DE MELO GOMES²

RICARDO M. MATA Y MARTÍN³

Ya se han realizado varios estudios sobre la ejecución penal. De la venganza privada al Estado de Derecho, del carácter retributivo a los objetivos de rehabilitación, rehabilitación y reinserción en la sociedad. Al mismo tiempo que el Derecho Penal y Procesal Penal buscan combatir la delincuencia y reducir la impunidad, mediante la pena y el encarcelamiento (carácter retributivo de la pena), la prisión como institución jurídica se encuentra en crisis permanente, al no ser la respuesta adecuada en materia de resocialización y rehabilitación del condenado.

En este sentido, al investigar y abordar el tema de la ejecución penal hay que tener cuidado de no ser, al mismo tiempo, jactanciosos hasta el punto de proponer una solución definitiva al problema, pero tampoco ser escépticos hasta el punto de afirmar que no hay soluciones. Por el contrario, el intercambio de investigaciones y buenas prácticas puede ayudar en debates y propuestas para la mejora de diferentes sistemas.

¹ Profesor Titular de Master en Derecho y Poder Judicial de la Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados (ENFAM). Doctor y Master en Derecho por la Universidad de Brasilia (UnB). Postdoctorado en Derecho por la Universidad de Coimbra. Licenciado en Derecho por la Universidad Federal de Santa María (UFSM). Juez del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios, Brasil (TJDFT).

² Profesor de la Universidad Federal de Pará, Brasil (UFPA). Coordinador del Eje de la Especialización en Derecho Anticorrupción de la ENFAM. Doctor en Derecho. Juez del Tribunal de Justicia de Pará (TJPA).

³ Profesor Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid, España. Doctor en Derecho.

Así, este libro parte del diagnóstico de que existen problemas similares que enfrentan los países iberoamericanos en la ejecución penal, cada uno naturalmente con sus especificidades y, a partir de ello, pretende provocar reflexiones capaces de mejorar la ejecución penal, a partir de la investigación, programas y buenas prácticas de países iberoamericanos.

Para lograr sus objetivos, el libro se ha dividido en cuatro partes. La primera parte aborda las buenas prácticas en ejecución penal con un enfoque teórico y práctico. En la segunda parte se analizan los medios coercitivos, los regímenes de cumplimiento de pena, el sistema penitenciario del juez y los beneficios en la ejecución penal. La Parte III trata de prevención del delito, tratamiento de salud mental y justicia restaurativa, analizando políticas públicas en ejecución penal. La cuarta y última parte analiza la ejecución penal con un enfoque humanista, buscando qué se hace para reeducar y rehabilitar al condenado a la vida social.

En la parte I del libro, con el título “buenas prácticas en ejecución penal”, se analizan sus avances y retrocesos, aportando un panorama más amplio del fenómeno.

El primer capítulo de esta parte, a cargo de Ricardo M. Mata y Martín, Profesor Catedrático de la Universidad de Valladolid, aborda “el derecho como primera buena práctica penitenciaria”. El autor propone que, en la planificación general de las buenas prácticas penitenciarias para la ejecución de las penas privativas de libertad, se quiere señalar el papel originario y legitimador de la existencia de una auténtica ley penitenciaria. Se aborda el Derecho como un soporte a la actividad penitenciaria, que requiere una suficiente previsión de los instrumentos, medios y fines de la ejecución penal, lo que genera una cultura de respeto a las implicaciones de la relación jurídico-penitenciaria. En el capítulo se proponen algunos contenidos necesarios de la Ley Penitenciaria, así como algunas posibles desviaciones en la práctica de la Administración Penitenciaria.

El segundo capítulo de esta parte trata de las penas de prisión de larga duración y de la buena administración penitenciaria. Alfonso

Ortega Matesanz, Profesor Asociado de la Universidad de Valladolid, analiza inicialmente la “crisis” de la prisión y las penas de larga duración. A través del análisis de las buenas prácticas penitenciarias en centros penitenciarios de larga estancia, se abordan los principales problemas relacionados con la hacinamiento penitenciario, la ancianidad en las cárceles, el centro de destino y la segregación de los internos. Al final, el capítulo aborda los contactos con el mundo exterior en prisión y la reinserción social y el tratamiento.

A continuación, João Teixeira de Matos Júnior (Máster en Derecho por la ENFAM y Juez del Tribunal de Justicia de Amapá, Brasil), Fabrício Castagna Lunardi (Profesor de Máster en la ENFAM, Doctor en Derecho y Juez del Tribunal de Justicia del Distrito Federal, Brasil) y Jorge Jiménez Martín (Secretario General de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales – RIAEJ y Director de la Escuela Judicial de España, Doctor en Derecho, Profesor Asociado de la Universidad de Almería y Juez en España) analizan la ejecución penal en Brasil con foco en las llamadas oficinas sociales (“escritórios sociais”). Estos son instrumentos de la política de atención a los liberados del sistema penitenciario para la recuperación de la ciudadanía de quienes pasaron por el sistema penitenciario, cuya acción es impulsada por el Consejo Nacional de Justicia de Brasil. El capítulo busca investigar cuáles son los aportes efectivos de la oficina social en la reintegración de los condenados, realizando un estudio de caso, donde se analiza la Oficina Social en el Estado de Amapá, Brasil. Al final se presentan los resultados de su trabajo, analizando las intervenciones (servicios) realizadas para la ciudadanía y la reinserción social de los egresados.

En el cuarto capítulo, Luis Fernando Niño, Profesor Consulto de la Universidad de Buenos Aires, analiza buenas prácticas en materia de ejecución penal, a partir de avances y retrocesos en la República Argentina. El capítulo aborda su desempeño en el sistema penal de su país, las experiencias recogidas, su posicionamiento frente a la realidad penitenciaria y el incentivo que representa la gestión de dos organismos

estatales en busca de lograr buenas prácticas en la fase de ejecución penal, uno de ellos dependiente del Poder Judicial (DCAEP), y el resto independiente y autárquico, el Ministerio Público de la Defensa (MPD). El capítulo también aborda experiencias recientes y cambios exitosos en la legislación relacionada con la aplicación de la ley penal.

La segunda parte del trabajo lleva por título “medios coercitivos, régimen, vigilancia y beneficios en la ejecución penal”.

El primer capítulo de esta parte trata sobre el “uso de medios coercitivos en el sistema penitenciario español”. Antonio Andrés Laso, Profesor de la Universidad de Valladolid (España) y Jurista de Instituciones Penitenciarias, presenta como buena práctica el uso de medidas coercitivas por parte del personal penitenciario en situaciones excepcionales como medida de seguridad y al margen del régimen disciplinario previsto para la comisión de infracciones por parte de los reclusos. El capítulo aborda temas como las medidas de seguridad y vigilancia, las medidas coercitivas, los tratados internacionales y principios constitucionales, el uso indebido de la violencia como trato degradante, la regulación legal del uso de medidas coercitivas, el régimen disciplinario, la colocación sistemática de medidas coercitivas en el Ley Orgánica y en el Reglamento, la relación jurídica penitenciaria como relación de sujeción especial, intervención excepcional de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el interior, salvo en la aplicación de medidas coercitivas. Para el autor, esta norma, que tiene un alcance meramente teórico o sistemático, responde a un profundo fundamento jurídico y tiene un evidente alcance práctico.

En el segundo capítulo, titulado “desafíos para un nuevo régimen semiabierto en Brasil”, Carolina Souza Malta, Jueza Federal de Brasil y Coordinadora del Grupo de Monitoreo e Inspección del Sistema Penitenciario y Socioeducativo de la V Región del Tribunal Regional Federal, busca presentar las nuevas normas establecidas por el Supremo Tribunal Federal (Brasil) y por el Departamento de Vigilancia e Inspección del Sistema Penitenciario y del Sistema de Ejecución de

Medidas Socioeducativas (DMF), del Consejo Nacional de Justicia, por el inicio de la ejecución penal del régimen semiabierto y traer algunos puntos de reflexión. En este sentido, se analiza el contexto que guió el pronóstico, basado en la necesidad apremiante de solucionar el problema de hacinamiento carcelario tras el reconocimiento del estado de cosas inconstitucional por parte del Supremo Tribunal Federal, en la medida cautelar de la ADPF nº 347, como así como los procedimientos establecidos, los cuales se fundamentan en un análisis esencialmente teórico, presentando los desafíos y algunas sugerencias para su efectivo cumplimiento.

En el tercer capítulo, Florencio de Marcos Madruga, Juez de Vigilancia Penitenciaria y Profesor Asociado de la Universidad de Valladolid, analiza “un modelo de juez de vigilancia penitenciaria”. El autor analiza las diversas configuraciones legislativas que encontramos en el Derecho comparado sobre la sentencia de vigilancia penitenciaria, con especial atención al modelo español. El capítulo aborda la intervención judicial en la ejecución de la pena privativa de libertad, los modelos de control judicial, el Juez de Vigilancia Penitenciaria Español y propone un modelo de diseño funcional y competente para el Juez de Vigilancia.

En el cuarto capítulo, Luiz Régis Bomfim Filho, Juez Federal de la Sección Judicial de Maranhão, Brasil, aborda el tema “el condenado presunto colaborador premiado”. El autor de la colaboración premiada presentada por una persona sujeta a ejecución penal. El autor analiza que la colaboración premiada debe ser permitida y reconocida en actividades de alta complejidad, observando una prudencia razonable ante un presunto colaborador premiado condenado.

La tercera parte del libro trata sobre “prevención del delito, tratamiento de salud mental y justicia restaurativa”.

El primer capítulo busca adoptar un enfoque preventivo en el escenario del control y represión del delito, analizando el Programa Haciendo Justicia. La autora Taís Schilling Ferraz, Profesora de Master

de la ENFAM y Jueza Federal del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, Brasil, analiza el potencial preventivo de las acciones del Programa Haciendo Justicia, coordinado por el Consejo Nacional de Justicia. Después de analizar las políticas públicas preventivas de las estrategias de control y represión del delito, el capítulo presenta y problematiza el programa “Fazendo Justiça”, mostrando algunos resultados alcanzados, identificados en datos secundarios disponibles en informes y bases de datos. El autor también analiza el impacto potencial de las acciones del programa sobre el fenómeno de la criminalidad. Al final del capítulo, el autor concluye que estas acciones tienen carácter preventivo y propone algunas estrategias para su difusión e institucionalización.

En el próximo capítulo, Tomás Montero Hernanz, Profesor Asociado de la Universidad de Valladolid, analiza la privación de libertad de menores con problemas de salud mental, consumo de sustancias o alteraciones en la percepción de la legislación penal juvenil española, centrándose en la medida de el internamiento terapéutico previsto en la legislación vigente que regula la responsabilidad penal de los menores en España, desde un doble ángulo, de los supuestos en los que es posible su aplicación y, por otro, del régimen jurídico de aplicación de la medida. El capítulo trata temas como la medida de hospitalización terapéutica, los antecedentes de la hospitalización terapéutica en el derecho español, la aplicabilidad de las medidas terapéuticas, el régimen jurídico aplicable a las modalidades de hospitalización terapéutica. Al final, trae reflexiones y propuestas innovadoras.

A continuación se analiza la justicia restaurativa como política pública judicial para la ejecución penal. El capítulo está escrito por Rosimeire Ventura Leite, Profesora de Máster de la ENFAM y Jueza del Tribunal de Justicia de Paraíba, Brasil, Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo, Jueza Federal (TRF6) y Coordinadora del Núcleo de Prácticas Restaurativas de su Tribunal, y Taís de Paula Scheer, Jueza del Tribunal de Justicia de Paraíba. El capítulo aborda inicialmente la Ejecución Penal

en Brasil, el régimen jurídico que subyace al cumplimiento de la pena y la selectividad penal sistémica. A partir de este contexto, se analiza la Justicia Restaurativa como política pública judicial, centrándose en su aplicación en la ejecución penal, buscando evaluar su adecuación y potencial. Posteriormente, el capítulo aborda experiencias restaurativas en ejecución penal en el contexto brasileño, trayendo estudios de caso, así como una propuesta innovadora para el instituto.

En el último capítulo de esta parte, Cristina de Albuquerque Vieira, Jueza Federal y Máster en Derecho, aborda la justicia restaurativa aplicada a la ejecución penal a partir de un relato de experiencia en la Justicia Federal en Brasil. La autora muestra que, en 2017, la Justicia Federal de Rio Grande do Sul implementó un proyecto piloto de Justicia Restaurativa destinado a aplicar la metodología restaurativa de los Círculos de Construcción de Paz en casos judiciales ya cerrados y relacionados con condenados. El primer caso elegido por la Justicia Federal de Rio Grande do Sul para implementar experimentalmente la metodología restaurativa en el ámbito penal federal involucró precisamente el encuentro de casos en la fase de ejecución penal. En este contexto, este estudio, basado en una investigación bibliográfica y documental, busca relatar cómo fue planificado y llevado a cabo este caso, señalando al final si los principios restaurativos fueron respetados y si lograron sus objetivos.

La cuarta y última parte del trabajo lleva por título “Ejecución penal, reeducación y humanismo: una segunda oportunidad”.

El capítulo inicial trata sobre las prisiones y los derechos humanos en Portugal. Nuno Poiars, Profesor del Instituto Superior de Ciencias Policiales y de Seguridad Interior, de la Universidad Lusófona de Lisboa y del Instituto Politécnico de Beja (Portugal), busca analizar los cambios sociojurídicos con efecto transformador sobre el poder punitivo de los Estado, desde el modelo azul (retribucionista) y rojo (preventivo-especial), hasta el modelo verde (preventivo-general) y la sumisión del control del delito a los valores constitucionales. El autor muestra, sin embargo, que

hay insatisfacción en sectores de la sociedad portuguesa con respecto a la democracia constitucional, “lo que potencia el surgimiento de un discurso populista, xenófobo y racista y el llamado a restablecer la pena capital y la idea de que las sentencias largas son una disuasivo de la delincuencia, lo que significa que, durante la próxima década, podremos volver al modelo puramente retribucionista o preventivo especial, que pone en peligro los derechos humanos, dejando a los juristas portugueses la protección y defensa de los principios consagrados en la Constitución de 1976”. El autor aborda cuestiones como la evolución del modelo retribucionista hacia el modelo penal verde, las prisiones y los derechos humanos en Portugal y busca analizar el futuro (probable) de la ejecución de las penas.

El segundo capítulo de esta parte es “ajedrez en prisión”, en busca de una segunda oportunidad. Laura García Martín, Maestra en Políticas y Prácticas en Innovación Educativa, y Antonio Andrés Laso, Profesor de la Universidad Valladolid y Funcionario Cuerpo Superior de Empleados del Centro Penitenciario de Topas (Salamanca/España), buscan presentar como una buena práctica a difundir entre todas las personas privadas de libertad el conocimiento del ajedrez. Según los autores, los beneficios que conlleva esta actividad son especialmente favorables para las personas incluidas en los diferentes programas de tratamiento penitenciario que se llevan a cabo, simplemente, como una forma cómoda de ocupar el tiempo de internamiento y evitar el ocio. El capítulo aborda temas como el tratamiento penitenciario, con especial atención a programas y actividades de intervención específicas, los efectos desfavorables de la cárcel, prisión y prisión, juego y sociedad, juego y convivencia, reinserción a través del ajedrez, deporte penitenciario y ajedrez y colectivos desfavorecidos.

A continuación, el libro trata sobre el Proyecto “Livros que Libertam”, del sistema penitenciario en el Estado de Alagoas, Brasil. El capítulo, escrito por el juez de ejecuciones criminales del Tribunal de Justicia de Alagoas, de Alexandre Machado de Oliveira, describe la implementación, evolución y aspectos técnicos del mencionado

proyecto, acerca de la remisión de penas mediante lectura en el sistema penitenciario del Estado de Alagoas. Esta práctica implica la adopción de técnicas que incrementaron el número de personas privadas de libertad beneficiadas con la acción educativa, alcanzando al 60% (sesenta por ciento) de toda la población penitenciaria del régimen cerrado. Al final del capítulo se describen los resultados de este proyecto.

El último capítulo, escrito por Hermógenes Legido Bellido, Profesor de la Universidad de Valladolid, trata sobre la educación en las prisiones, centrándose en los grandes reformadores penitenciarios y los estándares internacionales de referencia. El autor parte de planteamientos teóricos de que la educación es la mejor manera de evitar los delitos, para sostenerla después de esa misma educación será necesario reeducar a los reclusos durante su estancia en prisión. El capítulo analiza el trabajo en materia educativa en el entorno penitenciario de dos de las grandes reformadoras penitenciarias españolas, Concepción Arenal y Victoria Kent. Al final se aborda las dos grandes normativas internacionales en materia penitenciaria, la de la Organización de Naciones Unidas y la del Consejo de Europa, centrándose en los preceptos de dichas normativas que están dedicadas al tema educativo.

Esperamos que el libro pueda traer reflexiones importantes, compartir buenas prácticas y perspectivas de ejecución penal en América Latina.

Os deseamos a todos buenas lecturas, reflexiones y proyectos para mejorar el sistema de ejecución penal.

PARTE 1

BUENAS PRÁCTICAS EN EJECUCIÓN PENAL: AVANCES Y RETROCESOS



CAPÍTULO 1

LA LEY COMO PRIMERA BUENA PRÁCTICA PENITENCIARIA

RICARDO M. MATA Y MARTÍN*

SUMARIO

1 Introducción. 2 La racionalidad de la función penal y la ley. 3 El principio de legalidad penal y penitenciario. 4 Los contenidos de la ley penitenciaria. 5 Algunos usos y desviaciones del principio de sometimiento a la ley de la ejecución penal; 5.1 Aplicación de instrumentos no normativos; 5.2 Dejar morir la Ley por inanición. 6 A modo de conclusiones: los efectos de la existencia de una buena ley penitenciaria. Referencias.

*Profesor Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid, España.



1 INTRODUCCIÓN

Las leyes penales poseen una misión fundamental que consiste en tutelar las condiciones básicas necesarias para la vida social. Mediante las incriminaciones concretas en el Código penal y resto de normas penales se establecen como delitos aquellos hechos de suficiente gravedad que menoscaben esos intereses y valores considerados fundamentales para la convivencia entre las personas que forman parte de una sociedad. Delitos que por tanto tienen como presupuesto un bien relevante que es atacado de manera grave. De esta manera se tipifican los delitos de homicidio o asesinato por lesionar el bien jurídico de la vida humana, los de amenazas o coacciones por atacar ahora la libertad de las personas, el hurto y robo por afectar a la propiedad de las cosas o el delito de contaminación ambiental y los de maltrato animal por ser contrarios a la protección ambiental y natural mínima. En la actualidad la incriminación de conductas punibles se entiende sobre la base de la dañosidad social que represente la misma. Debe, pues, generar la conducta considerada delito algún tipo de efecto perjudicial relevante para un tercero o para la comunidad. En el pensamiento penal de la Ilustración las penas o consecuencias derivadas del quebrantamiento del pacto social se hacen necesarias para impedir que el ímpetu parcial se opongan al bien universal y así conservara el depósito de las libertades¹.

Dañosidad que hoy se entiende concretada en lo que se denominan bienes jurídicos, de forma que los hechos punibles deben representar un grave riesgo o lesión de ese bien jurídico.

Hoy en día, por el contrario, se ha de partir de que una conducta sólo puede prohibirse con una pena cuando resulta del todo incompatible con los presupuestos de una vida en común pacífica,

¹ ANTÓN ONECA, José. Los fines de las penas según los penalistas de la Ilustración. In: ANTÓN ONECA, José. **Obras**. España: Rubinzal-Culzoni, 2000. p. 148.

libre y materialmente asegurada. Tal incompatibilidad resulta ya a primera vista evidente en los delitos clásicos, como son el asesinato, las lesiones, el hurto o la estafa. Si fuera posible matar o lesionar a otro, privarle de sus bienes o enriquecerse mediante engaño a costa del patrimonio ajeno, la vida en comunidad estaría excluida de principio, pues su consecuencia sería una lucha sin cuartel de todos contra todos, el hacerse justicia por sí mismo, la anarquía y una amenazadora inseguridad².

Y esa protección de bienes jurídicos se realiza mediante el establecimiento de una responsabilidad por la puesta en práctica de los hechos prohibidos, con la atribución de determinadas consecuencias por el delito: lo que en este momento denominamos penas y medidas de seguridad. El delito, como hemos visto, constituye el origen de la imposición de una sanción a su autor. Esta infracción penal se presenta por tanto como el antecedente necesario de la condena por los tribunales de Justicia a una pena de la clase que sea. Naturalmente las penas privativas de libertad pueden considerarse las más graves por afectar a un bien jurídico y Derecho Fundamental tanpreciado como la libertad del ser humano. En todo caso puede señalarse que la tendencia desde el punto de vista de las ideas penales y penitenciarias es en la dirección de la limitación del uso del encarcelamiento como recurso penal. Desde el punto de vista de la gravedad de las penas de privación de libertad y sus posibles consecuencias sobre la persona y entorno se alude a la prisión como última medida o a una política penal reduccionista. En este sentido se esgrimen tanto estrategias de las llamadas puertas abiertas como de puertas cerradas. En ellas se integrarían aspectos concernientes a la descriminalización, limitaciones en las penas previstas y en el uso de la prisión preventiva, la mayor previsión y empleo efectivo de penas

² ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Kalus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Barcelona: Ariel Derecho, 1989. p. 21.

alternativas, o el favorecimiento de diversas medidas de excarcelación anticipada³.

2 LA RACIONALIDAD DE LA FUNCIÓN PENAL Y LA LEY

En nuestro sistema de cultura jurídica existe una vinculación íntima y necesaria entre el sistema penal y la Ley. De manera que se entiende que exclusivamente resulta legítima la sanción penal sobre la base de una auténtica ley que establezca el fundamento (la conducta señalada como delictiva) y la derivación o sanción preparada por la misma Ley ante ese quebrantamiento legal. Se forma así una unión indisociable entre existencia de ley y legitimidad como también contenido de la reacción penal. Vinculación que responde a un contexto de cultura jurídico penal y jurídico político en el que se asienta nuestro marco de sanciones penales a pesar de toda la evolución y cambios de todo tipo que sin duda han sufrido nuestras sociedades en los dos últimos siglos. Contexto que en última instancia responde a la defensa de la libertad y garantías del ciudadano que forma parte de la sociedad y que puede responder ante la misma por sus hechos pero siempre con los presupuestos de la Ley.

El siglo XVIII, en el que a su final o comienzos del siguiente verá nacer los sistemas penitenciarios, viene cargado de crítica social contra el abuso de poder manifestado en el uso del *ius puniendi* contra la libertad del ciudadano⁴. El sistema penal es puesto en cuestión especialmente en Francia por los pensadores de la ilustración con participación intensa de

³ VAN ZYL SMIT, Smit; SNACKEN, Sonja. **Principios de derecho y política penitenciaria europea:** penología y derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 149.

⁴ MATA y MARTÍN, Ricardo M. **Fundamentos del sistema penitenciario.** Madrid: Tecnos, 2016. p. 124.

la opinión pública⁵. Con la obra no estrictamente penal de Montesquieu se sientan las bases para el futuro desarrollo del pensamiento penal ilustrado en sus reflexiones sobre la sociedad política, particularmente con la admisión de fines preventivos para las penas y la declaración de la necesaria reforma de la leyes penales pues “la libertad del ciudadano depende principalmente de buenas leyes criminales”⁶. Con la llegada del pensamiento penal de la ilustración se produce un giro trascendental en la orientación del sistema penal. Junto a la crítica al sistema penal de Antiguo Régimen se irá formulando un programa de reformas que irá desarrollándose en las distintas legislaciones⁷. En realidad se propone una radical transformación de un Derecho y Proceso penal que no sólo se entendía injusto, sino también ineficaz, lento y con falta de atención a la humanidad en su aplicación. Será Voltaire el que mediante los comentarios a procesos penales célebres de la segunda mitad del siglo XVIII conseguirá atraer la atención de la opinión pública. Este filósofo se manifestará especialmente contrario a los usos y las normas del proceso penal lleno de contradicciones y sin garantías que conducirán a lo que considera graves errores judiciales denunciados ante el público. Pero también hará referencia a la necesidad de restricción de la cárcel para determinados casos y nunca por más tiempo del estrictamente conveniente⁸.

⁵ CASTÁN, Nicole. Du grand renfermement à la Révolution. In: PETIT, Jacques-Guy; CASTAN, Nicole; FAUGERON, Claude; PIERRE, Michel; ZYSBERG, André. **Histoire des galères, bagnes et Prisons (XIII^e–XX^e siècles)**: introduction à l'histoire pénale de la France. Toulouse: Bibliothèque Historique Privat, 1991. p. 60.

⁶ RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. El derecho penal de la Ilustración. In: ALVARADO PLANAS, Javier; SERRANO MAILLO, Alfonso (coord.). **Estudios de historia de las ciencias criminales en España**. Madrid: Dykinson, 2007. p. 43.

⁷ ANTÓN ONECA, José. Los fines de las penas según los penalistas de la Ilustración. In: ANTÓN ONECA, José. **Obras**. España: Rubinzal-Culzoni, 2000. p. 147.

⁸ RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. **La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española**. Madrid: Dykinson, 2013. p. 90.

En este contexto de ascendente preocupación por los temas penales en la segunda mitad del siglo XVIII aparecerá una obra señera para la historia del Derecho penal. En 1764 había publicado Beccaria su *Dei delitti e delle pene* que se extenderá rápidamente por toda Europa. Como expresión del nuevo pensamiento penal se ha entendido esta obra de Cesare Bonnesana (Marqués de Beccaria). Pueden destacarse, especialmente para nuestro tema, entre los distintos puntos de lo que cabe entender como el programa penal de la ilustración, lo que hace referencia al papel de la Ley en el sistema penal. Frente al cúmulo y multiplicación incesante de normas penales procedentes de momentos históricos muy variados y alejados –lo que producía una gran incerteza, incluso sobre su vigencia, y desconocimiento, la ilustración proclamará la necesidad de pocas y claras leyes, lo que conducirá a las ideas de legalidad penal y de codificación. “¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas”⁹.

Solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social. Ningún Magistrado (que es parte de la sociedad) puede justamente infligir penas contra otro miembro de la sociedad... una pena aumentada más allá del límite fijado por las leyes es la pena justa más otra pena; por tanto, un Magistrado no puede bajo ningún pretexto de celo o de bien público aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente¹⁰.

En definitiva el pensamiento penal de la Ilustración y, en consecuencia, el liberalismo que se extendía por suelo europeo en la primera mitad del siglo XIX, se opusieron a las diversas formas de actuación que ponían en riesgo la libertad del ciudadano, como el arbitrio judicial a la hora de interpretar y aplicar la ley penal, la falta de garantías procesales

⁹ BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**. Barcelona: Ediciones Orbis:1984. p.112.

¹⁰ *Ibid.*, p. 47.

o la discrecionalidad de la autoridades penales y penitenciarias como en los casos de detenciones arbitrarias, promoviendo las instituciones que afirmaban esas garantías como la división de poderes, el principio de legalidad o las libertades civiles, que se irán recogiendo sucesivamente en las distintas Constituciones y Códigos penales¹¹.

3 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y PENITENCIARIO

Podemos pensar sin desacierto que las ideas que conciernen al principio de legalidad es posible rastrearlas en muchos momentos de la historia, pero no es menos cierto que de una forma general y sistemática el principio cobra mayor significado con el movimiento de la Ilustración en la segunda mitad del siglo XVIII. El liberalismo que ha arrancado en esta etapa se enfrenta al absolutismo político también desde la perspectiva del Derecho penal tratando de afirmar la libertad del ciudadano mediante las garantías que procedente del principio de legalidad. Así el ciudadano de debe contar con la posibilidad de conocer previamente la existencia de una conducta prohibida penalmente y también la respuesta penal para la misma. Sólo mediante la existencia de estas previsiones y otras que deben acompañar a la ley penal es posible preservar la libertad de ciudadano. La libertad es un valor en alza para este momento y debe ser protegido frente a la inseguridad creada por un Estado de arbitrio judicial y administrativo en la configuración de infracciones y de sanciones. El principio de legalidad, con el conjunto de exigencias que conlleva, se presenta así como el instrumento jurídico-político que tutela la libertad de acción social del individuo.

¹¹ ALVARADO PLANAS, Javier. El derecho penitenciario: de la Ilustración al liberalismo. In: ALVARADO PLANAS, Javier (coord.). **Historia del derecho penitenciario**. España: Dykinson, 2019. p. 69-82.

En el genérico principio de legalidad en materia penal se incluye la llamada garantía ejecutiva. A las garantías criminal, penal y jurisdiccional se suma esta garantía penitenciaria o ejecutiva que se corresponde con ejecución de las condenas impuestas a los autores de hechos delictivos. La vigencia del principio de legalidad en el contexto de la ejecución de penas de prisión en primer lugar excluye la admisión de conductas arbitrarias en un ámbito especialmente sensible en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de las personas, en ese momento privadas jurídicamente de libertad. Pero además la extensión del mencionado principio al sistema penitenciario reclama el respeto a la Ley en la ejecución de las penas que tiene encomendadas. Y no puede ser de otra manera pues, en realidad, la previa condena y aplicación posterior de la pena únicamente encuentra legitimidad y fundamento en el Ordenamiento Jurídico¹². La vigencia del principio de legalidad en el momento de la ejecución de la pena de prisión significa que la vida en prisión, en los aspectos fundamentales, está presidida por el respeto a las normas. Naturalmente la vida en prisión no se agota con lo previsto en la Ley, pero el respeto al sistema legal durante la ejecución de la privación de libertad implica que la misma no puede ser reconocible o comprensible sin su referencia a las disposiciones legales.

Admitidas la exclusión de arbitrariedad y la necesidad de respeto a las normas, la dificultad estriba en determinar de forma más precisa las consecuencias de la aplicación del principio de legalidad al sistema de ejecución de las penas privativas de libertad. Es decir señalar los presupuestos del principio, su recogida en el sistema jurídico español, las consecuencias fundamentales que para el cumplimiento de las penas privativas de libertad trae el principio de legalidad, así como algunas particulares consideraciones respecto a su aplicación en el sistema penitenciario vigente.

¹² BUENO ARÚS, Francisco. **El sistema penitenciario español**. España: Ministerio de Justicia, 1967. p. 49.
“Sólo en el Derecho y por el Derecho cobran sentido y justificación las limitaciones que se imponen a la libertad del condenado”.

La importancia del respeto al principio de legalidad resulta máxima, pues afecta a la legitimidad misma del sistema. FERRAJOLI¹³ pone de manifiesto la íntima vinculación entre la racionalidad atribuida al sistema penal y su legitimación. “Su fundamentación racional, aun en el variar de los criterios de racionalidad, ha sido invariablemente considerada equivalente a su justificación ético-política; mientras su irracionalidad ha sido siempre, por el contrario, equiparada al despotismo y al abuso de poder. Al mismo tiempo, su rígida disciplina jurídica, mediante técnicas específicas de limitación y de legitimación legal, se ha revelado como la principal garantía de la racionalidad y de la justificación del poder de castigar, de prohibir y de juzgar”. Como se puede apreciar del texto anterior la racionalidad del sistema penal tiene que ver en buena medida con sus límites y garantías. De ahí el papel fundamental de estas garantías en la legitimación del mismo sistema, con un espacio destacado para el principio de legalidad. En ese sentido podría afirmarse, como lo hace NAUCKE¹⁴, que el principio de legalidad es la Constitución, de contenido limitado, del derecho criminal. Con todo ello, y de acuerdo a lo que vamos a señalar a continuación, el principio de legalidad puede entenderse como limitador de facultades punitivas pero al mismo tiempo como fundamento del sistema penal.

Las exigencias derivadas del principio de legalidad se aplican en lo que concierne a la conducta delictiva, a la pena a ella vinculada, a la necesidad de proceso y a la forma de ejecución de la pena. Son lo que se conoce, y que ya hemos mencionado, respectivamente, como garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución. Como es evidente las cuatro consecuencias señaladas para el principio de legalidad no se pueden cumplir si en la base de todas ellas

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2005. p. 21.

¹⁴ NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. In: ARGO TORRES, Miguel Ángel del. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 546.

no se encuentra una ley formal. La ley estricta, escrita, previa y cierta presuponen necesariamente la existencia de una ley que reúna todas estas características. Es la reserva de ley propia del derecho penal, pues solo ella se concibe en nuestro sistema jurídico-cultural como fuente creadora de delitos y de penas, así como norma determinadora de la función de ejecución de las penas privativas de libertad. Efectivamente la apreciación del principio, sus rasgos y coherencia debe contemplarse desde la perspectiva totalizadora del sistema penal. Ahí tienen cabida necesariamente las condiciones para el establecimiento del hecho infractor y su sanción, así como la declaración de responsabilidad por los Tribunales, pero igualmente se debe integrar coherentemente lo relativo a las normas e instituciones de ejecución: “sólo puede hablarse de un determinado sistema de legalidad penal cuando se conoce el sistema de enjuiciamiento y el sistema de ejecución de las sanciones penales”¹⁵. En realidad, como muestra el principio de legalidad, la norma de ejecución (Derecho penitenciario) tiene como presupuesto y debe integrarse en el total sistema penal¹⁶. No puede ser de otra manera que el sistema de sanciones esté integrado por tres tipos de normas que atienden a momentos distintos pero necesariamente armoniosos, las normas que prevén inicialmente las sanciones de forma genérica, las que se refieren a su determinación para el caso concreto enjuiciado y, finalmente las que se refieren a la ejecución de las mismas. Todos esos momentos y las normas de referencia hacen mención a “aspectos determinantes del contenido material un sistema de sanciones”¹⁷.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible? In: MORALES ROMERO, Marta Muñoz. **El derecho penal de la Unión Europea**: situación actual y perspectivas de futuro. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007. p. 70.

¹⁶ MATA y MARTÍN, R.M. La pena y su ejecución: la integración del derecho penitenciario en el sistema penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 145, p. 367-394, jul. 2018.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Política criminal y persona**. Buenos Aires: Ad-Hoc 2000. p. 113.

4 LOS CONTENIDOS DE LA LEY PENITENCIARIA

Como el conjunto del sistema penal, la fase de ejecución de las penas privativas de libertad se asienta en su fundamentación en la ley y en su respeto al contenido predeterminado también por ella¹⁸. Esto hace que los espacios dedicados al cumplimiento de las penas de prisión estén vinculados a las normas y que una vez juridificado este ámbito se establezca una relación jurídica con derechos y deberes entre las partes: los internos de los centros penitenciarios y la Administración penitenciaria encargada de esta función. El sentido de la necesidad de la Ley para lo que respecta a la ejecución de las penas de privación de libertad es común o semejante para los diversos sistemas que cada país instaura. Pero naturalmente los contenidos pueden ser diversos a la hora de articular el legislador un concreto sistema de ejecución. En nuestro caso nos servimos para la ejemplificación de los propuesto del sistema penitenciario español que es el que más hemos estudiado.

La vigencia del principio de legalidad en la ejecución de estas penas hace necesario que la ley establezca las líneas fundamentales de esta materia y sus contenidos. La Ley debe articular el sistema por el cual se va a llevar a cabo el cumplimiento de una pena privativa de libertad. En esta ejecución penal podemos destacar los derechos y deberes que afectan a todo interno, los aspectos básicos relativos al tratamiento o intervención penitenciaria o régimen de vida que se aplican durante la ejecución. En relación a todo ello parece necesario que la Ley penitenciaria contenga un catálogo más completo que el actual de derechos y deberes

¹⁸ Respecto al principio de legalidad en la ejecución y sus implicaciones, MATA y MARTÍN, R. El principio de legalidad en el ámbito penitenciario. **Revista General de Derecho Penal**, España, n. 14, nov. 2010.

de los internos¹⁹. Por ello es también ineludible recoger en la misma Ley los criterios generales de separación y clasificación de los internos en los centros penitenciarios. La clasificación en grados o situaciones penitenciarias y sus correspondientes regímenes de vida también deben incorporar los criterios propios de cada clasificación y las condiciones más sobresalientes de cada uno de los regímenes o formas de desarrollo de la vida en prisión, con mayores detalles y cautelas en la medida en que comporten más restricciones. De esta forma resulta ineludible la fijación de las condiciones básicas del régimen penitenciario y las distintas alternativas del mismo hoy previstas alguna de ellas reglamentariamente²⁰. Y naturalmente los criterios básicos que hacen posible que al interno se le sitúe en cada una de las alternativas penitenciarias posibles.

Deben incorporarse estos contenidos mínimos de cada uno de los regímenes y no tanto su correspondencia estricta con un tipo de establecimiento como sucede en la Ley española actual y que en la práctica no respeta la más extendida arquitectura penitenciaria que ha ido evolucionando. Igualmente sucede con el principio de flexibilidad en la clasificación y los contenidos penitenciarios asignados a un interno, una de las alternativas en el sistema español, hoy previsto en el Reglamento Penitenciario pero cuya aplicación actual entraña dudas e incertidumbre, en parte facilitadas por su ausencia en las previsiones de la Ley penitenciaria.

Entre los contenidos de obligada presencia en la Ley sobre la base de las garantías del principio de legalidad estaría la existencia de un régimen disciplinario con los aspectos más relevantes de su procedimiento así como el catálogo de infracciones y sanciones. Debe

¹⁹ Como indica BUENO ARÚS en relación al Reglamento Penitenciario de 1981, pero que también tiene que establecerse en la propia Ley de forma más precisa. BUENO ARÚS, Francisco. La reforma de la ley y el reglamento penitenciarios. **Eguzkilore**: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n. 7, p. 38, 1993.

²⁰ Al respecto CAROU GARCÍA, Sara. **Primer grado penitenciario y Estado de Derecho**: el estatus jurídico de los reclusos en régimen de máxima seguridad. España: J. M. Bosch, 2017. p. 155.

por tanto superarse la anómala situación actual en la que el catálogo de infracciones se encuentra todavía localizado en la parte que pervive del anterior Reglamento penitenciario de 1981. En el ámbito del tratamiento deben incorporarse, también desde este punto de vista, las distintas posibilidades y programas más relevantes en la intervención penitenciaria para su aplicación en el periodo de ejecución de la pena. También el posible empleo de medios telemáticos de control en distintas situaciones como permisos o tercer grado hace necesario su recepción en la misma Ley. Como han indicado anteriormente otros autores la inclusión de internos en determinados ficheros de datos requiere su regulación en norma con rango de Ley²¹.

5 ALGUNOS USOS Y DESVIACIONES DEL PRINCIPIO DE SOMETIMIENTO A LA LEY DE LA EJECUCIÓN PENAL

5.1 Aplicación de instrumentos no normativos

Hemos indicado ya como la vigencia del principio de legalidad en el momento de la ejecución de la pena de prisión significa que la vida en prisión, en los aspectos fundamentales, está presidida por el respeto a las normas. Esa significación jurídica de la privación penal de libertad llega hasta alcanzar una dimensión constitucional. De manera que las garantías constitucionales suponen la reserva de ley en materia de ejecución de penas privativas de libertad. En un primer término temporal el Tribunal Constitucional español declaró la reserva absoluta de Ley para el conjunto de la materia penal: “en el ámbito penal estricto, en el que nos movemos

²¹ LEGANÉS GÓMEZ, Santiago. **La prisión abierta**: nuevo régimen jurídico. España: Edisofer, 2013. p. 98.; También ANDRÉS LASO, Antonio. **La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria**: orígenes, evolución y futuro. España: Ministerio del Interior, 2015. p. 440.

en el presente supuesto, debe implicar la reserva absoluta de Ley” (STC 118/1992 de 16 de septiembre). Pero posteriormente se llegó a una garantía cualificada a través de las Leyes Orgánicas. La reserva de Ley se transformó en una reserva reforzada para lo relacionado con las penas privativas de libertad (Ley Orgánica): “existe reserva constitucional en favor de la Ley Orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1, en relación con el art. 17.1 C.E., respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad” (STC 118/1992 de 16 de septiembre).

De esta manera se establece una reserva de Ley para todos los contenidos básicos/fundamentales vinculados a la ejecución de las penas privativas de libertad. La Ley monopoliza los contenidos fundamentales necesarios para la ejecución de las penas privativas de libertad. Todo lo básico debe encontrarse previsto en la Ley. Existe una auténtica reserva de Ley (Orgánica) conforme a nuestro sistema constitucional de acuerdo a la cual estos contenidos nucleares no pueden estar ausentes de la Ley y no es suficiente con que estén presentes en otras normas o instrumentos administrativos. Es decir que las disposiciones de la Ley no pueden ser contradichas por otras normas o instrumentos administrativos de gestión u organización. Incluso podríamos indicar que respecto a los contenidos establecidos deben introducirse elementos suficientes para su garantía, desarrollo y aplicación en la propia Ley penitenciaria.

También la relevancia constitucional de la ejecución de las penas privativas de libertad alcanza a la configuración de las relaciones jurídico-penitenciarias²². En un principio se adoptó la teoría de las relaciones de sujeción especial como posible fórmula de introducir ciertas espacialidades para la vigencia del principio de legalidad. Así la STC 2/1987 de 21 de enero se plantean posibles conculcaciones de la finalidad de las penas y de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, de las garantías en el procedimiento sancionador y del principio de legalidad:

²² MATA y MARTÍN, R. El principio de legalidad en el ámbito penitenciario. **Revista General de Derecho Penal**, España, n. 14, p. 21, nov. 2010.

“en el seno de una relación de sujeción especial, como es la de los internos en establecimientos penitenciarios. En estos casos la reserva de Ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias que puedan derivar de una determinada conducta. El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su “autoridad” sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución”. Podía quedar con ello en una cierta penumbra la plena vigencia de los Derecho Fundamental en prisión. Sin embargo se puede entender que se produce una cierta reorientación del Tribunal Constitucional con la STC 61/1990 de 29 de marzo en la que se declara, ya sin ambages, la plena vinculación de las relaciones especiales de sujeción al principio de legalidad y derechos fundamentales afectados.

En la actualidad se pueden plantear algunos supuestos de regulaciones problemáticas en su vinculación o relación con la misma Ley. Por ejemplo “la aplicación de limitaciones regimentales por razones de seguridad y orden del establecimiento origina una importante

controversia jurídica. Y es que, en la práctica en el caso español, el art. 75.1 RP se traduce en la existencia de un tipo de aislamiento al margen de los regulados en la Ley penitenciaria (LOGP –aislamiento propio del primer grado, aislamiento como sanción disciplinaria y aislamiento como medio coercitivo–, que, si bien puede tener mejores condiciones en cuanto a horas de patio o posibilidad de participar en actividades tratamentales, dependiendo de lo que el Director del Centro determine, también puede llegar y de hecho llega, a ser idéntico al impuesto por sanción o en concepto de medio coercitivo. Pero todo ello sin aplicación del sistema de garantías previsto para estos casos y completamente al margen de los procedimientos establecidos en la LOGP para los mismos.

En este contexto es en el que queremos analizar el empleo de instrumentos no normativos de autorganización, valiéndonos de algunos supuestos de la experiencia española. Por eso podemos decir que un instrumento de autorganización, no normativo, que desborda las previsiones de la Ley y Reglamento penitenciarios no resulta legítimo desde el punto de vista del Estado de Derecho y de la posición del sistema penitenciario en el sistema penal integral. Tales Instrumentos únicamente resultan legítimos para establecer o coordinar aspectos necesarios para el funcionamiento interno de los centros o servicios pero no para crear situaciones diversas a las legalmente reconocidas. De forma que no debe existir nada básico o fundamental en otras disposiciones sin que previamente se haya producido una previsión legal al respecto. Incluso el Reglamento penitenciario puede desarrollar, no crear, situaciones fundamentales no previstas en la ley o modificar las ya incorporadas a la Ley.

Nos podemos encontrar con una diversidad de situaciones heterodoxas, con posibles variantes de los excesos de la Administración penitenciaria con el empleo de instrumentos de autorganización. De manera que podemos advertir que el exceso proviene de incluir en estos instrumentos restricciones no previstas legalmente, como sucedió con

la Instrucción 21/1996 que introducía determinadas precisiones para colectivos de internos peligrosos. Después de anteriores vicisitudes la situación creada con la mencionada Instrucción fue analizada en la STS 2555/2009 de 17 de marzo. La misma dejó claro que la actividad de autoorganización de la Administración Penitenciaria “no pueden traspasar el umbral del funcionamiento del servicio y adentrarse en la regulación de los derechos y deberes”. También que con la regulación creada por la Instrucción “se excede del cometido y finalidad de los denominados reglamentos administrativos o de organización para adentrarse en el ámbito reservado a la ley y a sus reglamentos ejecutivos”.

Para este caso en el que el Alto Tribunal analiza si el empleo de estos instrumentos administrativos respeta el campo que le son propios,

el TS determina de forma novedosa tres aspectos fundamentales: considera que la Instrucción 21/1996 regula la restricción de derechos para un colectivo de internos concreto, que con ello, trasciende la finalidad de los reglamentos meramente administrativos, y que, por todo ello, su categoría jurídica no se adecúa a la relevancia de su contenido, infringiendo la reserva de ley²³.

Tras la Sentencia la actuación de reforma normativa se quedó a medias, sin llegar a abordar el problema real que es su necesidad de una originaria configuración y apoyo legal de las restricciones.

Sin embargo, el resultado normativo sigue sin ser del todo satisfactorio. Los nuevos arts.6.4 y 65.2 RP crean una habilitación

²³ SOLAR CALVO, María del Puerto. Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial: por un necesario cambio de paradigma. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, v. 72, p. 777-809, p. 247, jan. 2019.

reglamentaria para la nueva Instrucción 12/2011 que, sin embargo, tal y como concluyó el TS, debiera tener rango legal²⁴.

Puede también entenderse como un exceso, cuando el mecanismo interno de la Administración Penitenciaria va más allá de lo previsto en las normas penitenciarias, por ejemplo, si los contenidos creados se desconectan o escapan a la letra o al sentido de modelo de ejecución penal establecido en la Ley. Esto parece haber sucedido con la nueva ahora Instrucción 6/2020 de 17 de diciembre sobre Protocolo de acceso directo al medio abierto, creando situaciones penitenciarias al margen del modelo de ejecución previsto legal y reglamentariamente. La misma puede entenderse como una regulación carente del soporte base, por no acomodarse al sistema de ejecución de las penas privativas de libertad previsto en la Ley, no partiendo del mismo, sino desarrollándose al margen de las previsiones legales. Se crean situaciones penitenciarias novedosas sin articulación con las previsiones de la Ley y ni siquiera del Reglamento. Incluso, como veremos más adelante en este trabajo, introduciendo contenidos contrarios a lo establecido en la Ley y Reglamento penitenciarios.

5.2 Dejar morir la Ley por inanición

Nos encontramos en un momento, en especial referencia al supuesto español, en el que se omite toda referencia a los posibles cambios o aprobación de una ley penitenciaria. Pero por otra parte se constata que ciertas iniciativas reglamentarias, simples Instrucciones internas o decisiones de política penitenciaria la Ley penitenciaria poco tienen que ver con ella. En realidad la propia Ley asiste al tráfico abultado

²⁴ SOLAR CALVO, María del Puerto. Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial: por un necesario cambio de paradigma. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, v. 72, p. 796, jan. 2019.

de decisiones penitenciarias actuales como una convidada de piedra. Es cierto que con la porosidad de esta norma y su distancia de la situación penitenciaria del presente se facilita ese orillamiento de la misma Ley. Aun contando con esa falta de correspondencia con los momentos actuales, no deja de ser notorio que algunas decisiones se apartan del sistema de “individualización científica” que rige la ejecución penal. En este estado de cosas la decisión tácita de no abordar la reforma legislativa en materia penitenciaria permite un campo amplio de decisiones, en algunos casos sin anclaje efectivo en la ley por más que se esfuercen en demostrar su vinculación con la misma.

Puede servir de ejemplo el caso español. Como se ha indicado desde muy dispares puntos de vista se percibe la oportunidad, ya no aplazable, de renovar la normativa penitenciaria en España que establece el cómo de la vida en prisión. Necesidad bien relevante puesto que afecta a la privación de libertad, uno de esos aspectos de la vida de las personas y Derecho Fundamental que marcan decisivamente el buen hacer del poder público y la sociedad a la que sirve. Pese a la pluralidad y diversidad de perspectivas que integran esta tarea reformadora, sin embargo, todas ellas convergen en cuanto a los fines que deben perseguirse con esta reelaboración normativa, la de servir en mayor y mejor medida a la reinserción social de los condenados, al más efectivo cumplimiento de las penas de privación de libertad, así como a la convivencia y seguridad en los Centros Penitenciarios. De forma que la coherencia de la misma viene establecida por el reforzamiento, de acuerdo a la situación actual, del Estado Social y Democrático de Derecho que preside nuestra forma de convivencia.

Todas las situaciones penitenciarias posibles responden a un esquema general en el que existen distintas fases o momentos articulados entre sí que dan lugar a un posible recorrido en la ejecución de la pena que suponga un avance en las condiciones de reclusión sucesivamente más próximas a las propias de la vida en libertad. Y ello con independencia de

que la regulación concreta –en nuestro caso, el sistema de individualización científica- no haga necesario recorrer todas las fases ni exista un tiempo predeterminado de estas distintas etapas que pretenden marcar esa evolución favorable hacia la vuelta a la vida en libertad. Estas fases se denominan grados de clasificación penitenciaria que proporciona unas determinadas condiciones de vida. Por esa relevancia máxima los criterios de clasificación y los contenidos mínimos de los distintos regímenes de vida que origina la clasificación penitenciaria deben incorporarse sin dilación a la Ley. Además la fuerte expansión del principio de flexibilidad penitenciaria en los últimos años sin criterio aparente –posibilidad además no prevista en la Ley, sino únicamente en el Reglamento Penitenciario- potencia facilitar soluciones a casos especiales, pero también puede originar situaciones no justificadas, desajustando los elementos del modelo de ejecución. Del mismo modo este principio debe contar con respaldo legal y acompañarse de las suficientes garantías en su aplicación. Los aspectos procesales y una mejor definición de las competencias del Juez de vigilancia Penitenciaria llevan esperando su regulación desde la aprobación de la Ley vigente en el año 1979. No debería dejarse pasar una nueva oportunidad para su articulación.

Como pone de relieve la historia en el contexto penitenciario, el mismo siempre ha sido propicio en la aparición de nuevas formas de actuación, a incorporaciones para la mejora en la ejecución de las penas privativas de libertad. También en la actualidad se producen intervenciones que aportan de manera singular alguna iniciativa en la función principal de preparación para la vida en libertad sin delito. Algunas de estas experiencias que representan pasos significativos en las mejoras de las condiciones de vida o en las intervenciones dirigidas a la reinserción social de los condenados parece conveniente que, en sus referencias más elementales, pasen al articulado de la Ley penitenciaria. Así sucede con la incidencia creciente de los Módulos de Respeto que permiten un afianzamiento de los internos con mayor motivación y disposición. También la participación

de numerosos tipos de asociaciones o entidades de la sociedad en las actividades de los centros penitenciarios y en el exterior, que suponen un punto de apoyo de extraordinario valor en el recorrido hacia la libertad de los penados. Lo mismo resulta aplicable para los también cada vez más extendidos programas de resolución pacífica de situaciones conflictivas entre los propios internos del sistema penitenciario.

La atención específica a la salud mental debe ser una línea de actuación estable y creciente, dada la sobrerrepresentación de la misma en la población penitenciaria y su incidencia real en las dificultades para el logro de la reinserción, objetivo que puede verse favorecido con la asunción por la Ley penitenciaria de esta atención específica. Por otra parte se ha destacado la necesidad de atender las necesidades específicas de las mujeres encarceladas y de evitar que su menor número tenga como consecuencia unas peores condiciones de vida o de oportunidades reales, mediante una intervención penitenciaria adaptada a las carencias en este sector, que a través del oportuno respaldo legal y reglamentario pueda verse reforzada.

Hemos venido señalando el desinterés por formular una auténtica reforma penitenciaria en el contexto presente. Podemos tener la tentación de pensar que esta ausencia práctica de la ley en las actuaciones penitenciarias permite abordar problemas y solucionar fácticamente sin tener que atender a los enredosos y fastidiosos requisitos o garantías de la ley. Y en algún caso singular puede parecer afortunado. Pero, sin embargo, desde este punto de vista tampoco se alcanza a entender a razón por la que no se aborda la reforma precisamente para atender de manera más efectiva los problemas actuales del sistema penitenciario. Y ello con objetividad, igualdad y respeto a las garantías del ciudadano condenado. De otra manera podemos estar facilitando un despotismo ilustrado penitenciario que en algún momento puntual parece permitir alcanzar éxitos y en otros -no sabemos cuántos- permite tomar decisiones importantes sin apoyo legal.

Si, por ejemplo, se quiere abordar una reforma integral o amplia del régimen de semilibertad –para impulsarlo- (tarea que merece un aplauso), pero no se piensa en la necesidad de un adecuado soporte legal para ello, y quién sabe si ni siquiera reglamentario, se produce un déficit fundamental no sólo de carácter formal. Puede resultar desolador constatar esta falta de vinculación con la ley a la vez que reveladora de semejante forma de actuar por quienes ostentan la responsabilidad de respetar los derechos y obligaciones de los internos, de la función social penitenciaria y de los Derechos Fundamentales de los afectados. Desde los pensadores de la Ilustración se manifestó la Ley como expresión de la voluntad general de la sociedad, como también en las modernas sociedades democráticas manifiesta el acuerdo o la representación social de las decisiones que, de distintas maneras, afectan a todos. La Ley debería permitir el más amplio debate y las aportaciones de muchos para lograr el sistema más eficaz, garantista y con el mayor respaldo social. Pese a las evidentes dificultades no es posible dar por sentado la imposibilidad del mismo y se precisa dar una oportunidad al diálogo y a la contribución plural al diseño de las mejores soluciones posibles.

6 A MODO DE CONCLUSIONES: LOS EFECTOS DE LA EXISTENCIA DE UNA BUENA LEY PENITENCIARIA

Las consecuencias del principio de legalidad se dirigen a los distintos poderes, lo que redundará en garantía de la libertad del ciudadano, al evitarse el monopolio del poder desde una única instancia estableciéndose un sistema de contrapesos entre los poderes. Para lo que respecta a la aplicación del principio de legalidad en el ámbito penitenciario también se produce una implicación de los tres poderes de una forma peculiar

debido a la intervención de la Administración Penitenciaria. Al poder legislativo le obliga a configurar, mediante la ley, unas penas y un sistema de cumplimiento de tales penas privativas de libertad cierto y conocido suficientemente. En el caso del poder Judicial conlleva la aplicación de un sistema basado en la Ley, sobre la que deberá adoptar sus decisiones de acuerdo a los criterios constitucionales aplicables, los parámetros jurídicos penales y penitenciarios y los métodos de interpretación consolidados, sin posible recurso a la analogía, retroactividad o normas no escritas. Para el ejecutivo, que mediante la Administración penitenciaria se encarga de la función de cumplimiento de la pena de prisión, le supone el respeto al sistema legal de ejecución de tales penas. La compleja naturaleza de la función penitenciaria hace que todos los aspectos relacionados con el principio de legalidad le sean aplicables en su puesta en práctica por la Administración Penitenciaria-Poder Ejecutivo. Y no son óbice para ello las posibles alternativas –legítimas– de política penitenciaria que pueden llevarse a cabo dentro del marco normativo establecido. En la medida en la que dispone de un limitado poder de creación de normas, éstas, además de su carácter subordinado o a la ley, deben reunir las notas de normas escritas y determinadas, en cuanto poder al que se adscribe la ejecución penitenciaria con una aplicación no retroactiva, cierta y estable.

Como vemos las obligaciones que puedan derivarse de la aplicación del principio de legalidad al sistema penitenciario pueden serlo tanto para el legislador como para el poder Judicial y, finalmente, para la Administración penitenciaria como rectora del sistema de ejecución de las penas privativas de libertad. Esto último es lo que en realidad nos interesa para el tema que queremos tratar. Por ello vamos a mencionar sucintamente aquellas consecuencias que parecen derivarse para el poder ejecutivo, léase Administración penitenciaria, como resultado del principio de legalidad en su versión de ejecución de penas. La existencia y formulación del principio de legalidad supone el establecimiento y

aceptación de una vinculación del poder público en su actuación con la Ley. Por eso indica HASSEMER²⁵ que en esas limitaciones a la intervención del Estado que implica el principio, la doctrina penal se ha esmerado en desarrollar el contenido del mismo frente a la amenaza representada por el poder ejecutivo.

En este ámbito es preciso adquirir la conciencia de lo que representa la función penitenciaria en el contexto del Estado de Derecho y del principio de división de poderes. La pena, como se ha ido viendo, a pesar de su carácter decisivo en esta fase, no se puede fundamentar de manera aislada en su fase de ejecución. Y es que “en las materias abarcadas por una reserva de ley, este principio de la separación absoluta de poderes mantiene todo su vigor”²⁶. De manera que el sistema penitenciario en su funcionamiento y organización deja ver el grado de respeto a la legislación penitenciaria y al conjunto del sistema penal. En su aplicación práctica puede comprobarse la coherencia del total sistema penal y la realización de cada uno de los elementos de la ejecución conforme a su sentido para que en mayor medida puedan alcanzarse los objetivos de reinserción social a de los penados.

²⁵ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. España: Bosch, 1984. p. 313.

²⁶ MADRID CONESA, Fulgencio. **La legalidad del delito**. Valencia: Universidad de Valencia, 1983. p. 38.

REFERENCIAS

ALVARADO PLANAS, Javier. El derecho penitenciario: de la Ilustración al liberalismo. *In*: ALVARADO PLANAS, Javier (coord.). **Historia del derecho penitenciario**. España: Dykinson, 2019. p. 69-82.

ANDRÉS LASO, Antonio. **La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria**: orígenes, evolución y futuro. España: Ministerio del Interior, 2015.

ANTÓN ONECA, José. Los fines de las penas según los penalistas de la Ilustración. *In*: ANTÓN ONECA, José. **Obras**. España: Rubinzal-Culzoni, 2000.

BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**. Barcelona: Ediciones Orbis:1984.

BUENO ARÚS, Francisco. **El sistema penitenciario español**. España: Ministerio de Justicia, 1967.

BUENO ARÚS, Francisco. La reforma de la ley y el reglamento penitenciarios. **Eguzkilore**: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n. 7, p. 29-40, 1993.

CAROU GARCÍA, Sara. **Primer grado penitenciario y Estado de Derecho**: el estatus jurídico de los reclusos en régimen de máxima seguridad. España: J. M. Bosch, 2017.

CASTÁN, Nicole. Du grand renfermement à la Révolution. *In*: PETIT, Jacques-Guy; CASTAN, Nicole; FAUGERON, Claude; PIERRE, Michel; ZYSBERG, André. **Histoire des galères, bagnes et Prisons (XIII^e –**

XX^e siècles): introduction à l'histoire pénale de la France. Toulouse: Bibliothèque Historique Privat, 1991. p. 45-77.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. España: Bosch, 1984.

LEGANÉS GÓMEZ, Santiago. **La prisión abierta**: nuevo régimen jurídico. España: Edisofer, 2013.

MADRID CONESA, Fulgencio. **La legalidad del delito**. Valencia: Universidad de Valencia, 1983.

MATA y MARTÍN, Ricardo M. El principio de legalidad en el ámbito penitenciario. **Revista General de Derecho Penal**, Madrid, n. 14, nov. 2010.

MATA y MARTÍN, Ricardo M. **Fundamentos del sistema penitenciario**. Madrid: Tecnos, 2016.

MATA y MARTÍN, Ricardo M. La pena y su ejecución: la integración del derecho penitenciario en el sistema penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 145, p. 367-394. jul. 2018.

NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. In: ARGO TORRES, Miguel Ángel del. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000. p. 531-550.

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. El derecho penal de la Ilustración. In: ALVARADO PLANAS, Javier; SERRANO MAILLO, Alfonso (coord.). **Estudios de historia de las ciencias criminales en España**. Madrid: Dykinson, 2007. p. 43-68.

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. **La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española**. Madrid: Dykinson, 2013.

ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Kalus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Política criminal y persona**. Buenos Aires: Ad-Hoc 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?". In: MORALES ROMERO, Marta Muñoz. **El derecho penal de la Unión Europea**: situación actual y perspectivas de futuro. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2007. p. 69-86.

SOLAR CALVO, María del Puerto. Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial: por un necesario cambio de paradigma. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Espanha, v. 72, p. 777-809, jan. 2019.

VAN ZYL SMIT, Smit; SNACKEN, Sonja. **Principios de derecho y política penitenciaria europea**: penología y derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

CAPÍTULO 2

PENAS DE PRISIÓN DE LARGA DURACIÓN Y BUENA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

ALFONSO ORTEGA MATESANZ*

SUMARIO

1 La “crisis” de la prisión y las penas de larga duración. 2 En contra de las penas largas de prisión y la prisión perpetua. 3 Prisión de larga duración y buenas prácticas penitenciarias; 3.1 Principales problemas que plantean en sede penitenciaria las condenas de larga duración. Algunas recomendaciones; 3.1.1 Sobrepoblación penitenciaria; 3.1.2 Ancianidad en las prisiones; 3.1.3 El centro de destino y la segregación de los reclusos; 3.1.4 Contactos con el medio exterior en prisión; 3.1.5 Reinserción social y tratamiento. 4 A modo de conclusión. Referencias.

* Doctor en Derecho. Profesor Asociado en la Universidad de Valladolid (España).



1 LA “CRISIS” DE LA PRISIÓN Y LAS PENAS DE LARGA DURACIÓN¹

A pesar de sus grandes inconvenientes, se considera que la pena de prisión es todavía hoy necesaria en la lucha contra la criminalidad media y grave, especialmente por razones de prevención general². Pero distinta de esa necesidad, desde luego, es el uso abusivo de la prisión de larga duración, denunciado por distintas organizaciones internacionales como las Naciones Unidas o el Consejo de Europa, que se viene observando desde hace ya un tiempo, y con visos de que no vaya a disminuir al menos a corto plazo, en no pocas jurisdicciones.

A juicio de CERVELLÓ DONDERIS³, “tanto la prisión perpetua como cualquier pena de larga duración son actualmente uno de los mayores problemas del sistema punitivo actual”. Estas formas de reclusión plantean enormes desafíos a los sistemas penales y penitenciarios, hasta afectar incluso a la sostenibilidad misma de aquellos sistemas basados en el encarcelamiento prolongado. En la medida en que no se reduzca la aplicación de las penas de prisión largas, es probable que los problemas se multipliquen. Frente al preocupante abuso de la prisión de larga duración, es fundamental contar con una buena administración penitenciaria, que considere adecuadamente que el fin principal de la ejecución es la reinserción social, a la que no puede renunciarse en ningún caso —menos aún con los condenados a penas de duración extensa—, pues ello tendría consecuencias muy negativas, no sólo en el ámbito penitenciario, sino para todo el conjunto del sistema penal, y que respete plenamente los

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del disfrute de una ayuda de movilidad para el Personal de Investigación de la Universidad de Valladolid («MOVILIDAD INVESTIGADORES E INVESTIGADORAS UVA-BANCO SANTANDER 2023»).

² GALLEGÓ DÍAZ, Manuel. El debate en torno a la pena de prisión y la cadena perpetua. **Razón y Fe**, v. 260, n. 1329-1330, p. 51-52, jul./ago. 2009. p. 57.

³ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. **Prisión perpetua y de larga duración**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 11.

derechos de las personas privadas de libertad, garantizando un trato digno y humano a los condenados, sin abusos ni arbitrariedades.

2 EN CONTRA DE LAS PENAS LARGAS DE PRISIÓN Y LA PRISIÓN PERPETUA

El internamiento prolongado puede ocasionar un daño psicosocial grave y duradero, que persistirá incluso mucho tiempo después de que el preso recupere la libertad⁴. Las investigaciones realizadas en el ámbito criminológico apuntan a que los tiempos de encarcelamiento muy dilatados, superiores a los quince años de reclusión efectiva, provocan trastornos irreparables en la personalidad humana⁵; de manera que, si atendemos a ello, someter a alguien a un tiempo de reclusión que exceda de dicho plazo podría ser constitutivo de un trato inhumano y degradante, por los efectos desmoralizantes que ejerce sobre el recluso. Aunque su origen es multifactorial, se ha relacionado el mayor nivel de prisionización con la duración más extensa de la condena⁶.

Por otra parte, pese a invocarse a menudo en su defensa, no está demostrado empíricamente que estas penas tengan un potencial disuasorio superior al de otro tipo de sanciones menos severas, y en detrimento suyo juega también que la imposición de penas de prisión de larga duración, como efecto derivado, provoca, entre otras consecuencias, un aumento de la población carcelaria, lo que se puede traducir, a su vez, en nuevos problemas (sobrepoblación, hacinamiento y posible insalubridad por falta de espacio y de recursos para el aseo personal,

⁴VAN ZYL SMIT, Dirk; SNACKEN, Sonja, **Principios de derecho y política penitenciaria europea: penología y derechos humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 139.

⁵Lo refiere, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Las consecuencias jurídicas del delito**. 5. ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 82-83.

⁶Por todos, VAN ZYL SMIT, Dirk; SNACKEN, Sonja, **Principios de derecho y política penitenciaria europea: penología y derechos humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 98.

ausencia de intimidad, ancianidad en las prisiones, aumento de costes económicos, etc.).

Una de las críticas principales que reciben prisión perpetua y de larga duración apunta a que con ellas no hay reinserción social posible. Una pena demasiado larga (y qué decir si hablásemos de la cadena perpetua) puede llegar a excluir totalmente el fin específico de la ejecución, que no es otro que la prevención especial positiva (la resocialización o reintegración)⁷. Según opina MAPELLI CAFFARENA⁸

ni la prisión perpetua, ni las penas de larga duración pueden tener cabida en un sistema penitenciario orientado a la resocialización, que aspira ante todo a crear unas expectativas para una futura incorporación pacífica a la sociedad.

Una pena que segregue por completo al individuo de la sociedad es inútil, tanto para el propio condenado como a los efectos de la prevención general, y no puede perseguir otra finalidad más allá de la pura inocuización⁹, convirtiendo a la prisión en un mero depósito de criminales. Estas penas no ofrecen una oportunidad real de rehabilitación y conducirán fácilmente a la desesperanza del recluso y a un completo desinterés de las instituciones en su recuperación. En contra de la prevención especial positiva, las penas privativas de la libertad largas pueden producir una muy alta desocialización de los condenados. E incluso, los sentenciados a este tipo de penas son muchas veces reclusos conflictivos, con comportamientos agresivos hacia sí mismos y hacia

⁷LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Medición de la pena y substitutivos penales**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979. p. 86.

⁸MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Las consecuencias jurídicas del delito**. 5. ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 81.

⁹En la opinión de LUZÓN PEÑA, las penas pueden ser también demasiado largas a los efectos de la prevención especial negativa, "puesto que en la vida de cualquier persona llega un momento en que materialmente deja de ser criminalmente peligroso". LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Medición de la pena y substitutivos penales**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979. p. 86.

los demás, porque saben que su situación, hagan lo que hagan, no va a mejorar¹⁰. Algunos autores, además, no descartan posibles efectos criminógenos asociados a las penas de magnitudes temporales excesivas.

A nuestro parecer, estas penas no son la mejor solución para abordar la criminalidad y convendría buscar alternativas más efectivas y humanitarias, porque tampoco sirven a la resocialización¹¹. En este sentido, de acuerdo con MATA y MARTÍN¹², no puede admitir duda que

la primera atención debe prestarse a las previsiones del Código penal para las penas de privación de libertad. Su contenido fundamental, el recurso ponderado y no excesivo a las mismas dentro del conjunto de recursos penales, así como la necesaria proporcionalidad en su extensión para cada uno de los supuestos deben ser extremos atendidos por el legislador.

Aun así, ni la falta de eficacia preventiva ni su muy dudosa compatibilidad con la finalidad reintegradora de la pena privativa de libertad han llevado a renunciar para las formas de criminalidad más graves (o teóricamente más graves) a las penas privativas de libertad de larga duración o a la prisión perpetua¹³. Siendo de esta forma, sólo resta la intervención de la administración penitenciaria.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella. **Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico**, Madri, n. 11, p. 299, 1. semestre 2012.

¹¹ Desde la perspectiva penitenciaria, MAPELLI CAFFARENA recomienda eliminar estas penas porque, según dice, no llegan nunca a cumplirse materialmente. MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Las consecuencias jurídicas del delito**. 5. ed. Madri: Civitas, 2011. p. 84.

¹² MATA y MARTÍN, Ricardo M. ¿Qué podemos decir de la reforma penitenciaria?. In: ANDRÉS LASO, Antonio (coord.). **La necesaria reforma penitenciaria**. Granada: Comares, 2021. p. 205.

¹³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y a la política criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 14.

3 PRISIÓN DE LARGA DURACIÓN Y BUENAS PRÁCTICAS PENITENCIARIAS

Hace ya un tiempo que T. PETERS¹⁴ afirmó que “la búsqueda de alternativas para la privación de libertad de media y larga duración es el nuevo desafío de la Penología”. Por larga duración entendemos las penas de quince o más años, entre las cuales, ciertamente, tendría cabida la cadena perpetua, por ser esta una pena cuyo término final no se conoce en el momento de su imposición y que puede extenderse hasta el final de la vida del condenado. Además, si es posible su revisión, entre los países que fijan condiciones más favorables para ello, esta no suele permitirse antes de cumplidos alrededor de quince años de prisión (en algunos casos, aunque los menos, se fija un mínimo de diez o doce años). Ello no impide, sin embargo, que algunas recomendaciones a la administración penitenciaria —de carácter general, no refiriéndonos a ningún sistema en concreto— que se incluyan entre estas páginas no puedan ser extendidas a los condenados a privación de libertad por un tiempo inferior a lo que hemos señalado¹⁵.

La existencia de penas de larga duración plantea un conjunto de retos muy significativos a los sistemas penitenciarios, que deben encontrar formas adecuadas de manejar y supervisar a los reclusos, garantizar la seguridad tanto de los internos como del personal penitenciario y diseñar programas de reinserción y rehabilitación adecuados a largo plazo, sin

¹⁴ PETERS, Tony. Internamiento en prisión en Europa: datos y comentarios a partir del ejemplo de la política penal y penitenciaria belga. **Eguzkilore**: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 2, p. 220, out. 1989.

¹⁵ La Recomendación Rec(2003)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la gestión por parte de la administración penitenciaria de las cadenas perpetuas y otras penas de larga duración, equipara las penas de prisión de cinco o más años con la cadena perpetua, lo cual puede parecer algo excesivo. Sin embargo, destaca que ello puede resultar favorable en distintos sentidos, RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. Estándares europeos sobre la cadena perpetua y su ejecución. **La Ley Penal**, Madrid, n. 139, p. 3, jul./ago. 2019.

descuidar intervenciones específicas. Incluso allí donde los condenados a penas de prisión prolongadas constituyen una proporción relativamente pequeña del total de los reclusos, estos consumen una ingente cantidad de recursos en lo que respecta a cuestiones organizativas y administrativas, como bien señala COYLE¹⁶. También al nivel económico, los costes de mantener un sistema que recurra de forma desmedida al encarcelamiento prolongado pueden ser muy destacables, representando una carga muy importante para los presupuestos estatales o regionales (gastos en cuanto a infraestructuras, personal, programas de reinserción, seguridad y otros servicios imprescindibles). La administración debe gestionar de manera eficiente sus recursos, que a menudo son escasos, y asegurar que el presupuesto asignado sea adecuado para cubrir todas las necesidades existentes.

Entre los efectos desocializadores del encarcelamiento a largo plazo se incluye el riesgo de institucionalización, que los reclusos sufran problemas psicológicos (entre ellos, la pérdida de autoestima) y un deterioro evidente de sus habilidades sociales. Tal y como afirman MAPELLI CAFFARENA/ALDERETE LOBO¹⁷, “la falta de horizonte puede producir graves problemas sensoriales y derivar en daños irreversibles cuando se trata de internamientos de larga duración”. Los efectos negativos de la prisión y la institucionalización se intensifican a medida que la duración del encarcelamiento se prolonga, razón por la cual estos reclusos merecen una atención especial por parte de la administración penitenciaria¹⁸. La pérdida de autonomía y de responsabilidad que se experimenta en general en la cárcel es sufrida con mayor intensidad por estos sujetos que se enfrentan a sentencias extensas. Una forma adecuada

¹⁶ COYLE, Andrew. **La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos**: manual para el personal penitenciario. 2. ed. Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2009. p. 151.

¹⁷ ALDERETE LOBO, Rubén Adrián; MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Manual regional de buenas prácticas penitenciarias**. Madrid: AIDEF, 2015. p. 77.

¹⁸ DÜNKEL, Frieder; SNACKEN, Sonja. **Les prisons en Europe**. Paris: L'Harmattan, 2005. p. 62.

de mitigarlo es permitiendo, potenciando, mejor dicho, que los internos se involucren lo máximo posible en su proceso de reinserción.

En términos de gestión y tratamiento penitenciario surgen algunas cuestiones problemáticas determinadas. A los reclusos se les debe mantener en buen estado físico y psíquico, debiendo proporcionárseles oportunidades de formación, trabajo y educación. Para los condenados a penas largas, la programación de actividades y la orientación debe ser más intensa y cuidadosa, con el propósito de minimizar los efectos desocializadores de la condena. Además, se une que muchos prisioneros con condenas prolongadas presentan un cúmulo de problemas, a los que no puede dejarse de prestar atención (alcoholismo, drogadicción, etc.), y que provienen en su mayoría de los estratos más bajos de la sociedad¹⁹, por lo que pueden presentar algunos déficits importantes a nivel educativo y en sus habilidades sociales, por ejemplo. La falta de un horizonte temporal claro, la incertidumbre sobre la duración de la condena y la posibilidad de una liberación condicional, especialmente en las penas perpetuas, puede tener efectos negativos en los prisioneros, quienes habitualmente experimentarán sentimientos de desesperanza y una fuerte desmotivación.

Según COYLE²⁰,

los problemas más importantes para el manejo de reclusos condenados a cadena perpetua y penas prolongadas procederán del potencial daño para su bienestar mental, como consecuencia de la magnitud de sus condenas o de la incertidumbre sobre la fecha de su puesta en libertad.

¹⁹ MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión**: una evaluación crítica. Buenos Aires: Ediar, 2003.

²⁰ COYLE, Andrew. **La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos**: manual para el personal penitenciario. 2. ed. Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2009. p. 152.

Y añade que, para tratar de paliarlo, “los administradores penitenciarios deberán ayudar a estos reclusos a planificar sus sentencias, de tal modo que no pierdan su sentido de dignidad y eviten los peligros de la institucionalización”.

Corresponde a la Administración emplear estrategias de afrontamiento coherentes, entre las que, por descontado, se debe incluir el tratamiento individualizado de los reclusos y el diseño, y posterior implementación eficaz, de programas de tratamiento específicos para estos condenados, dirigidos fundamentalmente a contrarrestar los efectos del encarcelamiento prolongado y proporcionar apoyo y motivación a los reclusos, en especial desde el plano psicológico. Muchos condenados hablan de suicidio o expresan preferir la pena de muerte en lugar de pasar toda una vida en prisión. La separación de sus familias, sumada en muchas ocasiones a una pérdida de contacto progresiva, que puede derivar en un total aislamiento, también puede tener una repercusión muy negativa sobre la salud mental del penado. Debe procurarse asimismo que los internos adquieran habilidades sociales para compensar posibles deficiencias o carencias en este sentido y que reciban una formación educativa y laboral, que aumente sus posibilidades de encontrar trabajo en el futuro, para que su reintegración a la sociedad sea lo más satisfactoria posible.

Según el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (conocido por sus siglas CPT, abreviatura que emplearemos desde ahora en alusión al mismo) son dos los problemas fundamentales que plantea el aumento de los reclusos sentenciados a penas de larga duración. En primer lugar, tiene un impacto, que califica como muy evidente, en cuanto al hacinamiento en las prisiones; y segundo, el régimen aplicado a estos prisioneros no siempre es adecuado en cuanto a las condiciones materiales de la detención, de actividades regimentales ofrecidas o las oportunidades de contacto humano. Destaca, además, el CPT la imposición generalizada de

restricciones especiales que exacerban los efectos del encarcelamiento a largo plazo, como la separación permanente del resto de los presos, la práctica de esposarles cuando están fuera de sus celdas, la prohibición de comunicarse con los demás internos y la limitación del derecho a recibir visitas²¹. En algunas de sus visitas a distintos países ha constatado “que la situación de numerosos reclusos dejaba mucho que desear en términos de condiciones materiales, actividades y posibilidades de contacto humano”²².

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, por su parte, se ha mostrado especialmente dinámico a la hora de desarrollar recomendaciones para el tratamiento y la gestión de reclusos con condenas de por vida o de larga duración. Destacan, así, la Resolución (76) 2 sobre tratamiento de presos de larga duración, y la Recomendación Rec(2003)23 sobre la gestión por parte de la administración penitenciaria de las cadenas perpetuas y otras penas de larga duración.

3.1 Principales problemas que plantean en sede penitenciaria las condenas de larga duración. Algunas recomendaciones

3.1.1 Sobrepoblación penitenciaria

Aunque se han ofrecido distintas explicaciones para ello, la existencia, y sobre todo el aumento, de presos condenados a penas de larga duración es uno de los factores que contribuyen al fenómeno de la sobreocupación de las instalaciones carcelarias. A consecuencia de estas sentencias, dado que los reos no serán liberados en un plazo breve (ni medio), las prisiones permanecerán ocupadas por periodos más prolongados.

²¹ COUNCIL OF EUROPE. **11th general report on the CPT's activities**: European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT): covering the period 1 January to 31 December 2000. Strasbourg: Council of Europe, 2001. §33.

²² *Ibid.*, §33.

La sobreocupación lleva añadidos algunos problemas (incluyendo cuestiones sanitarias, sobrecostes económicos, una vigilancia más difícil por el personal, etc.) entre los cuales destaca, de manera muy significativa, el posible hacinamiento en las prisiones. La falta de espacio y de privacidad puede hacer, además, que aumente la tensión y el estrés entre los internos, resultando de ello posibles conflictos dentro de las prisiones. Los reclusos que se encuentran en cárceles masificadas suelen manifestar que se sienten más estresados e inseguros.

En ocasiones los reclusos tienen que compartir obligatoriamente celda. Esta solución es una forma parcial de resolver el problema, con el que no se acabará a largo plazo. Es recomendable que los reclusos estén alojados en celdas individuales, salvo que, por una razón fundada, se estime que es preferible que convivan con otros internos, pues ello contribuirá a su bienestar y a la protección de su intimidad, permitiendo a su vez que se sientan más seguros. Por lo demás, las celdas tienen que satisfacer de manera razonable la privacidad, contar con un espacio suficiente y cumplir unas condiciones mínimas de higiene y salud²³.

PETERS²⁴ ha sostenido que frente al desafío de la sobrepoblación carcelaria son interesantes medidas “como las vacaciones y permisos penitenciarios y la liberación condicional”. La solución a este problema de la superpoblación no pasa por un aumento de la capacidad de las cárceles ni por la construcción de nuevas prisiones, puesto que si se mantiene en iguales niveles el uso de la prisión pronto se ocuparán las nuevas plazas, sino por su humanización, mediante el establecimiento de condiciones dignas, y su modernización, garantizando asimismo entornos más seguros tanto para los internos como para el personal²⁵.

²³ DRENKHAHN, Kirstin. Las penas de larga duración y los derechos humanos: conclusiones de un estudio internacional. *Revista de estudios de la justicia*, Berlin, n. 23, p. 119 y ss, 2. semestre 2015.

²⁴ PETERS, Tony. Internamiento en prisión en Europa: datos y comentarios a partir del ejemplo de la política penal y penitenciaria belga. *Eguzkilore*: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 2, p. 219-220, out. 1989.

²⁵ De esta forma, la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de octubre de 2017, sobre condiciones y sistemas penitenciarios (2015/2062(INI)).

Se sugiere razonablemente, en esa línea de Peters, potenciar el uso de instrumentos penales y penitenciarios que ayuden a mitigar los perjuicios de la prisión y, al mismo tiempo, faciliten un acercamiento gradual del interno al medio social al que ha de retornar²⁶. Creemos que la mejor solución frente a este problema pasaría por un mayor recurso a la liberación condicional o anticipada, máxime si se tiene en cuenta, como señalan DÜNKEL/SNACKEN²⁷, que en algunos estudios se ha apreciado que ésta “es una medida de reinserción más eficaz que la ejecución íntegra de la pena”. Por supuesto, no deben rechazarse, por su importancia en orden a la preparación del retorno a la sociedad, los permisos (concedidos desde el inicio y de forma regular) ni una potenciación del medio abierto.

3.1.2 Ancianidad en las prisiones

Los adultos mayores en prisión son un colectivo vulnerable. Los condenados a larga duración enfrentarán probablemente el envejecimiento en prisión (dependiendo, claro, de circunstancias como la edad en el momento de su condena y de la duración de ésta). Los problemas que se aprecian respecto de este tipo de reclusos están relacionados con la separación de sus familiares y su posible aislamiento social, así como con un deterioro físico, destacando especialmente la pérdida de movilidad, y mental²⁸. La población de edad elevada tendrá generalmente mayores necesidades médicas y más complejas.

La resocialización de este grupo de sujetos es difícil debido a la escasez de oportunidades laborales que encontrarán después de cumplir su condena. Cuando salgan de prisión tras haber permanecido durante

²⁶ LACAL CUENCA, Pedro; SOLAR CALVO, Maria del Puerto. ¿Qué hacemos con las condenas largas?: propuestas penitenciarias para minimizar el populismo punitivo. **Revista General de Derecho Penal**, Madrid, n. 31, p. 4. 2019.

²⁷ DÜNKEL, Frieder; SNACKEN, Sonja. **Les prisons en Europe**. Paris: L'Harmattan, 2005. p. 40.

²⁸ ALDERETE LOBO, Rubén Adrián; MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Manual regional de buenas prácticas penitenciarias**. Madrid: AIDEF, 2015. p. 283.

largos años recluidos, en muchos casos no tendrán con quienes volver, pues habrán perdido todo el contacto con sus familias. El apoyo emocional y financiero de la familia es esencial para lograr el objetivo de la reinserción social; en este sentido, dificultar los contactos con el exterior durante el cumplimiento de la condena sólo hará que estas personas se sientan solas y abandonadas, y piensen que no importan a nadie.

La vulnerabilidad de este colectivo merece ser atendida y abordada de manera apropiada en el sistema penitenciario. Esto incluye brindar la atención médica y psicológica adecuada, afianzar un entorno seguro y accesible para su movilidad limitada en muchos casos, y facilitar oportunidades para mantener el contacto con sus parientes o familiares.

Por lo tanto, es esencial prestar una especial atención a los problemas de tipo social y médico que presentan los reclusos de avanzada edad. Ello, “puede implicar la previsión de todo un abanico de instalaciones para abordar los problemas derivados de la falta de movilidad o del inicio del deterioro mental”²⁹. Asimismo, exige también contar con un personal especializado (médicos, trabajadores sociales, psicólogos), que esté capacitado para atender las necesidades específicas de este colectivo³⁰.

3.1.3 El centro de destino y la segregación de los reclusos

El centro de destino puede tener un papel determinante para lograr la reinserción social de los condenados. Es importante tanto el lugar (la ubicación geográfica) del centro penitenciario como el tipo de establecimiento en el que los sentenciados habrán de cumplir

²⁹ Tal y como se señala en el Comentario del Consejo de Europa a la Recomendación R(2006)2 del Comité de Ministros a los estados miembros sobre las normas penitenciarias europeas. CONSEJO DE EUROPA. **Documentos de trabajo:** comentario a las normas penitenciarias europeas. Catalunya: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2010. p. 45.

³⁰ ALDERETE LOBO, Rubén Adrián; MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Manual regional de buenas prácticas penitenciarias.** Madrid: AIDEF, 2015. p. 283.

sus responsabilidades. Conscientes de lo que puede significar, las recomendaciones internacionales (así, por ejemplo, las Reglas Mandela de las Naciones Unidas o las Reglas Penitenciarias Europeas³¹) abogan por que se asigne a los internos a establecimientos cercanos a sus hogares y familias o a su medio de reinserción social.

A la hora de tomar cualquier decisión sobre la asignación de los reclusos, es necesario evaluar cuidadosamente todos los factores que se vean involucrados: los aspectos que pueden ser más favorables para el proceso reinsertador (por ejemplo, la existencia de programas específicos en algunos centros) y las posibles contraindicaciones asociadas a las diferentes opciones existentes. Hay que tener en cuenta también que la lejanía del centro penitenciario respecto del lugar en el que los permisos de salida se disfrutarán puede afectar a la posibilidad de su concesión³².

A menudo, los condenados a cadena perpetua y penas extremadamente largas son tratados con mayor severidad que otros reclusos, se les separa del resto de internos y son aislados. Ello va en contra de lo dispuesto por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos de 2015 (Reglas Nelson Mandela), cuya regla 3 establece que el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos inherentes a la prisión.

La segregación en muchos casos no viene fundada en preocupaciones de seguridad ni en los riesgos individuales que representa el preso, sino que simplemente es una consecuencia (automática) del tipo de condena. Se recurre incluso al aislamiento en celda prolongado

³¹ Recommendation Rec(2006)2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rule. Esas normas fueron revisadas en 2020 (se indica la referencia al documento actualizado).

³² RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional. In: LÓPEZ LORCA, Beatriz (coord.). **Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 341.

(hasta diez años en muchos casos, según dice COYLE³³), pese a que sus efectos, reconocidamente, son muy negativos para la salud de las personas, justificando la adopción de tal medida en que estamos ante reclusos peligrosos. La regla 45.1 de las Reglas Mandela dispone que el aislamiento “no se impondrá a un recluso en virtud de su condena”. El recurso indiscriminado a estas medidas va en contra de los principios de trato digno y humano hacia los internos.

La segregación debe considerarse una medida excepcional, a emplear sólo tras una evaluación individual de la situación y si ello está justificado, y no como una práctica común ni generalizada. En lugar del aislamiento, han de promoverse programas y tratamientos que coadyuven a la rehabilitación y reintegración de los reclusos en la sociedad. Definitivamente, la administración penitenciaria tiene que tomar decisiones informadas y apoyadas en evaluaciones individualizadas, con el fin de evitar medidas segregativas injustificadas y asegurar, dedicando a ello sus mayores energías, un mejor entorno para lograr la reinserción social.

a. Aplicación indiscriminada de restricciones de distinto tipo

En muchos casos, sobre la base de una peligrosidad que se presume en todos los sujetos condenados a penas largas o perpetuas, se adoptan de forma automática e indiscriminadamente restricciones y medidas de seguridad de distinto tipo, dando lugar a (graves) limitaciones de algunos derechos fundamentales. Sin embargo, como bien señala el CPT, la aplicación generalizada de estas medidas restrictivas no está justificada “sin tener debidamente en cuenta el riesgo que puedan o no suponer”³⁴. La medida más grave pasa por la segregación y el aislamiento

³³ COYLE, Andrew. **La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos**: manual para el personal penitenciario. 2. ed. Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2009. p. 151.

³⁴ COUNCIL OF EUROPE. **11th general report on the CPT's activities**: European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT): covering the period 1 january to 31 december 2000. Strasbourg: Council of Europe, 2001. §33.

total del condenado, respecto de lo cual hemos dicho ya algo y nada más añadiremos.

El mero hecho de que sean personas condenadas a largas penas, a veces sin haber cometido previamente otros delitos, no implica que su conducta en prisión vaya a ser inadecuada o violenta. En muchas ocasiones, la percepción de que son sujetos peligrosos carece de un fundamento real. Por ejemplo, los condenados a cadena perpetua no suelen presentar más problemas de conducta inadecuada que otros grupos de reclusos, e incluso suelen tener historiales disciplinarios mucho mejores que los condenados a periodos más cortos de prisión. Además, muchos de ellos son personas mayores en comparación con el resto de la población reclusa y contribuyen a menudo a la estabilización del ambiente dentro de prisión³⁵.

El Consejo de Europa reconoce también que “los reclusos con condenas largas no son necesariamente peligrosos y el régimen aplicable a los reclusos peligrosos no se les debería hacer extensivo”³⁶. Las medidas de seguridad deberían aplicarse en función de la evaluación del riesgo individual, en lugar de imponerse de una manera generalizada y sin ningún tipo de evaluación sobre la peligrosidad individual de cada recluso.

Y aun en el caso de que tales medidas se estimen necesarias, deben adoptarse por el menor tiempo posible, de la forma menos aflictiva posible y venir acompañadas de actuaciones que contrarresten los efectos desocializadores del encarcelamiento a largo plazo (en esta misma dirección, el CPT habla de “compensar estos efectos de un modo positivo y previsor”). En la Resolución (76) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, encontramos la misma recomendación: que “sólo

³⁵ COYLE, Andrew. **La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos**: manual para el personal penitenciario. 2. ed. Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2009. p. 152.

³⁶ CONSEJO DE EUROPA. **Documentos de trabajo**: comentario a las normas penitenciarias europeas. Catalunya: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2010. p. 57 (en el comentario a la norma 53).

apliquen medidas de seguridad estrictas en los lugares en que realmente se encuentren detenidos reclusos peligrosos”.

Por otro lado, es cierto que puede haber reclusos condenados a cadena perpetua o penas prolongadas de alto riesgo. Podrían suponer una amenaza real para el resto de los detenidos y para los funcionarios, al igual que para sí mismos (peligro de autolesionarse, por ejemplo). Sin embargo, esto no significa que no deban ser tratados de una manera humana, al tiempo que se garantice la seguridad de los demás (y de ellos mismos). Con un tratamiento humanitario e intervenciones específicas, su peligrosidad podrá reducirse. El enfoque no debe ser represivo, sino proactivo y dinámico. Las intervenciones sobre estos condenados podrán ayudar a que adquieran habilidades y perspectivas positivas, brindándoles la oportunidad de cambiar su comportamiento y actitud, lo que resultará beneficioso para ellos y para el entorno penitenciario. En cualquier caso, si fuera necesario adoptar algún tipo de medida represiva, habrían de valorarse las opciones disponibles para aplicar la menos lesiva y por el tiempo imprescindible, tratando con ello de proteger al interno, a los demás reclusos y al personal de la prisión.

3.1.4 Contactos con el medio exterior en prisión

Una condena de larga duración no debería implicar la pérdida del contacto con el mundo exterior. Todos los reclusos tienen derecho a dichos contactos, y es una obligación de las autoridades penitenciarias crear y garantizar condiciones que les permitan mantenerlos de la mejor forma posible³⁷. Otra razón para permitir estos contactos reside en que “los demás familiares (cónyuges, hijos, etc.) tengan derecho a relacionarse

³⁷ CONSEJO DE EUROPA. **Documentos de trabajo**: comentario a las normas penitenciarias europeas. Catalunya: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2010. (norma 24).

con el pariente encarcelado”³⁸. Los contactos son vitales para lograr la reinserción social, más todavía en estos casos de condenas largas.

De acuerdo con RODRÍGUEZ YAGÜE³⁹,

uno de los aspectos que más deben ser tenidos en cuenta en el diseño de las actuaciones dirigidas a contrarrestar, cuando no minimizar, el impacto de las condenas de larga duración y las penas perpetuas es el de facilitar el contacto con la pareja y la familia. Por el contrario, el largo tiempo en prisión puede fácilmente deteriorar, si no destruir, los vínculos familiares, esenciales para la estabilidad mental del interno y para su futuro pronóstico de reinserción.

Sin embargo, en ocasiones, como bien recuerdan VAN ZYL SMIT/SNACKEN⁴⁰, algunas autoridades judiciales y administrativas han considerado que la restricción de este derecho podría estar justificada con el fin de prevenir desórdenes o evitar la comisión de delitos.

Han de hacerse esfuerzos especiales para prevenir la ruptura de los lazos familiares, especialmente cuando los reclusos tienen hijos de corta edad. La administración debe facilitar el contacto con familiares y amigos, permitir que sean frecuentes y que se desarrollen con la máxima privacidad posible. Si por razones de seguridad tuvieran que limitarse, no hay que renunciar a ellos, sino, como acertadamente propone la Recomendación Rec(2003)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, acompañarlos de medidas de seguridad razonables (v. gr., la vigilancia de la correspondencia y los registros antes y después de las visitas).

³⁸ COYLE, Andrew. **La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos**: manual para el personal penitenciario. 2. ed. Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2009. p. 154.

³⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. **La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 29.

⁴⁰ VAN ZYL SMIT, Dirk; SNACKEN, Sonja, **Principios de derecho y política penitenciaria europea**: penología y derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 361.

La regla general debe ser facilitar dichos contactos con la familia o la pareja, pues estos servirán para contrarrestar el efecto negativo que puede tener el encarcelamiento sobre los vínculos familiares (y matrimoniales, en su caso) y la estabilidad mental del recluso. Ahora bien, en circunstancias excepcionales (como cuando exista un grave riesgo de seguridad o porque esté contraindicado para la salud mental del condenado, por ejemplo), podría estar justificada la restricción de los contactos, pero esa medida debería ser proporcionada y limitada en el tiempo, no una forma de castigo arbitraria ni una manera de aislar al recluso. En el caso de que se pueda ver afectada la salud mental del interno, debe contarse con la opinión de un médico antes de tomarse cualquier decisión administrativa. Lo que está claro es que las limitaciones de los contactos (en su número y en su forma) no pueden adoptarse por el único hecho de que una persona haya sido condenada por la comisión de un delito más o menos grave, o a más o menos años de prisión.

El CPT ha señalado en alguna ocasión que “también es muy importante para los presos mantener un contacto razonable con el mundo exterior”. Y lo justifica del siguiente modo:

sobre todo, un preso debe tener los medios para salvaguardar sus relaciones con la familia y con los amigos cercanos. El principio a seguir debería ser el fomento del contacto con el mundo exterior; cualquier limitación de dicho contacto se debería basar exclusivamente en temas de seguridad de naturaleza apreciable o en consideraciones acerca de los medios existentes⁴¹.

El derecho a dichos contactos incluye las visitas. Las llamadas telefónicas no son un paliativo suficiente y no deberían sustituir a

⁴¹ COUNCIL OF EUROPE. **11th general report on the CPT's activities**: European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT): covering the period 1 January to 31 December 2000. Strasbourg: Council of Europe, 2001. §51.

aquellas⁴². Por otra parte, debería garantizarse adecuadamente la privacidad de las visitas, pudiendo restringirse estas solamente, y de una manera proporcionada, si ello fuera necesario por razones de seguridad. La falta de privacidad puede llevar a que no se hable libremente de cuestiones familiares o de temas comprometidos. En muchos casos, las visitas se realizan incluso en presencia del personal de seguridad, quien controla en todo momento lo que sucede y lo que se habla. Las condiciones en las que se realizan las visitas pueden afectar muy negativamente tanto al preso como a sus familiares, en especial a los hijos pequeños del interno⁴³. En algunos países se permiten visitas largas con las familias (de hasta 48 horas, como en Dinamarca o Francia), durante las cuales familiares y presos “tienen la oportunidad de experimentar la vida en familia, cosa que no es posible en las visitas breves de una o dos horas en una ruidosa sala de visitas”⁴⁴.

El CPT ha propuesto ciertas soluciones, sin duda interesantes, para tratar de solventar algunas de las dificultades detectadas y que las diversas circunstancias afecten lo menos posible a las relaciones familiares del interno, como la acumulación de visitas; de tal forma que, así, sin necesidad de tantos desplazamientos, podría mantenerse el contacto efectivo durante un tiempo más prolongado⁴⁵.

⁴² VAN ZYL SMIT, Dirk; SNACKEN, Sonja, **Principios de derecho y política penitenciaria europea: penología y derechos humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 344.

⁴³ *Ibid.*, p. 362.

⁴⁴ DRENKHAHN, Kirstin. Las penas de larga duración y los derechos humanos: conclusiones de un estudio internacional. **Revista de estudios de la justicia**, Berlin, n. 23, p. 107–144, 2. semestre 2015. p. 142.

⁴⁵ Concretamente, señala lo siguiente: “El CPT desea enfatizar en este contexto la necesidad de una mayor flexibilidad en lo que concierne a la aplicación de las normas, de las visitas y de los contactos telefónicos de los presos cuyas familias viven lejos (haciendo por ello impracticables las visitas regulares). Por ejemplo, a dichos presos se les debería permitir acumular las horas de visita y/o se les debería ofrecer mejores posibilidades de contactos telefónicos con sus familias”. COUNCIL OF EUROPE. **2nd General report on the CPT's activities**: European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT): covering the period 1 january to 31 december 1991. Strasbourg: Council of Europe, 1991. §51.

Los costes económicos elevados dificultan los contactos. En este sentido, sería interesante rebajar los costes que suponen realizar o recibir llamadas telefónicas desde prisión. La privatización de los servicios de comunicaciones llevará comúnmente a que las compañías que los controlan cobren elevadas tarifas, inasequibles para muchos internos y sus familias, por lo que debería ser evitada. Por otra parte, es importante aprovechar de manera adecuada las posibilidades que ofrece la tecnología para mejorar las comunicaciones (videollamadas, verbigracia). Estas herramientas pueden facilitar el contacto entre el interno y sus parientes o amigos y no tienen por qué suponer una amenaza para la seguridad.

En cualquier caso, es fundamental asegurarse de que estas alternativas no sustituyan a las visitas presenciales, sino que deberían complementarse, tratando de hacer los contactos más regulares, ante el riesgo de una desvinculación real del reo de su entorno más inmediato.

3.1.5 Reinserción social y tratamiento

Las condenas de larga duración pueden comprometer el objetivo resocializador que debe presidir la ejecución de la privación de libertad⁴⁶. En orden a lograr una reintegración efectiva a la sociedad, es fundamental preparar progresivamente a los reclusos para su liberación y brindarles el apoyo y el acompañamiento necesario a lo largo de las distintas fases del cumplimiento, y no sólo al final de la condena.

En el caso de los condenados a prisión de larga duración (o cadena perpetua), puede surgir la amarga sensación de que los esfuerzos que se realicen serán inútiles, pues nada de lo que se haga con ellos servirá. Sin embargo, tal percepción no debe ser aceptada. Incluso los condenados por delitos más graves deben tener la oportunidad de una reinserción social, permitiéndoseles llevar una vida respetuosa con la legalidad.

⁴⁶ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Medición de la pena y substitutivos penales**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979. p. 86.

Es este uno de los colectivos de presos que demanda un tratamiento y atención específicos. Las Reglas Penitenciarias Europeas, en este sentido, establecen en su norma 103.8 que “se prestará atención especial al plan de condena y al régimen de los internos condenados a cadena perpetua o a pena de larga duración”.

El reo tiene derecho a un tratamiento individualizado y a que se realice una evaluación inicial de su persona y necesidades particulares para planificar del mejor modo la ejecución de su condena⁴⁷. Sólo así se puede realizar una asignación adecuada del preso y diseñar las intervenciones necesarias en cada caso. Es fundamental, como dice COYLE⁴⁸, una revisión periódica, tanto de lo que él denomina “clasificación de seguridad” como de la planificación de las sentencias. La evolución mostrada por el interno durante el cumplimiento de su condena debe permitirle acceder progresivamente a regímenes de vida con condiciones cada vez más favorables. Sus avances en el sistema penitenciario servirán, sin duda, al condenado como un posible estímulo.

De acuerdo con CERVELLÓ DONDERIS⁴⁹, en estos casos, el tratamiento penitenciario debe centrarse en reducir los efectos negativos de la prisión y en facilitar la futura excarcelación. Al mismo tiempo, siguiendo con la misma autora, debe ir dirigido a normalizar el comportamiento y a no estigmatizar a los internos⁵⁰.

Ya desde el inicio de la condena, es necesario que exista un acompañamiento del recluso, pues es este “probablemente el periodo en que existe una mayor relajación institucional en la rehabilitación del interno”⁵¹. Sin duda será de gran utilidad, como señala LLORENTE

⁴⁷ COYLE, Andrew. **La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos**: manual para el personal penitenciario. 2. ed. Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2009. p. 153.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 154.

⁴⁹ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. **Derecho penitenciario**. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022. p. 410.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 107.

⁵¹ NIETO GARCÍA, Ángel Juan. La prisión permanente revisable: abordaje terapéutico del condenado. **Diario La Ley**, Madrid, n. 10050, abr. 2022. p. 3.

DE PEDRO⁵², que “los diversos profesionales del medio penitenciario deben indicarle, cuanto antes, su “hoja de ruta penitenciaria”, esto es, señalarle lo que se va a trabajar con él, con ánimo de proveerle de mejores instrumentos personales, laborales, culturales y sociales que cooperen a disminuir una posible reincidencia delictiva”.

Al condenado se le debería indicar de manera temprana, aunque la fecha quede todavía apartada, cuándo puede acceder a permisos o a un régimen de semilibertad, pues eso le servirá para que acepte la sentencia y muestre una mayor predisposición a participar en programas. El CPT, refiriéndose sobre todo a los condenados a cadena perpetua, confiere una enorme relevancia a que al recluso se le proporcione información acerca de una posible liberación condicional y también sobre el programa individualizado de cumplimiento que se seguirá con él, susceptible de ser modificado según la evolución del penado⁵³.

El abordaje inicial tiene una importancia crucial, pero no se pueden desatender las demás fases del cumplimiento. Centrándose ya en la fase intermedia, señala NIETO GARCÍA⁵⁴ que

los programas de reinserción del interno en esta fase de meseta, deben combinar no sólo aspectos técnicos del itinerario de reinserción —etiológico delictivo, formativo, laboral— sino que ha de comportar la transformación personal que garantice la dignidad del recluso en el cumplimiento de condena, en sus relaciones personales, en su

⁵² Perspectiva jurídico-práctica de las necesidades del sistema penitenciario para la ejecución de las penas privativas de libertad de larga duración. En LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Penas de prisión de larga duración: eficacia versus legitimidad, determinación versus ejecución*. In: LÓPEZ LORCA, Beatriz (coord.). **Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 35-120. p. 326.

⁵³ COUNCIL OF EUROPE. **25th general report of the CPT**: European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: 1 january - 31 december 2015. Strasbourg: SPDP, 2016. §75.

⁵⁴ NIETO GARCÍA, Ángel Juan. La prisión permanente revisable: abordaje terapéutico del condenado. **Diario La Ley**, Madrid, n. 10050, p. 4. abr. 2022.

desenvolvimiento en la vida diaria en prisión y en su evolución física y mental en el recinto penitenciario con el paso de los años —manejos temporales, identidad, autoestima, estigmatización, ideación suicida por ausencia de expectativas, autoeficacia...—.

Al final de la condena, ya próxima la libertad, el penado debe ser preparado de una manera efectiva para su reintegración satisfactoria al medio libre, proporcionándole las habilidades necesarias para poder desenvolverse correctamente. Es esencial también, en conexión con ello, que los gobiernos

tomen todos los pasos para asegurar un mejor entendimiento por parte del público general de los problemas especiales de los reclusos de término prolongado, de modo que se genere un clima social favorable para su rehabilitación⁵⁵.

Entre los problemas más generalizados se aprecian importantes deficiencias, que es necesario corregir, en la atención posterior a la salida de prisión que reciben los condenados.

Ha de abogarse por el establecimiento de programas específicos de atención a las salidas de prisión. Y, según dice NIETO GARCÍA⁵⁶,

ello, en la medida que comporta —después de años— un elemento estresante que puede provocar efectos adversos en el recluso e incluso ideación suicida por tener que enfrentarse a una vida libre, tecnológicamente nueva en muchos aspectos, que desconoce; a

⁵⁵ Resolución (76) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el tratamiento de reclusos condenados a penas de larga duración. CONSEJO DE EUROPA. **Documentos de trabajo**: comentario a las normas penitenciarias europeas. Catalunya: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2010.

⁵⁶ NIETO GARCÍA, Ángel Juan. La prisión permanente revisable: abordaje terapéutico del condenado. **Diario La Ley**, Madrid, n. 10050, p. 6. abr. 2022.

enfrentarse a emociones que le evoquen recorrer espacios después de largos años en la ciudad, en su domicilio o incluso en el lugar de los hechos delictivos; a vivir con la estigmatización de que sale de prisión quien la sociedad apartó por largo tiempo por una conducta tan grave; al rechazo familiar y social y a establecer un ámbito de interacción distinto al que día a día ha venido manteniendo en prisión.

Uno de los problemas más habituales en distintos sistemas penitenciarios es la carencia de programas de tratamiento específicos para condenados a penas de muy larga duración o a penas perpetuas⁵⁷. La ausencia de programas y tratamientos específicos hace que sea muy difícil alcanzar la finalidad de reinserción social. Urge, por lo tanto, diseñar programas para este colectivo a lo largo de toda su condena, que además se lleven a cabo por un personal especializado, y de una manera estable.

A la hora de hacerlo, es imprescindible tener en cuenta los efectos que puede producir el encarcelamiento prolongado. Han de llevarse a cabo actuaciones concretas para evitar el deterioro cognitivo de los internos, prevenir el desarrollo de enfermedades y psicopatologías, y también realizar intervenciones orientadas a superar los déficits formativos que presenten y adquieran competencias para su incorporación en el futuro al mercado laboral. La administración penitenciaria, asimismo, debe diseñar estrategias para prevenir la institucionalización de los reclusos y fomentar su autonomía y responsabilidad individual.

Estamos totalmente de acuerdo con LEÓN VILLALBA⁵⁸ cuando afirma que

⁵⁷ MARTÍN ARAGÓN, María del Mar. **Del cumplimiento íntegro y efectivo de las penas a la prisión permanente revisable**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2021. p. 169 y ss.

⁵⁸ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Penas de prisión de larga duración: eficacia versus legitimidad, determinación versus ejecución. In: LÓPEZ LORCA, Beatriz (coord.). **Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 111.

los condenados a penas largas han de tener acceso a una amplia gama de actividades orientadas a su resocialización, con especial atención al trabajo penitenciario, que debe fomentar la formación del interno, educación, deporte y actividades recreativas. Además, se debe proporcionar cierto margen de decisión a los internos en relación a cómo van a emplear su tiempo en prisión para favorecer su autonomía y responsabilidad. Igualmente, se deben tomar medidas adicionales para que este tipo de internos lleguen a entender cuál es la finalidad de un periodo de encarcelamiento tan largo proporcionándoles un plan de custodia individualizado y asistencia psicológica, muy especialmente cuando se aproxime la fecha de su puesta en libertad.

Todo ello, sin embargo, exige contar con un buen personal penitenciario, tanto en número como en capacitación. A esto también se ha referido la Resolución (76) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, cuando recomienda a las administraciones que

mejoren la capacitación del personal penitenciario en todos sus rangos en lo referente a los problemas especiales de los reclusos de término prolongado, y cuenten con personal adecuado que garantice un mejor entendimiento, contactos personales y continuidad en el trato de los reclusos.

De la misma forma, la referida Resolución (76) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el tratamiento de presos de larga duración recomienda a los gobiernos de los estados miembros que “proporcionen oportunidades en prisión para un trabajo adecuado y un sistema de remuneración apropiado”, “alienten toda educación y capacitación vocacional mediante un sistema de remuneraciones también para estas actividades” y, asimismo, “alienten un sentido de

responsabilidad en el recluso mediante la introducción progresiva de sistemas de participación en todas las áreas apropiadas”.

En la Recomendación Rec(2003)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa se fija que deben darse a los reclusos oportunidades de participar en trabajos, educación, capacitación y otras actividades que supongan un uso fructuoso del tiempo en prisión y aumenten las posibilidades de amoldarse satisfactoriamente a la sociedad en caso de ser liberados.

Incluso, se ha dicho por algún autor que debido al tiempo que estos sujetos pasarán en prisión, debería dárseles prioridad en el acceso a estas actividades, pues los condenados a penas prolongadas y cadena perpetua “están más expuestos a romper los vínculos con sus familiares y comunidad, por lo que será necesario proporcionarles más apoyo en el proceso de rehabilitación”⁵⁹.

Son importantes las estrategias de normalización y de responsabilidad. La Recomendación Rec(2003)23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, entre los distintos principios generales que sienta, incluye precisamente los de normalización y responsabilidad. Sobre la normalización, que consiste en procurar adaptar las rutinas y actividades de la prisión a la vida del exterior, dice RODRÍGUEZ YAGÜE⁶⁰ que

se trata de contrarrestar los efectos que produce en los internos el sometimiento a las rutinas dentro de la vida en prisión y que les

⁵⁹ COYLE, Andrew. **La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos**: manual para el personal penitenciario. 2. ed. Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2009. p. 153.

⁶⁰ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. Estándares europeos sobre la cadena perpetua y su ejecución. **La Ley Penal**, Madri, n. 139, p. 4, jul./ago. 2019.

llevan a la inactividad, a la pasividad, a la indefensión aprendida y a la incapacidad de ejercer ningún tipo de responsabilidad.

Y en cuanto a la responsabilidad, al reo debe ofrecérsele la oportunidad de ejercer su responsabilidad en la vida diaria en prisión (incluida la planificación de su condena).

En otro orden de cosas, es fundamental el contacto de los reclusos con el mundo exterior para lograr su reinserción social. La reeducación debe tener presente al medio al que regresarán los individuos. Así, “el contacto con este medio social debe ser permanente y lo más continuo posible”⁶¹. Debe alentarse, por ese motivo, el trabajo fuera de la institución y otorgar permisos de salida a los reclusos cuando estén preparados para ello. Afirman VAN ZYL SMIT/SNACKEN⁶² que, para el logro de la reinserción social de presos de larga duración, la concesión de permisos de salida temporales se considera una cuestión más urgente, a fin de suavizar la transición hacia la libertad”.

La importancia de los permisos de salida para estos condenados es indudable:

mediante su disfrute, se facilita la integración del interno en la sociedad de la que nunca deja de pertenecer, evita el aislamiento y la desintonización con el mundo que le rodea, facilita la convivencia y relación tanto familiar como social amplia, le posibilita al individuo privado de libertad que pueda ir preparando su salida en libertad,

⁶¹ LACAL CUENCA, Pedro; SOLAR CALVO, María del Puerto. ¿Qué hacemos con las condenas largas?: propuestas penitenciarias para minimizar el populismo punitivo. **Revista General de Derecho Penal**, Madrid, n. 31, p. 3. 2019.

⁶² VAN ZYL SMIT, Dirk; SNACKEN, Sonja, **Principios de derecho y política penitenciaria europea: penología y derechos humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 478.

gestionando su búsqueda de empleo, su conexión con sectores sociales, la gestión de su documentación, o cualquier otra⁶³.

Como señala RIVERA GONZÁLEZ,

cuando el interno empieza disfrutar de permisos de salida, o tiene acceso a régimen abierto o libertad condicional, está más motivado para el cambio, sus actitudes de mejora se fortalecen, su comportamiento positivo se consolida, y su proyecto vital vuelve a tener un objetivo al alcance de la mano.

Por el contrario, sigue la misma autora, “las políticas restrictivas, demoran la integración, facilitan la adquisición de elementos de prisionización y no resuelven el problema de la criminalidad”⁶⁴. Además, los permisos permitirán observar la evolución del condenado para que éste pueda acceder lo antes posible a un régimen abierto⁶⁵.

Es prioritario también promover un mayor y mejor uso del régimen abierto (o semiabierto) y de la libertad condicional⁶⁶, aunque no se nos oculta que los legisladores suelen establecer requisitos más rígidos en cuanto al tiempo de condena extinguido u otras circunstancias para acceder a aquellos, que normalmente afectarán a estos condenados,

⁶³ RIVERA GONZÁLEZ, Guadalupe. Tratamiento penitenciario individualizado en las penas privativas de libertad de larga duración: efecto intimidatorio de la cadena perpetua. In: LÓPEZ LORCA, Beatriz (coord.). **Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 248.

⁶⁴ RIVERA GONZÁLEZ, Guadalupe. Tratamiento penitenciario individualizado en las penas privativas de libertad de larga duración: efecto intimidatorio de la cadena perpetua. In: LÓPEZ LORCA, Beatriz (coord.). **Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 249.

⁶⁵ LLORENTE DE PEDRO, Pedro Alejo. Perspectiva jurídico-práctica de las necesidades del sistema penitenciario para la ejecución de las penas privativas de libertad de larga duración. In: LÓPEZ LORCA, Beatriz (coord.). **Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 292.

⁶⁶ DÜNKEL, Frieder; SNACKEN, Sonja. **Les prisons en Europe**. Paris: L'Harmattan, 2005. p. 65-66.

dificultando su concesión. Exigir plazos muy largos para una posible liberación condicional haría que estas personas condenadas a larga duración perdieran toda esperanza y que la resocialización se volviera en muchos casos completamente inviable.

Como dice GARCÍA ARÁN⁶⁷, “la reincorporación a la libertad se produce en mejores condiciones si se disminuye la prisionización con situaciones de semilibertad previas a la excarcelación definitiva”. En cuanto al régimen abierto (o régimen de semilibertad), al que ha de poder accederse con independencia de una duración más o menos extensa de la condena, son reiteradas las reivindicaciones que realiza la doctrina en el sentido de que es necesario fomentar su aplicación, en especial para condenados de larga duración.

Debería examinarse tan pronto como sea posible también si los condenados pueden beneficiarse o no de la libertad condicional. En este sentido, la Resolución (76) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa hace la siguiente recomendación, que compartimos, a los gobiernos de los estados miembros: “Otorguen la liberación condicional al recluso, de conformidad con los requisitos legales relativos al tiempo que ha cumplido, en tanto que pueda formularse un pronóstico favorable”.

4 A MODO DE CONCLUSIÓN

Es difícil responder a la pregunta de qué debe (o qué puede) hacer la Administración penitenciaria con los condenados a penas largas y extremadamente largas. En las páginas anteriores se han proporcionado algunas recomendaciones de carácter general, no pensadas para ningún sistema en particular ante la diversidad de normativas y situaciones reales

⁶⁷ GARCÍA ARÁN, Mercedes. La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo. **La Ley Penal**, Madrid, año 3, n. 30, p. 5-14, p.7. set. 2006.

que se producen en la práctica. Si tuviéramos que centrarnos en una, la principal recomendación que desde aquí realizamos es la potenciación de los instrumentos de ensayo para la futura vida en libertad, así como la necesaria previsión de programas de tratamiento específicos a largo plazo para estos condenados, en cuyo diseño y aplicación se tengan en cuenta los efectos negativos y desocializadores de las penas prolongadas en los penados⁶⁸. Sin este tipo de programas, inexistentes de manera generalizada, es muy posible que se produzcan fracasos tratamientos, cuando además la revisión de la prisión perpetua (allí donde es posible) se condiciona sobre todo al buen éxito del proyecto resocializador del recluso.

⁶⁸ En lo cual existe un muy importante consenso. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Prisión permanente revisable y derechos humanos. In: RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (coord.). **Contra la cadena perpetua**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016. p. 997 y ss.

REFERENCIAS

ALDERETE LOBO, Rubén Adrián; MAPELLI CAFFARENA, Borja.

Manual regional de buenas prácticas penitenciarias. Madrid: AIDEF, 2015.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. **Derecho penitenciário.** 5. ed.

Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. **Prisión perpetua y de larga duración.**

Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

CONSEJO DE EUROPA. **Documentos de trabajo:** comentario a las normas penitenciarias europeas. Catalunya: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2010.

COUNCIL OF EUROPE. **2nd General report on the CPT's activities:**

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT): covering the period 1 january to 31 december 1991. Strasbourg: Council of Europe, 1991.

COUNCIL OF EUROPE. **11th general report on the CPT's activities:**

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT): covering the period 1 january to 31 december 2000. Strasbourg: Council of Europe, 2001.

COUNCIL OF EUROPE. **25th general report of the CPT:** European

Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: 1 january - 31 december 2015. Strasbourg: Council of Europe, 2016.

COYLE, Andrew. **La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos**: manual para el personal penitenciario. 2. ed. Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, 2009.

DRENKHAHN, Kirstin. Las penas de larga duración y los derechos humanos: conclusiones de un estudio internacional. **Revista de estudios de la justicia**, Berlin, n. 23, p. 107-144, 2. semestre 2015.

DÜNKEL, Frieder; SNACKEN, Sonja. **Les prisons en Europe**. Paris: L'Harmattan, 2005.

GALLEGO DÍAZ, Manuel. El debate en torno a la pena de prisión y la cadena perpetua. **Razón y Fe**, v. 260, n. 1329-1330, p. 51-52, jul./ago. 2009.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo. **La Ley Penal**, Madri, ano 3, n. 30, p. 5-14, set. 2006.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y a la política criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

LACAL CUENCA, Pedro; SOLAR CALVO, Maria del Puerto. ¿Qué hacemos con las condenas largas?: propuestas penitenciarias para minimizar el populismo punitivo. **Revista General de Derecho Penal**, Madrid, n. 31, 2019.

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Prisión permanente revisable y derechos humanos. In: RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (coord.). **Contra la cadena perpetua**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016. p. 91-106.

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. Penas de prisión de larga duración: eficacia versus legitimidad, determinación versus ejecución. *In*: LÓPEZ LORCA, Beatriz (coord.). **Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 35-120.

LLORENTE DE PEDRO, Pedro Alejo. Perspectiva jurídico-práctica de las necesidades del sistema penitenciario para la ejecución de las penas privativas de libertad de larga duración. *In*: LÓPEZ LORCA, Beatriz (coord.). **Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 265-326.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Medición de la pena y sustitutivos penales**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Las consecuencias jurídicas del delito**. 5. ed. Madri: Civitas, 2011.

MARTÍN ARAGÓN, Maria del Mar. **Del cumplimiento íntegro y efectivo de las penas a la prisión permanente revisable**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2021.

MATA y MARTÍN, Ricardo M. ¿Qué podemos decir de la reforma penitenciaria?. *In*: ANDRÉS LASO, Antonio (coord.). **La necesaria reforma penitenciaria**. Granada: Comares, 2021. p. 203-215.

MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión: una evaluación crítica**. Buenos Aires: Ediar, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella. **Teoría & Derecho**: Revista de Pensamiento Jurídico, Madri, n. 11, p. 296-308, 1. semestre 2012.

NIETO GARCÍA, Ángel Juan. La prisión permanente revisable: abordaje terapéutico del condenado. **Diario La Ley**, Madri, n. 10050, abr. 2022.

PETERS, Tony. Internamiento en prisión en Europa: datos y comentarios a partir del ejemplo de la política penal y penitenciaria belga. **Eguzkilore**: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 2, p. 211-220, out. 1989.

RIVERA GONZÁLEZ, Guadalupe. Tratamiento penitenciario individualizado en las penas privativas de libertad de larga duración: efecto intimidatorio de la cadena perpetua. In: LÓPEZ LORCA, Beatriz (coord.). **Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 205-264.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. Estándares europeos sobre la cadena perpetua y su ejecución. **La Ley Penal**, Madri, n. 139, jul./ago. 2019.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. **La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. Las posibilidades de individualización en las penas de prisión permanente revisable y de larga duración: acceso a permisos, tercer grado y libertad condicional. In: LÓPEZ LORCA, Beatriz (coord.). **Penas de prisión de larga duración: una perspectiva transversal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 327-393.

VAN ZYL SMIT, Dirk; SNACKEN, Sonja, **Principios de derecho y política penitenciaria europea**: penología y derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

CAPÍTULO 3

OFICINA SOCIAL EN LA EJECUCIÓN PENAL BRASILEÑA: REINTEGRACIÓN DE PERSONAS CONDENADAS A LA SOCIEDAD

JOÃO TEIXEIRA DE MATOS JÚNIOR*

FABRÍCIO CASTAGNA LUNARDI**

JORGE JIMÉNEZ MARTÍN***

SUMARIO

1 Introducción. 2 Política Nacional de Atención a los exmiembros en el Sistema Penitenciario; 2.1 Política Nacional del Trabajo en el Sistema Penitenciario (PNAT); 2.2 Política de Atención a las Personas que salen

* Master en Derecho y Poder Judicial por la Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de la Magistratura (ENFAM). Juez del Tribunal de Justicia del Estado de Amapá (TJAP).

** Profesor Titular de Master en Derecho y Poder Judicial de la Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados (ENFAM). Doctor y Master en Derecho por la Universidad de Brasilia (UnB). Postdoctorado en Derecho por la Universidad de Coimbra. Licenciado en Derecho por la Universidad Federal de Santa María (UFSM). Juez del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios (TJDFT).

***Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Magistrado del Poder Judicial de España. Director de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial del Reino de España.

del Sistema Penitenciario en el ámbito del Poder Judicial. 3 Oficina Social de Macapá, Amapá, Brasil. 4 Consideraciones finales. Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

El sistema de justicia penal brasileño, diseñado legalmente para evitar la comisión de delitos, tiene como objetivo, además de garantizar el cumplimiento de la pena, garantizar la reinserción social de los condenados que han pasado por el sistema penitenciario (art. 1 de la Ley n. 7.210/1984, de Brasil). No se trata de la mera implementación de un servicio resultante del monopolio estatal del derecho a castigar, sino también de la necesidad de reducir las acciones nocivas resultantes de la exclusión social que comúnmente experimentan, antes y después de la prisión, las personas económica y socialmente vulnerables.

La exclusión social de esta población se refleja en datos de la Secretaría Nacional de Políticas Penales de Brasil, a través del Sisdepen¹, lo que muestra, por ejemplo, la baja educación y cualificación profesional de quienes ocupan plazas en establecimientos penitenciarios, reflejo de la gran desigualdad social. En diciembre de 2022, Brasil tenía 643.137 personas privadas de libertad cumpliendo penas ingresadas en celdas (642.638 cumpliendo penas en instituciones estatales; y 499, reclusas en cárceles federales). De ellos, 149.012 reclusos realizaban alguna actividad laboral, es decir, sólo el 23,17% de las personas privadas de libertad². Después de la prisión, la prioridad de los internos es regresar al mercado

¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Dados estatísticos do Sistema Penitenciário**. Disponible en: <https://x.gd/l3hp3>. Acceso en: 1 dez. 2023.

² *Ibid.*

laboral, por una necesidad de supervivencia personal y familiar y no como un retorno moral a la sociedad³.

En cuanto a las actividades escolares y la formación educativa, sólo el 16,18% (103.954) de las personas privadas de libertad en los centros penitenciarios estatales se encontraban matriculados en alguna actividad educativa. De este porcentaje, 15.775 personas se encuentran en proceso de alfabetización; y, 56.421, en educación primaria. En conjunto, estos valores corresponden al 69,45% (72.196) de las personas matriculadas⁴. Esto pone de manifiesto el bajo nivel educativo de las personas privadas de libertad y la poca influencia de la política educativa y laboral dentro de los establecimientos penitenciarios en comparación con el número de presos existente en Brasil.

Las vulnerabilidades identificadas en la baja educación y la ausencia o insuficiencia de cualificaciones profesionales no eliminan las otras carencias de las personas que salen del sistema penitenciario. La exclusión social que preexiste a la prisión no se reduce durante el período penitenciario. Por el contrario, la literatura técnica apunta a la profundización de los estigmas por el simple ingreso del condenado a instituciones penitenciarias. Pasar tiempo en prisión destruye y aísla al individuo, dándole miedo de empezar de nuevo, trabajando o estudiando, ya que competirá, en el mundo libre, con trabajadores no estigmatizados⁵.

Los antecedentes penales suponen una nueva marca de exclusión social. La baja educación y las cualificaciones profesionales inexistentes o reducidas, combinadas con el estigma de los antecedentes penales,

³ SILVA, Juliana Ferreira da; SILVA, Luiza Gayão Araújo e; OLIVEIRA, Maria Liz Cunha de; PENSO, Maria Aparecida. Oportunidades de emprego e trabalho para egressos do sistema prisional: revisão sistemática. **Revista Psicologia, Diversidade e Saúde**, Salvador, v. 10, n. 2, p. 332-341, jul. 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.17267/2317-3394rpds.v10i2.3711>. Acceso en: 28 ago. 2023.

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Dados estatísticos do Sistema Penitenciário**. Disponible en: <https://x.gd/l3hp3>. Acceso en: 1 dez. 2023.

⁵ HADER, Thais Zamonelli; VAZ, Danielle Camargo; SILVA, Andressa Melina Becker da. Egressos do sistema prisional: uma revisão sistemática da literatura nacional. **Revista Mundi Sociais e Humanidades**, Paranaguá, v. 5, n. 2, p. 90-108, 2020. Disponible en: <https://x.gd/e1EgC>. Acceso en: 22 fev. 2024.

convierten al preso que abandona el centro penitenciario en un paria social. Su presencia resulta incómoda y no deseada, en la mayoría de los casos, en el mercado laboral ordinario. Estas son barreras sociales que la persona que sale de prisión deberá superar. De allí la necesidad de que el Estado establezca una política pública de atención a las personas excarceladas del sistema penitenciario.

El Consejo Nacional de Justicia de Brasil (CNJ), conforme a la política nacional de atención a los excarcelados⁶, ha impulsado el funcionamiento de oficinas sociales para ayudar en la reinserción social de quienes han pasado por la prisión. Estas instalaciones públicas surgen a raíz del reconocimiento de la problemática social estrechamente relacionada con el sistema de justicia penal, sin embargo, con el propósito de ir más allá del análisis general de los aspectos de la tipología penal, buscan, con mayor rigor, comprender la dilemas individuales del ex preso, entendidos como sujeto de derechos y con el objetivo de mirar los aspectos singulares de estas personas, es decir, la historia de vida, las situaciones vividas, la resiliencia del egresado frente a la realidad en cuestión⁷.

Por lo tanto, este capítulo tiene como objetivo investigar las contribuciones efectivas de la oficina social a la reintegración de los condenados. La oficina social⁸ es el equipamiento público de gestión

⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019**. Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Brasília, DF: Portal CNJ, 2019. Disponible en: <https://x.gd/K9tLt>. Acceso en: 22 ago. 2023.

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019**. Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Brasília, DF: Portal CNJ, 2019. Disponible en: <https://x.gd/K9tLt>. Acceso en: 22 ago. 2023.; MELO, Thelma Mendes de Carvalho. **Análise da Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional (PNAT)**: Decreto n. 9.450/2018. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas) – Universidade de Salvador, 2021. Disponible en: <https://x.gd/oYdoy>. Acceso en: 30 nov. 2023.

⁸ SANCHES, Anne Suzielle Silva; OLIVEIRA, Antônio Jaylson Nascimento de. **Relatório**: escritório social. 2023.

compartida entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo que tiene la tarea de acoger las personas que salen del sistema penitenciario, y a sus familias, en las políticas públicas sociales (Resolución n. 307/2019, CNJ)⁹.

Para cumplir con este objetivo, esta investigación realiza una revisión bibliográfica y, posteriormente, una investigación empírica, basada en un estudio de casos y análisis documental. Para el estudio de casos se analizará la Oficina Social en el Estado de Amapá, Brasil, con sede en la ciudad de Macapá, capital del mencionado Estado.

La segunda sección de este capítulo, con un enfoque jurídico-normativo, tiene como objetivo analizar los aspectos institucionales del sistema, con base en las normas y reglamentos de la política de atención a las personas excarceladas del sistema penitenciario, en el ámbito del Ejecutivo y Poder Judicial. A continuación, se realiza una investigación empírica, basada en el análisis documental de la implementación y servicios prestados por la Oficina Social de Macapá. También se analizan los resultados de los servicios y asistencia brindados por la Oficina Social a los ex carcelados de la ciudad de Macapá, Amapá, Brasil.

2 POLÍTICA NACIONAL DE ATENCIÓN A EXMIEMBROS DEL SISTEMA PENITENCIARIO

La pena privativa de libertad, por su propia naturaleza, impone necesariamente la exclusión del individuo de la vida social. Esta exclusión corporal, en sí misma, ya recomienda, para el retorno a la vida social, un plan de intervención para que el individuo segregado reconstruya sus

⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019.** Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Brasília, DF: Portal CNJ, 2019. Disponible en: <https://x.gd/K9tLt>. Acceso en: 22 ago. 2023.

vínculos personales o sociales. Por si esta característica natural de la pena privativa de libertad no fuera suficiente, existen otras características que la prisión reproduce inexorablemente, como es el estigma de expreso o exdetenido. El círculo de violencia que emana de la prisión con la reincidencia delictiva o, hoy en día, con el accionar de organizaciones criminales, dentro y fuera de prisión, también dificulta que las personas que salen del sistema penitenciario regresen a sus vidas. Todo ello agrava el proceso de exclusión social vivido con anterioridad a la prisión¹⁰.

La cuestión social, de hecho, queda acreditada por el perfil económico-social de los privados de libertad en establecimientos penitenciarios en Brasil. El Sisdepen revela que el 67,22% de las personas privadas de libertad en Brasil son mestizas (50,51%) y negras (16,71%) en el sistema penitenciario estatal. Quienes se encuentran en actividades laborales suman sólo el 23,17%. Cuantificando a los reclusos en actividades educativas, sólo el 16,18% se encuentra matriculado en la enseñanza escolar; y el 69,45% está en alfabetización y educación primaria¹¹. Es decir, los números indican que el sistema de justicia penal reproduce el racismo estructural que permea la sociedad brasileña, donde las prisiones no ofrecen trabajo y mucho menos promueven la educación regular. Considerando este contexto, la política de atención al interno debe enfocarse en el trabajo, la calificación y la mejora de los niveles educativos de la mayoría de la población privada de libertad para que el interno encuentre un escenario menos tortuoso para su reinserción social.

En un país con 8,6 millones de desempleados¹², existen numerosos obstáculos para obtener un lugar en el mercado laboral para quienes componen este sector de la sociedad en Brasil. El esfuerzo individual por

¹⁰ MINAYO, Maria Cecília de Souza; CONSTANTINO, Patricia (org.). **Deserdados sociais**: condições de vida e saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.

¹¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Dados estatísticos do Sistema Penitenciário**. Disponible en: <https://x.gd/l3hp3>. Acceso en: 1 dez. 2023.

¹² BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Desemprego**. 2023. Disponible en: <https://x.gd/zG7iG>. Acceso en: 28 ago. 2023.

conseguir un empleo exige también estrategias de los poderes públicos para ayudar a la masa de trabajadores a superar los retos de formación, además de incentivar inversiones para que el sector privado pueda promover la apertura de nuevos puestos de trabajo capaces de absorber a un mayor número de personas para trabajos formales.

Si para el trabajador común son necesarias políticas públicas para esta absorción, con mayor razón existe una demanda de acción del Poder Público respecto de los internos del sistema penitenciario, ya que vive el enfrentamiento con las demandas del mundo del trabajo libre, diferente de las “reglas carcelarias”¹³ y se inserta, por regla general, como un público con baja escolaridad y calificación profesional y perseguido por el estigma de ex presidiario, cuya inserción en el mercado laboral encuentra poca oferta de oportunidades laborales¹⁴.

La política de inserción social del interno, como forma de superar la exclusión ordinariamente causada por la privación de libertad y la resultante de cuestiones sociales, tiene su fundamento en la dignidad humana (CF, art. 1, III)¹⁵ y en los objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil para establecer una sociedad libre, justa y solidaria (Constitución Federal Brasileña - CFB, art. 3º, I), erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales (CFB, art. 3º, III) y promover el bien de todos, sin perjuicio de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación (CFB, art. 3, IV). Además, la ejecución penal tiene como objetivo implementar las disposiciones de una

¹³ BARBALHO, Lidiane de Almeida; BARROS, Vanessa Andrade de. Entre a cruz e a espada: a reintegração de egressos do sistema prisional a partir da política pública do governo de Minas Gerais. **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 20, n. 3, p. 549-565, dez. 2014. Disponible en: <https://x.gd/9mBjG>. Acceso en: 22 fev. 2024.

¹⁴ SOUZA, R. L.; SILVEIRA, A. M. Egressos do sistema prisional no mercado formal de trabalho: oportunidade real de inclusão social? **Revista de Políticas Públicas**, Maranhão, v. 21, n. 2, p. 761-780, jul./dez. 2017. DOI: 10.18764/2178-2865.v21n2p761-780. Disponible en: <https://x.gd/ctEID>. Acceso en: 28 ago. 2023.

¹⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [1988]. Disponible en: <https://x.gd/Ld2Eg>. Acceso en: 22 ago. 2023.

sentencia o decisión penal y proporcionar condiciones para la integración (re)social armoniosa de los condenados e internados (Ley de Ejecución Penal - LEP, art. 1)¹⁶, la asistencia al preso y al internado. Es deber del Estado, con el objetivo de prevenir el delito y orientar el retorno a la vida en sociedad (LEP, art. 10). A su vez, la asistencia será (LEP, art. 11): material (I); salud (II); jurídico (III); educativo (IV); social (V) y religiosa (VI).

Estas órdenes, aunque parezcan destinadas al período penitenciario, deben aplicarse a los presos y a los liberados del sistema penitenciario con vistas a su reinserción en la sociedad (LEP, art. 10). Por ello no deja de lado la salida, de ahí el art. 25 de la LEP establecen que la Asistencia al interno consiste en orientación y apoyo para reintegrarlo a la vida en libertad (I) y el otorgamiento, si fuera necesario, de alojamiento y alimentación, en un establecimiento adecuado, por un período de 2 (dos) meses (II). La LEP, en su art. 26, incisos I y II, se refiere a los liberados, definitivos o condicionales. El primero por el plazo de un año después de abandonar el establecimiento. El segundo, durante el período de prueba.

Anticipándose a la dificultad de inserción en el mercado laboral, la legislación refuerza que el servicio social colaborará con el exrecluso para obtener trabajo (LEP, art. 27), ya que en la actividad laboral del recluso se reconoce el deber social y la dignidad humana, así como la finalidad educativa y productiva (LEP, art. 28). Con esto, la normativa brasileña, como base de la política de atención a las personas excarceladas del sistema penitenciario, tiene en obra (interna y externa – LEP, art. 31 y 36) un camino hacia la reinserción social. Incluso con todos estos dispositivos, existirá el gran desafío de abordar los segmentos estigmatizados y marginados y romper con etiquetas, estigmas y prejuicios. A pesar de estas iniciativas, la forma en que tales individuos son vistos por otros

¹⁶ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponible en: <https://x.gd/HPiot>. Acceso en: 28 ago. 2023.

no se atenúa ni se observan efectos resocializadores a gran escala¹⁷, de ahí la necesidad de una política nacional para las personas que salen del sistema penitenciario, para ser llevado a cabo por todos los Poderes de la República Federativa de Brasil, no como una forma ya hecha y terminada, sino como una que promueve la inclusión social de los ex presos¹⁸.

2.1 Política Nacional del Trabajo en el Ámbito del Sistema Penitenciario (PNAT)

En 2001, el Consejo Nacional de Política Penal y Penitenciaria (CNPCCP), organismo del poder ejecutivo, publicó la Resolución N. 4. Asistencia para impactar (reducir) el índice de reincidencia delictiva. El CNPCCP también “hace un llamado” a los estados que no cuentan con este tipo de programas, a que hagan esfuerzos para implementar proyectos y proporcionar recursos para la asistencia a los graduados¹⁹. Esta norma, más que la construcción de una política de atención a los ex reclusos, convoca a las unidades federativas e indica la implementación de programas, proyectos y servicios de asistencia a los ex reclusos del sistema penitenciario.

A pesar de que la CNPC es el órgano del Poder Ejecutivo con facultades para desarrollar la política penal y penitenciaria a nivel nacional, la Presidencia de la República, con el objetivo de establecer

¹⁷ SOUZA, R. L.; SILVEIRA, A. M. Egressos do sistema prisional no mercado formal de trabalho: oportunidade real de inclusão social? **Revista de Políticas Públicas**, Maranhão, v. 21, n. 2, p. 761-780, jul./dez. 2017. DOI: 10.18764/2178-2865.v21n2p761-780. Disponible en: <https://x.gd/ctEID>. Acceso en: 28 ago. 2023.

¹⁸ CORREA; SOUZA, 2012

¹⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução n. 4, de 27 de agosto de 2001**. Dispõe a respeito do incentivo e de implementação à assistência ao egresso, através de patronatos públicos ou particulares. Disponible en: <https://x.gd/UkLFg>. Acceso en: 22 ago. 2023.

una Política Nacional del Trabajo en el Ámbito del Sistema Penitenciario²⁰, publicó el Decreto n. 9.450/2018, firmado por la entonces Presidenta del Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, en el ejercicio de la Presidencia de la República Federativa del Brasil, destinado a ampliar y calificar la oferta de puestos de trabajo, emprendimiento y formación profesional para presos y expresos del sistema penitenciario²¹. Si bien no se trata de una política dirigida exclusivamente a los ex presos, sino también a los presos, se basa en el trabajo como instrumento importante para retomar una vida en libertad de quienes han sido privados de su libertad.

Como política pública, el PNAT se rige por los principios de la dignidad humana, la resocialización, el respeto a las diversidades étnico-raciales y religiosas, basadas en el género y la orientación sexual, el origen, la opinión política, hacia las personas con discapacidad, entre otros, y la humanización. de la pena (Decreto n. 9.540, art. 2). Para los efectos de este trabajo, los objetivos no son describir todos los puntos del PNAT, sino señalar el papel del Poder Ejecutivo en la política de atención a los egresados del sistema penitenciario, apuntando a su resocialización, a través de la incorporación al sistema penitenciario, el mercado laboral, la reinserción social, la cualificación orientada a la independencia profesional a través del emprendimiento, la ampliación de la oferta de puestos vacantes en el entorno penitenciario (por parte de las autoridades públicas o del sector privado), la sensibilización de la sociedad y de las autoridades

²⁰ GOMES, Deborah Ferreira Cordeiro. Entre as políticas afirmativas e as políticas para afirmação de direitos: o exemplo da política nacional de trabalho no âmbito do sistema prisional - PNAT. **Revista Digital Constituição e Garantias de Direitos**, Natal, v. 14, n. 1, p. 112–138, dez. 2022. Disponible en: <https://x.gd/gvquu>. Acceso en: 30 ago. 2023.

²¹ BRASIL. **Decreto n. 9.450, de 24 de julho de 2018**. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, e regulamenta o § 5º do art. 40 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o disposto no inciso XXI do caput do art. 37 da Constituição e institui normas para licitações e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponible en: <https://x.gd/8tOc>. Acceso en: 28 ago. 2023.

públicas del importancia del trabajo para la reinserción social, la garantía de espacios físicos adecuados para las actividades laborales y la formación profesional en los establecimientos penitenciarios, la promoción de la responsabilidad profesional, la formación de los empleados del sistema penitenciario sobre la importancia de la actividad laboral en el sistema penitenciario y la promoción de la remisión de sentencias a través del trabajo²².

Los objetivos del PNAT se destacan como

la articulación de entidades gubernamentales y no gubernamentales, a nivel federal, estatal, distrital y municipal, tendentes a garantizar la efectividad de los programas de integración e inserción social de las personas privadas de libertad y excarceladas del sistema penitenciario y cumpliendo pena restrictiva de sus derechos o medida cautelar (Decreto n. 9.540, art. 4, III)

y “la elaboración de planes estatales de trabajo en el sistema penitenciario, que abarquen diagnósticos, metas y estrategias para la calificación profesional y la oferta de puestos vacantes en el sistema penitenciario” (Decreto n. 9.540, art. 4, V). Tales objetivos demuestran el carácter colaborativo y cooperativo del PNAT entre los ámbitos federativos que, en cierto modo, también revelan la transversalidad de la política y la búsqueda de eficiencia, propia del sector privado, aplicada a la gestión pública, cuando señala la construcción de planes con diagnósticos, metas y estrategias.

²² BRASIL. **Decreto n. 9.450, de 24 de julho de 2018**. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, e regulamenta o § 5º do art. 40 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o disposto no inciso XXI do caput do art. 37 da Constituição e institui normas para licitações e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponible en: <https://x.gd/8tOcJ>. Acceso en: 28 ago. 2023.

2.2 Política de atención a las personas que salen del sistema penitenciario en el ámbito del Poder Judicial

El Consejo Nacional de Justicia de Brasil, como órgano del Poder Judicial responsable de las actividades administrativas del Poder Judicial nacional (CF, art. 103-B, § 4), publicó la Resolución N° 307, del 17/12/2019, que estableció la Política de Atención a Personas que salen del Sistema Penitenciario en el ámbito del Poder Judicial, estableciendo los procedimientos, lineamientos, modelo institucional y metodología de trabajo para su implementación. Esta política del Poder Judicial centralizó, a nivel nacional, el funcionamiento de las oficinas sociales, en conjunto con el Poder Ejecutivo²³, para ayudar en la recuperación de la ciudadanía de quienes han pasado por el sistema penitenciario.

Estas instalaciones públicas surgen a raíz del reconocimiento de la problemática social estrechamente relacionada con el sistema de justicia penal, sin embargo, con el propósito de ir más allá del análisis general de aspectos de la tipología criminal, buscan, con mayor rigor, comprender al individuo. Dilemas del ex preso, entendido como sujeto de derechos y con el objetivo de mirar los aspectos singulares de estas personas, es decir, la historia de vida, las situaciones vividas, la resiliencia del interno frente a la realidad²⁴. La política de atención, al abordar la dimensión integral del sujeto, debe respetar el proceso de resocialización individual, debe desarrollarse de manera que cada individuo pueda recibir formación de acuerdo al grado de compromiso adquirido y teniendo en cuenta

²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019.** Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Brasília: Portal CNJ, 2019. Disponible en: <https://x.gd/K9tLt>. Acceso en: 22 ago. 2023.

²⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Política nacional de atenção às pessoas egressas do sistema prisional.** Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponible en: <https://x.gd/LnEZE>. Acceso en: 5 ago. 2023.

las diferentes técnicas propuestas para dicho fin, así como diferentes momentos y condiciones sociales²⁵.

Por lo tanto, la política de atención a la persona interna que apunta a la reinserción social debe comprender la función resocializadora de la pena, con la necesidad de garantizar el compromiso con actividades que involucren o impliquen la formación integral de la persona a través de componentes internos del ser humano. Así, los sistemas penitenciarios deben buscar cada vez más nuevas formas de redención para los condenados que les permitan garantizar los fines específicos de la pena, además, maximizar los derechos de esta población que, dado el contexto latinoamericano, termina siendo una población vulnerable²⁶.

En este contexto, se confirma que la educación y la enseñanza son los ejes principales (pero no exclusivos ni excluyentes) de la política de resocialización de las personas privadas de libertad. Por ello, es importante que el Estado implemente políticas públicas, en conjunto con los diferentes actores sociales, económicos y educativos, con el objetivo de ofrecer una verdadera formación a quienes se encuentran privados de su libertad (y a quienes se han graduado) y así superar, en muchas ocasiones, el nivel de marginalidad que caracteriza a esta población; además del factor inclusivo que podrían generar este tipo de reformas, a nivel laboral, que garanticen una auténtica integración a la sociedad²⁷.

Se considera una oficina social “el equipamiento público de gestión compartida entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo”, que tiene la tarea de “acoger y derivar a las personas que salen del sistema penitenciario y a

²⁵ RANGEL, Flor Edith; SALAS, Yalile Katherine; TAITE, Wilfrido Jose. **Revisión sistemática de programas de rehabilitación y su incidencia en la resocialización del personal privado de la libertad en sistemas penitenciarios y carcelarios**. Colombia: Universidad del Magdalena, 2021.

²⁶ MONDRAGÓN DUARTE, Sergio Luis; GUZMÁN QUINTERO, Aldemar; PÉREZ MEDINA, Andrés Gustavo. Regulación del tratamiento penitenciario y carcelario en el marco de los derechos humanos. **Revista Virtual Universidad Católica del Norte**, [s. l.], v. 59, 166-187, jan./abr. 2020. Disponible en: <https://x.gd/u4vqU>. Acceso en: 22 fev. 2024.

²⁷ *Ibid.*

sus familias a las políticas públicas existentes” (Resolución n. 307/2019, artículo 3, traducción libre)²⁸. En este sentido, debe articular

una política intersectorial e interinstitucional de inclusión social que se correlacione y demande iniciativas de las diferentes políticas públicas estatales y municipales, sistemas y actores de la sociedad civil (Resolución n. 307/2019, art. 3º, I, traducción libre)²⁹.

La Resolución n. 307/2019, sin embargo, complementa otros dos conceptos para la plena implementación de la política de atención a la persona egresada, al considerar a esta última como

la persona que, después de cualquier período de permanencia en el sistema penitenciario, incluso con carácter provisional, necesidades de alguna asistencia en el ámbito de las políticas públicas como consecuencia de su institucionalización” (Resolución n. 307/2019, art. 3º, II - traducción libre)³⁰.

Este concepto, en cierta medida, interpreta lo previsto en el art. 26 de la LEP, ya que se hace referencia a la libertad, definitiva o condicional, sin referencia al período de estancia ni al carácter provisional.

Otro concepto importante de la política se refiere a la situación de “pre-salida”, estableciendo que es una

²⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019**. Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Brasília, DF: Portal CNJ, 2019. Disponible en: <https://x.gd/K9tLt>. Acceso en: 22 ago. 2023.

²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019**. Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Brasília, DF: Portal CNJ, 2019. Disponible en: <https://x.gd/K9tLt>. Acceso en: 22 ago. 2023.

³⁰ *Ibid.*

persona que aún se encuentra cumpliendo pena privativa de libertad, en el período de seis meses anteriores a su salida de la unidad penitenciaria prevista, aunque sea por progresión del régimen o libertad condicional (Resolución n. 307/2019, art. 3, III)³¹.

Esta definición revela la preocupación del Poder Judicial por garantizar, en la política nacional de atención, un programa específico de preparación para la libertad, realizado durante los últimos 6 meses de detención³².

La política nacional de atención a las personas excarceladas, en el ámbito del Poder Judicial, tiene como principios (Resolución n° 307/2019, art. 4)³³ la singularización de la atención (I), la coordinación compartida, entre el Poder Judicial y Poderes Ejecutivo (II), la adhesión voluntaria de los internos (III), la privacidad y confidencialidad en la atención (IV), la promoción de la igualdad racial y de género (V) y la recepción y seguimiento de los internos por equipos multidisciplinarios, responsables de la articulación de redes de políticas sociales, integrándose en redes amplias de servicios, asistencia social y salud (VI).

Si bien la política está dirigida al Poder Judicial, destaca como principio la coordinación compartida con el Poder Ejecutivo. Esta acción compartida exige articulación entre dichos poderes, a través de políticas

³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019**. Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Brasília: Portal CNJ, 2019. Disponible en: <https://x.gd/K9tLt>. Acceso en: 22 ago. 2023.

³² BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Política nacional de atenção às pessoas egressas do sistema prisional**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponible en: <https://x.gd/LnEZE>. Acceso en: 5 ago. 2023.

³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019**. Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Brasília, DF: Portal CNJ, 2019. Disponible en: <https://x.gd/K9tLt>. Acceso en: 22 ago. 2023.

públicas en el área social, especialmente en el ámbito del Sistema Único de Asistencia Social (SUAS) y del Sistema Único de Salud (SUS) (Resolución n. 307/2019, art. 5º, I). Para ello, el Consejo Nacional de Justicia promoverá la implementación de oficinas sociales basadas en Convenios de Cooperación que involucren al Poder Judicial, al Poder Ejecutivo Estatal y Municipal y a las Organizaciones de la Sociedad Civil.

A diferencia de la política nacional liderada por el Poder Ejecutivo, centrada en la asistencia social³⁴ y la calificación profesional y laboral³⁵, el campo de atención estimulado por el Poder Judicial es más amplio y busca cubrir un espectro más amplio de personas en atención a los derechos humanos y las vulnerabilidades inherentes de las personas liberadas del sistema penitenciario. En este paso, la atención se dirige a la inclusión en las políticas públicas disponibles, con énfasis en las demandas de emergencia de salud, alimentación, vestido, alojamiento temporal o transporte (I), asistencia y seguimiento de asistencia social, incluyendo la inclusión en Programas de Transferencia de Ingresos y otros beneficios. programas y proyectos (II), vivienda (III) trabajo, ingresos y calificaciones profesionales (IV), asistencia jurídica y expedición de documentos (V) escolarización formal y no formal y actividades de educación no escolar (VI), desarrollo, producción, formación y difusión cultural, principalmente para público joven (VII) e identificación, recepción y atención de demandas específicas relacionadas con mujeres egresadas,

³⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução n. 4, de 27 de agosto de 2001**. Dispõe a respeito do incentivo e de implementação à assistência ao egresso, através de patronatos públicos ou particulares. Disponible en: <https://x.gd/UkLFg>. Acceso en: 22 ago. 2023.

³⁵ BRASIL. **Decreto n. 9.450, de 24 de julho de 2018**. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, e regulamenta o § 5º do art. 40 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o disposto no inciso XXI do caput do art. 37 da Constituição e institui normas para licitações e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponible en: <https://x.gd/8tOc>. Acceso en: 28 ago. 2023.

población LGBTQ, situaciones de discriminación racial, de género u orientación sexual, extranjeros e indígenas, personas con discapacidad o con trastornos mentales y personas que abusan del alcohol u otras sustancias psicoactivas (Resolución n. 307/2019, art. 8º)³⁶.

3 OFICINA SOCIAL DE MACAPÁ, AMAPÁ, BRASIL

En el Estado de Amapá, la Oficina Social, resultado de la Cooperación Técnica n. 005/2020, celebrada entre el Consejo Nacional de Justicia, el Estado de Amapá y el Tribunal de Justicia del Estado de Amapá, constituye el equipamiento público responsable del seguimiento y evaluar la política de atención a las personas que salen del sistema penitenciario, de acuerdo con las leyes, directrices nacionales e internacionales, implementando así las condiciones institucionales necesarias para la implementación de la Oficina Social en el Estado de Amapá³⁷. Para ejecutar el Convenio de Cooperación Técnica, existe coordinación entre la Secretaría de Estado de Inclusión y Movilización Social (SIMS), la Secretaría de Estado de Salud (SESA), el Instituto de Administración Penitenciaria de Amapá (IAPEN-AP), la Defensoría Pública de Estado de Amapá (DPE), además de las acciones del Tribunal de Justicia del Estado de Amapá.

La Secretaría de Estado de Inclusión Social, además de apoyar la ejecución de las acciones necesarias para la recepción, atención y

³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019.** Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Brasília: Portal CNJ, 2019. Disponible en: <https://x.gd/K9tLt>. Acceso en: 22 ago. 2023.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Termo de Cooperação Técnica n. 005/2020.** Termo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça e Poderes Executivo e Judiciário do Estado do Amapá. Disponible en: <https://x.gd/slmkN>. Acceso en: 8 set. 2023.

seguimiento de personas internas por equipos multidisciplinares, se encarga de articular la red de servicios de protección e inclusión social, entre otras políticas y programas que ofrece la autoridad pública, deberá dotar de los recursos humanos necesarios para el desarrollo y sostenibilidad del equipo de la Oficina Social. Dicha Secretaría deberá también apoyar las acciones desarrolladas, a través de la estructuración de un equipo multidisciplinario, con competencia técnica social, articulación de alianzas estratégicas, capacitación y capacitación de la red social socia. El papel importante de la Secretaría es la coordinación interinstitucional de la oficina social con la red de políticas públicas sociales, los órganos del sistema de justicia penal y las organizaciones de la sociedad civil. Promover protocolos de atención y flujos de derivación, además de emprender la sistematización de los datos registrados con disponibilidad de información pública para producir conocimiento que oriente el aporte de la política de atención a las personas internas. La acción no dejó fuera a la persona previa a la salida, pues la Secretaría también trabajará en la sensibilización de los equipos psicosociales de las unidades penitenciarias en los procedimientos de excarcelación, promoción y garantía de derechos con el objetivo de buscar la equidad con los marcadores de diversidad racial. género, orientación sexual, generación, etnia y salud mental³⁸.

La Secretaría de Salud del Estado (SESA), a su vez, tenía responsabilidades similares de apoyar la ejecución de las acciones necesarias para la recepción, atención y seguimiento de las personas internas, por parte de equipos multidisciplinarios, responsables de articular una red de servicios de protección e inclusión social. Brindar recursos humanos con la estructuración de un equipo multidisciplinario, además de apoyar la coordinación interinstitucional dentro de la red de políticas públicas, con la sistematización de protocolos, flujo de derivación,

³⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Termo de Cooperação Técnica n. 005/2020**. Termo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça e Poderes Executivo e Judiciário do Estado do Amapá. Disponible en: <https://x.gd/sImkN>. Acceso en: 8 set. 2023.

atención, discusión conjunta de casos, capacitación, sistematización de datos registrados (excepto datos sensibles) y disponibilidad de información pública para orientar la política de atención a la persona que ha salido de prisión. La SESA, según el convenio de cooperación, también fue responsable de sensibilizar a los equipos de las unidades penitenciarias para realizar acciones con los presos en pre-salida previa al cumplimiento del permiso de liberación³⁹.

Como responsable de la custodia de los pre-egresos y ex-egresos, el Instituto de Administración Penitenciaria del Estado de Amapá (IAPEN-AP) realizará, a través de la oficina social y con equipos multidisciplinarios, las acciones necesarias para la acogida, atención y seguimiento de las personas excarceladas del sistema penitenciario. En este sentido, deberá aportar copias de historias clínicas y demás documentos inherentes a las personas que hayan salido por labores del equipo de la oficina social. Además de proporcionar documentos, también debe facilitar el acceso a las unidades carcelarias del Estado de Amapá, garantizando la atención a los internos en pre-salida. Relevante para esta acción es la obligación de proporcionar los recursos humanos y financieros necesarios para el desarrollo y la sostenibilidad de los servicios. Al igual que otros actores, también tiene la responsabilidad de la articulación interinstitucional con la red de políticas públicas sociales, órganos del sistema de justicia penal y organizaciones de la sociedad civil, además de garantizar derechos con especial atención a políticas con marcadores de diversidad, como por ejemplo raza, género, orientación sexual, generación, etnia y salud mental⁴⁰.

³⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Termo de Cooperação Técnica n. 005/2020**. Termo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça e Poderes Executivo e Judiciário do Estado do Amapá. Disponible en: <https://x.gd/slmkN>. Acceso en: 8 set. 2023.

⁴⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Termo de Cooperação Técnica n. 005/2020**. Termo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça e Poderes Executivo e Judiciário do Estado do Amapá. Disponible en: <https://x.gd/slmkN>. Acceso en: 8 set. 2023.

La política de atención a los internos, de acuerdo con el Término de Cooperación, fue destacada por la Defensoría Pública del Estado de Amapá, ya que, además de apoyar la ejecución de las acciones necesarias para acoger, atender y acompañar a las personas internas con equipos multidisciplinarios, dedicando recursos humanos, incluso para la estructuración del servicio de atención multidisciplinaria. Como actor firmante del convenio de cooperación, es responsable de establecer protocolos de atención, flujos de derivación, capacitación y proporcionar datos estadísticos para mejorar la política. Por su enfoque esencial en la atención a los más vulnerables, hay un papel importante en la política para promover marcadores de equidad y diversidad⁴¹.

El Poder Judicial, a su vez, puso a disposición, a través del Tribunal de Justicia del Estado de Amapá (TJAP), los bienes operativos de la oficina social de Macapá, así como la publicidad de la oficina social y los servicios a los jueces de Amapá, la remisión de personas internas, además de destinar los recursos provenientes de sanciones pecuniarias de manera prioritaria a la promoción y fortalecimiento de proyectos y servicios relacionados con las políticas de atención a las personas internas que van a salir. El Consejo Nacional de Justicia (CNJ) asumió la cooperación inherente a la asistencia técnica de la oficina social y la red social para adoptar metodologías de singularización de la atención y movilización de pre-salidas⁴².

⁴¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Termo de Cooperação Técnica n. 005/2020**. Termo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça e Poderes Executivo e Judiciário do Estado do Amapá. Disponible en: <https://x.gd/sImkN>. Acceso en: 8 set. 2023.

⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Termo de Cooperação Técnica n. 005/2020**. Termo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça e Poderes Executivo e Judiciário do Estado do Amapá. Disponible en: <https://x.gd/sImkN>. Acceso en: 8 set. 2023.

A partir de la vigencia y ejecución del Convenio de Cooperación n° 005/2020, entró en funcionamiento la oficina social Macapá-AP. Así, es posible analizar cuáles son los resultados de la oficina social en la práctica, dentro de la política de atención a los internos del sistema penitenciario de la ciudad de Macapá.

En esta investigación se analizaron intervenciones (servicios) ocurridas entre enero de 2021 y junio de 2023⁴³, con base en informaciones proporcionadas por la Dirección de la Oficina. El número de intervenciones (servicios) se indica en la siguiente tabla.

Tabla 1 - Intervenciones realizadas por la Oficina Social de Macapá por año

AÑO	INTERVENCIONES
2021	1.454
2022	1.208
2023	551
TOTAL	3.213

Fuente: Informe de Actividad de la Oficina Social de Macapá.

La siguiente tabla, extraída del Informe de Actividad de la Oficina Social de Macapá, muestra la naturaleza de los servicios prestados, con datos importantes para comprender los resultados obtenidos y el papel de la Oficina Social en la ejecución penal.

⁴³ SANCHES, Anne Suzielle Silva; OLIVEIRA, Antônio Jaylson Nascimento de. **Relatório:** escritório social. 2023.

Tabla 2 - Naturaleza de los servicios prestados por la Oficina Social de Macapá, por año

SERVICIOS REALIZADOS	2021	2022	2023	TOTAL
Asistencia legal	15	275	96	386
Asistencia social	14	105	10	129
CAPS Salud - Atención Psicosocial	11	15	5	31
Educación	89	174	27	290
Emisión de documentos	176	331	173	680
Alojamiento	2	5	40	47
Alimentación	359	150	122	631
Calificación profesional	84	187	10	281
Transporte	1	4	0	5
Boda comunitaria	0	7	14	21
Vacantes de guardería	8	1	10	19
Programa Amapá Joven	126	14	0	140
Documentos de prisión	43	56	46	145
Salud Básica	23	9	4	36
Trabajo e ingresos	87	96	110	293

Fuente: Informe de Actividad de la Oficina Social de Macapá.

A partir de los datos presentados en la Tabla 2, también es posible observar las múltiples vulnerabilidades personales y sociales que presentan quienes salen del sistema penitenciario. Además, esto refuerza la perspectiva de que un enfoque puramente normativo o institucional de los derechos esenciales no es suficiente, ya que su implementación también depende de la articulación y el comportamiento de las autoridades y los actores sociales.

La Oficina Social de Macapá es responsable de implementar los derechos básicos de los graduados, tales como: documentos de vida civil y militar; acceso a la alimentación (en los casos más extremos), a la salud, a la educación, a las cualificaciones profesionales, a la alimentación, al trabajo y a los ingresos. La realización de estos derechos revela la

interfaz entre la política nacional de atención a las personas internas y la implementación de los derechos fundamentales⁴⁴.

Al analizar la Tabla 2, se observa que la expedición de documentos constituye una demanda importante para el servicio de la Oficina Social, dado que es un instrumento significativo para minimizar los efectos de la exclusión social y la condición de invisibilidad que tienen las personas internas al ser liberadas. Además de los documentos para la vida civil, también se registra el cumplimiento de otros documentos como los que garantizan los derechos en la vida carcelaria, es decir, documentos que quedan en el sistema. La obtención de estos documentos permite ejercer otros derechos, como la obtención de asistencia social, vivienda y prestaciones relacionadas con la salud, entre otros.

Además de abordar vulnerabilidades esenciales, el trabajo de la Oficina Social también puede verse en asociación con programas de vivienda, matrimonio civil, calificaciones profesionales, inclusión en el trabajo y programas de ingresos, con especial atención a los adultos jóvenes, la mayoría de las personas en el sistema penitenciario. Esta acción señala el logro de una política intersectorial e interinstitucional de inclusión social⁴⁵.

⁴⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Política nacional de atenção às pessoas egressas do sistema prisional**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponible en: <https://x.gd/LnEZE>. Acceso en: 5 ago. 2023.

⁴⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Política nacional de atenção às pessoas egressas do sistema prisional**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponible en: <https://x.gd/LnEZE>. Acceso en: 5 ago. 2023.

4 CONSIDERACIONES FINALES

La Oficina Social es un instrumento para la resocialización y reintegración de los presos a la sociedad, basado en el reconocimiento y la implementación de los derechos sociales y la inclusión social de los presos, personas que comúnmente eran marginadas o excluidas de la protección estatal.

Considerando el sistema de ejecución penal en Brasil, se observa que el trabajo de la oficina social está relacionado tanto con el sistema de justicia penal como con el aspecto de inclusión social. En la práctica, puede verse como uno de los principales instrumentos de la política de atención del Poder Judicial a los condenados.

La oficina social se ubica en un punto de intersección entre los dilemas individuales de quienes salen del sistema penitenciario y las políticas públicas disponibles para los vulnerables, entendiendo a la persona que sale como sujeto de derechos y dotada de aspectos singulares como historia de vida, situaciones vividas, la capacidad de resiliencia del egresado ante la realidad⁴⁶.

Desde el punto de vista normativo, la Resolución nº 4/2001 del Consejo Nacional de Política Penal y Penitenciaria (CNPCCP) establece que las unidades federativas deben crear programas de seguimiento y asistencia a los ex reclusos por considerar que ese tipo de asistencia impacta en las cifras de reincidencia delictiva. Además, el Decreto nº 9.450/2018, de la Presidencia de la República, estableció la Política Nacional de Trabajo en el Ámbito del Sistema Penitenciario (PNAT), encaminada a ampliar y calificar la oferta de vacantes laborales,

⁴⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Política nacional de atenção às pessoas egressas do sistema prisional**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponible en: <https://x.gd/LnEZE>. Acceso en: 5 ago. 2023.

emprendimiento y formación profesional de las personas privadas de libertad y ex presos del sistema penitenciario⁴⁷.

La oficina social opera de manera articulada e intersectorial para buscar implementar políticas públicas y dar concreción a la política nacional de atención a las personas internas⁴⁸, para garantizar derechos esenciales al ejercicio de la ciudadanía en Brasil.

A partir del estudio de caso de la Oficina Social implementada en el Estado de Amapá, Brasil, con sede en la ciudad de Macapá desde 2020, fue posible observar varias intervenciones (servicios) que buscaron implementar derechos fundamentales básicos de los internos, lo que corrobora la Hipótesis de que el sistema penal es selectivo y tiende a encarcelar a personas marginadas que están excluidas de la protección estatal. En este sentido, aunque sea tardía, esta protección e implementación de derechos fundamentales para los liberados del sistema penal busca sacarlos de la invisibilidad y marginalidad social, para minimizar los estigmas del encarcelamiento y asegurarles una nueva vida.

⁴⁷ BRASIL. **Decreto n. 9.450, de 24 de julho de 2018**. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, e regulamenta o § 5º do art. 40 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o disposto no inciso XXI do caput do art. 37 da Constituição e institui normas para licitações e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponible en: <https://x.gd/8tOc>. Acceso en: 28 ago. 2023.

⁴⁸ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Política nacional de atenção às pessoas egressas do sistema prisional**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponible en: <https://x.gd/LnEZE>. Acceso en: 5 ago. 2023.

REFERENCIAS

BARBALHO, Lidiane de Almeida; BARROS, Vanessa Andrade de. Entre a cruz e a espada: a reintegração de egressos do sistema prisional a partir da política pública do governo de Minas Gerais. **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 20, n. 3, p. 549-565, dez. 2014. Disponível em: <https://x.gd/9mBjG>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <https://x.gd/Ld2E9>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 9.450, de 24 de julho de 2018**. Institui a Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional, voltada à ampliação e qualificação da oferta de vagas de trabalho, ao empreendedorismo e à formação profissional das pessoas presas e egressas do sistema prisional, e regulamenta o § 5º do art. 40 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o disposto no inciso XXI do caput do art. 37 da Constituição e institui normas para licitações e contratos da administração pública firmados pelo Poder Executivo Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <https://x.gd/8tOcJ>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Desemprego**. 2023. Disponível em: <https://x.gd/zG7iG>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: <https://x.gd/HPiot>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução n. 4, de 27 de agosto de 2001**. Dispõe a respeito do incentivo e de implementação à assistência ao egresso, através de patronatos públicos ou particulares. Disponible en: <https://x.gd/UkLFg>. Acceso en: 22 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Política nacional de atenção às pessoas egressas do sistema prisional**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponible en: <https://x.gd/LnEZE>. Acceso en: 5 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Dados estatísticos do Sistema Penitenciário**. Disponible en: <https://x.gd/l3hp3>. Acceso en: 1 dez. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019**. Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Brasília, DF: Portal CNJ, 2019. Disponible en: <https://x.gd/K9tLt>. Acceso en: 22 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Termo de Cooperação Técnica n. 005/2020**. Termo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça e Poderes Executivo e Judiciário do Estado do Amapá. Disponible en: <https://x.gd/sImkN>. Acceso en: 8 set. 2023.

GOMES, Deborah Ferreira Cordeiro. Entre as políticas afirmativas e as políticas para afirmação de direitos: o exemplo da política nacional de trabalho no âmbito do sistema prisional - PNAT. **Revista Digital Constituição e Garantias de Direitos**, Natal, v. 14, n. 1, p. 112–138, dez. 2022. Disponível em: <https://x.gd/gvquu>. Acesso em: 30 ago. 2023.

HADER, Thais Zamonelli; VAZ, Danielle Camargo; SILVA, Andressa Melina Becker da. Egressos do sistema prisional: uma revisão sistemática da literatura nacional. **Revista Mundi Sociais e Humanidades**, Paranaguá, v. 5, n. 2, p. 90-108, 2020. Disponível em: <https://x.gd/e1E9C>. Acesso em: 22 fev. 2024.

MELO, Thelma Mendes de Carvalho. **Análise da Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional (PNAT)**: Decreto n. 9.450/2018. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas) – Universidade de Salvador, 2021. Disponível em: <https://x.gd/oydoy>. Acesso em: 30 nov. 2023.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; CONSTANTINO, Patricia (org.). **Deserdados sociais**: condições de vida e saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.

MONDRAGÓN DUARTE, Sergio Luis; GUZMÁN QUINTERO, Aldemar; PÉREZ MEDINA, Andrés Gustavo. Regulación del tratamiento penitenciario y carcelario en el marco de los derechos humanos. **Revista Virtual Universidad Católica del Norte**, [s. l.], v. 59, 166-187, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://x.gd/u4vqU>. Acesso em: 22 fev. 2024.

RANGEL, Flor Edith; SALAS, Yalile Katherine; TAITE, Wilfrido Jose.

Revisión sistemática de programas de rehabilitación y su incidencia en la resocialización del personal privado de la libertad en sistemas penitenciarios y carcelarios. Colômbia: Universidad del Magdalena, 2021.

SANCHES, Anne Suzielle Silva; OLIVEIRA, Antônio Jaylson Nascimento de. **Relatório:** escritório social. 2023.

SILVA, Juliana Ferreira da; SILVA, Luiza Gayão Araújo e; OLIVEIRA, Maria Liz Cunha de; PENSO, Maria Aparecida. Oportunidades de emprego e trabalho para egressos do sistema prisional: revisão sistemática. **Revista Psicologia, Diversidade e Saúde**, Salvador, v. 10, n. 2, p. 332–341, jul. 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.17267/2317-3394rpds.v10i2.3711>. Acceso en: 28 ago. 2023.

SOUZA, R. L.; SILVEIRA, A. M. Egressos do sistema prisional no mercado formal de trabalho: oportunidade real de inclusão social? **Revista de Políticas Públicas**, Maranhão, v. 21, n. 2, p. 761–780, jul./dez. 2017. DOI: 10.18764/2178-2865.v21n2p761-780. Disponible en: <https://x.gd/ctEID>. Acceso en: 28 ago. 2023.

CAPÍTULO 4

BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE EJECUCIÓN PENAL: AVANCES Y RETROCESOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

LUIS FERNANDO NIÑO*

SUMARIO

1 Introducción. 2 Actividad de la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal; 2.1 Taller: “Los hogares como territorio de las políticas públicas en el arresto domiciliario”; 2.2 Ciclo de encuentros de Mujeres en Prisión Domiciliaria DCAEP – CESAC. 3 Actividad del Ministerio Público de la Defensa. 4 Consideraciones finales. Referencias.

* Profesor Consulto de Derecho Penal y Procesal Penal, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina.

1 INTRODUCCIÓN

Dos elementos de signo opuesto me inspiran a la hora de redactar esta contribución al libro coordinado por los Profesores Fabrício Castagna Lunardi, Marcus Alan de Melo Gomes y Ricardo Manuel Mata y Martín. Por una parte, la pungente experiencia recogida, durante más de medio siglo, como empleado, funcionario y magistrado, sucesivamente, del Poder Judicial de la Nación en mi país. Por otra, la existencia -a contramarcha del proceso global de retirada del pensamiento ius-humanista en este y en otros ámbitos- de eficientes gestiones institucionales orientadas a mejorar las prácticas en la crucial etapa de la ejecución penal, alguna de las cuales ha logrado plasmar en reformas reglamentarias en Argentina, como intentaré reseñar en esta labor.

Autores han expresado que durante mucho tiempo que el sistema de ejecución penal está en crisis. Yo puedo asegurar, a tenor del contexto que me tocó conocer como jurista y magistrado, década tras década, que no albergo duda alguna al respecto. Pocos años atrás, obrando como miembro de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal argentina, y echando mano del resorte que provee a nuestro sistema jurisdiccional el control difuso de constitucionalidad de las leyes, resolví declarar contrario al propio texto de nuestra Ley Fundamental el instituto de la reincidencia, previsto en el Código Penal vigente¹. Fundé mi decisión en numerosas razones de cuño convencional y constitucional, a las cuales añadí la siguiente:

(a)unque en un ejercicio de abstracción dejásemos a un lado todas las disposiciones de máxima jerarquía normativa antes señaladas, frente a un individuo que vuelve a delinquir, luego de purgar condena

¹ Puede consultarse el fallo íntegro en ARGENTINA. Poder Judicial de la Nación. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (sala 3). **Reg. n. 312/2015**. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/42511-reincidencia-inconstitucionalidad>. Acceso en: 3 abr. 2024.

en una de nuestras cárceles, bajo el sórdido marco global que tantas entidades nacionales y extranjeras vienen destacando año tras año, cabe interrogar, con absoluta circunspección, si resulta ética y jurídicamente admisible adjudicarle automáticamente desdén o falta de sentimientos tras semejante experiencia existencial, y cifrar en esos estados subjetivos el pretexto de mayor pena por una supuesta mayor culpabilidad².

Empero, tal como señalé al comienzo, esa patética visión del entorno no me ha impedido reconocer, año tras año, los saludables esfuerzos de operadoras y operadores del propio sistema penal, tendentes a lograr que el mandato humanista de nuestra Constitución Nacional que, desde 1853, proclama que “(l)as cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”³, se materialice alguna vez en nuestro medio. Y mantengo contacto con funcionarios y magistrados del Poder Judicial y de ambos Ministerios Públicos -Fiscal y de la Defensa- hecho que me permite actualizar mis conocimientos respecto de esas buenas nuevas.

² Hasta donde alcanza mi conocimiento, tan sólo un colega, el Juez de Cámara Mario Magariños, se ha expedido en el mismo sentido desde entonces hasta el presente, en toda la República. Por lo visto, a los restantes magistrados les convence el argumento esgrimido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: ese alto tribunal, en diversas oportunidades, adjudicó al supuesto desprecio o indolencia de quienes reinciden en el delito la razón para penarlos con mayor severidad.

³ ARGENTINA. **Constitución Nacional Argentina**. Buenos Aires: Congreso de las Nación Argentina, [1994]. Disponible en: <https://www.congreso.gob.ar/constitucionParte1Cap1.php#:~:text=Las%20cárceles%20de%20la%20Nación,al%20juez%20que%20la%20autorice>. Acceso en: 3 abr. 2024.

2 ACTIVIDAD DE LA DIRECCIÓN DE CONTROL Y ASISTENCIA DE EJECUCIÓN PENAL

A través de la sanción de la ley nacional n. 27080, publicada en el Boletín Oficial el 9 de febrero de 2015, se estableció, en el ámbito del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal (DCAEP), como auxiliar de la justicia federal y de la justicia nacional. Su creación dejó atrás una larga etapa durante la cual una asociación civil con asiento en el Palacio de Justicia, llamada “Patronato de Liberados”, había retenido formalmente a su cargo la asistencia a personas penadas durante el régimen de libertad condicional. Debió transcurrir más de un año para que la burocracia judicial pusiera en funcionamiento el nuevo ente; así ocurrió el 13 de junio de 2016.

Múltiples y variadas son las funciones asignadas a la DCAEP⁴,

⁴ Conforme al artículo 3° de su ley de creación, tiene a su cargo: a) El control del cumplimiento de las condiciones contenidas en el auto de soltura de toda persona que haya obtenido la libertad condicional, donde actuará en colaboración con el magistrado a cargo de la ejecución de la pena; b) El control del cumplimiento de las reglas de conducta impuestas a toda persona a la que se le haya impuesto una pena de ejecución condicional; c) El seguimiento y control de las reglas de conducta impuestas a toda persona a la que se le haya otorgado la suspensión de juicio a prueba; d) La inspección y vigilancia de toda persona que se encuentre cumpliendo detención o pena con la modalidad de alojamiento domiciliario; e) Proporcionar asistencia social eficaz para las personas que egresen de establecimientos penitenciarios por el programa de libertad asistida, libertad condicional o agotamiento de pena, generando acciones que faciliten su reinserción social, familiar y laboral; f) El seguimiento y control de la ejecución de todo sistema sustitutivo de la pena que se cumpla en libertad. Intervenir como organismo de asistencia y supervisión del procesado, con sujeción a las condiciones compromisorias fijadas por el juez en el otorgamiento de la excarcelación; g) Asistir al liberado y su grupo familiar, facilitando los medios para su traslado de regreso al domicilio y trabajo; gestionando la atención de sus necesidades en los primeros días de la vida en libertad; procurando además garantizar el acceso a la educación, salud, vivienda y empleo; h) Verificar la restitución de fondos, documentos y pertenencias personales al egreso. Para el caso que alguna de las personas ingresantes al régimen previsto en la presente ley no tuviere documentación que acredite identidad o la tuviere de modo irregular, la Dirección en coordinación con el juez a cargo de la ejecución de la pena, deberá procurar la tramitación de la misma, actuando juntamente con el Registro Nacional de las Personas. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS

De todas ellas, he de pormenorizar aquí respecto de una, la descrita en el inciso 'd' de dicha norma, por dos razones: porque responde a la disposición contenida en la Opinión Consultiva OC 29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en punto a la obligación de los Estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica de "adoptar un enfoque diferenciado en el tratamiento de las mujeres embarazadas, en período de parto, posparto y lactancia, así como cuidadores principales, privadas de la libertad", y por el modo de abordar ese deber, interesando a otras entidades de la comunidad en procura de concretarla.

La abogada Virginia Barreyro, quien se encuentra a cargo de la DCAEP desde el inicio de sus actividades, ha dado a conocer, en su Informe de Gestión del corriente año, las líneas de acción desplegadas durante 2022 y hasta el presente, respecto de mujeres en detención o prisión domiciliaria, la mayoría de las cuales presenta el común denominador de pertenecer a las clases socioeconómicamente más desfavorecidas y de hallarse procesadas o condenadas por lo que en la jerga criminológica se denomina "narcomenudeo"⁵. Tal como ella lo caracteriza, "(l)as mujeres imputadas o condenadas constituyen los eslabones más bajos y fácilmente reemplazables de la cadena de tráfico", para quienes "(e)l contrabando de pequeñas cantidades de drogas o narcomenudeo, acaba convirtiéndose en una desesperada estrategia de supervivencia adoptada por jefas de hogar, con hijos/as y sin ingresos estables"⁶.

De acuerdo a lo indicado en el mencionado informe, el rol institucional de la DCAEP se encuentra atravesado por dos ejes: la verificación del cumplimiento de las condiciones de la detención o prisión domiciliaria y, paralelamente, la asistencia en la gestión de recursos para

HUMANOS. **Opinión Consultiva OC 29/22, de 30 de mayo de 2022.** Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf. Acceso en: 3 abr. 2024.

⁵ BARREYRO, María Virginia. **Informe de Gestión DCAEP:** Año 2022. Buenos Aires, DCAEP, 2023.

⁶ *Ibid.*

que las afectadas y sus grupos familiares “puedan acceder en forma digna a sus necesidades materiales y simbólicas, con la finalidad de lograr la construcción de un proyecto de vida superador, que ya no lleve al conflicto con la ley penal”⁷.

Para cumplimentar esa doble misión, además del mero control o vigilancia, el personal de dicha entidad trabaja en la capacitación continua y supervisión profesional, a fin de asegurar abordajes con perspectiva de género, que propicien la promoción social y el acceso a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto de las mujeres en prisión domiciliaria, como de las niñas, niños y/o personas con discapacidad a su cargo. En ese marco, se han llevado adelante las siguientes acciones, en el período indicado.

2.1 Taller: “Los hogares como territorio de las políticas públicas en el arresto domiciliario”

Bajo ese epígrafe, durante los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2022- se realizó por primera vez un ciclo de encuentros, del que participaron 37 mujeres bajo arresto domiciliario.

Dicho taller se gestó y concretó en base a una organización conjunta de la Dirección Nacional de Readaptación Social, la Dirección de Asistencia de Personas Bajo Vigilancia Electrónica, la Dirección Nacional de Políticas Transversales de Género, todas ellas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la Coordinación de Abordaje de las Violencias por Razones de Género en Contextos de Encierro del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación y la mencionada Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal.

Tal como se señala en el informe de gestión al que hago referencia, el objetivo del ciclo fue acercar derechos y brindar información a las

⁷ BARREYRO, María Virginia. **Informe de Gestión DCAEP**: Año 2022. Buenos Aires: DCAEP, 2023.

mujeres participantes -todas ellas aquejadas por múltiples factores de vulnerabilidad, para muchas de las cuales aún el sostenimiento de la medida morigerada de encierro ha resultado un desafío que debieron transitar en soledad-, sobre las funciones y los recursos de cada uno de los organismos públicos involucrados a los que acabo de aludir⁸.

Conforme lo apuntado en el informe de gestión presentado por la DCAEP, la experiencia se destacó por la asistencia y activa participación, en los cinco encuentros celebrados, de las personas bajo arresto domiciliario puntualmente convocadas. Al esfuerzo mancomunado de los representantes de los distintos organismos de los Poderes Ejecutivo y Judicial que promovieron y autorizaron la participación de las beneficiarias, estas respondieron con singular interés, evidenciando la profunda necesidad de intercambiar sus experiencias y encontrar interlocutoras con las cuales compartir herramientas para las problemáticas que se les presentan cotidianamente.

Toda vez que una de las temáticas recurrentes surgidas durante el taller fue la de la eventual inserción laboral o productiva de las asistentes, las y los representantes de los organismos intervinientes se encuentran actualmente elaborando estrategias de acompañamiento, promoviendo espacios en los que aquellas puedan diseñar proyectos de desarrollo. Se

⁸ En ese marco, durante la primera jornada se trabajó en espacios de sensibilización para la detección temprana de las violencias por motivos de género -entendidas como una problemática estructural- y se brindó información sobre las herramientas y recursos para su abordaje integral, tarea a cargo de la Coordinación de Abordaje de las Violencias por Razones de Género en Contextos de Encierro. En el segundo encuentro se retomó la temática de la detección temprana de las violencias a través de casos prácticos y se trabajó sobre la corresponsabilidad en los cuidados en la organización social, actividad a cargo del equipo de la Dirección Nacional de Políticas Transversales de Género. El tercer encuentro estuvo destinado a presentar programas y recursos existentes de todos los organismos intervinientes, y las redes de asistencia y acompañamiento que poseen a disposición en los respectivos territorios. El cuarto se orientó a brindarles asesoramiento sobre líneas de financiamiento y acceso a programas y recursos, para lo cual se convocó a la Fundación “Avanzar” y a las cooperativas “Yo No Fui” y “Esquina Libertad”, actuales referentes en acompañamiento a mujeres que han resultado captadas por el sistema penal, bajo la coordinación de la Dirección Nacional de Readaptación Social. El quinto fue de balance y cierre, con la presencia de responsables de todos los organismos intervinientes.

prepara, pues, una nueva convocatoria del mismo colectivo a celebrarse en el corriente año, orientada al desarrollo de proyectos socio-productivos, sin perjuicio de inaugurar otro taller para un nuevo grupo de mujeres.

2.2 Ciclo de encuentros de Mujeres en Prisión Domiciliaria DCAEP – CESAC

Con base en la articulación entre la DCAEP y los distintos Centros de Salud y Acción Comunitaria (CESAC) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se han implementado encuentros mensuales de las mujeres bajo prisión domiciliaria residentes en determinados barrios de esa metrópoli, a partir de junio de 2022.

A título de ejemplo, se inauguró un espacio para las mujeres que atraviesan tal condición y viven en dos humildes conglomerados urbanos del barrio porteño de Barracas, identificados como “Zavaleta” y “21-24”. El propósito de tales reuniones complementa la tradicional tarea de entrevistas domiciliarias, mediante las cuales se controla el cumplimiento del instituto que pesa sobre ellas, a la vez que se reconstruyen sus historias y se estimulan sus proyectos. En el espacio grupal, el objetivo general consiste en facilitar a las mujeres de dicha zona geográfica que se encuentran privadas de su libertad en sus domicilios, que puedan reconocerse como sujetos plenos de derecho. Y, entre los objetivos específicos, se cuentan los siguientes: facilitar su acceso y el de sus hijos a controles de salud integral, tanto para la detección de posibles problemáticas (desnutrición, obesidad, hipertensión, visión), como para su prevención (postas de vacunación, acceso a métodos anticonceptivos, entre otras); promover la finalización de sus estudios primarios o secundarios o la participación en cursos de capacitación de su interés; reflexionar acerca de las responsabilidades parentales, tanto a nivel afectivo como material; proveer el conocimiento de recursos a los que pueden acceder, tanto desde organismos gubernamentales como no

gubernamentales, tales como la Administración Nacional de Seguridad Social, y los Programas “Mi Pieza”, “Programa Acompañar” y “Potenciar Trabajo”; generar espacios de intercambio y reflexión acerca de situaciones de violencia de género y/o abuso sexual que pudieren existir en sus grupos familiares, facilitando información y recursos sobre el tópico; y, finalmente, promover su incorporación a proyectos barriales en curso, tales como el de la huerta que realiza el CESAC n. 35, en esa zona geográfica de la Capital Federal.

Debido al buen suceso logrado, los responsables de las entidades convocantes evalúan actualmente integrar a personas con otra situación legal, tales como las mujeres bajo el régimen de suspensión del proceso a prueba, en libertad condicional o asistida, o condenadas en forma condicional⁹.

3 ACTIVIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA

En la mayoría de los países de América Latina, la región más desigual del planeta¹⁰ existe un sistema de Defensa Pública que, salvando las distancias entre unas y otras realidades nacionales, tiende a asegurar una asistencia jurídica razonable a las personas carentes de recursos económicos.

En la República Argentina, a partir de la reforma concretada en 1994 al texto de la Constitución Nacional, que data de 1853, el Ministerio Público de la Nación es un órgano independiente, con autonomía funcional

⁹ La DCAEP funciona en la calle Alsina 1418, de la Ciudad de Buenos Aires, y las consultas sobre detalles de su funcionamiento pueden formularse a la siguiente dirección electrónica: mvirginia.barreyro@pjn.gov.ar.

¹⁰ GAUDIN, Yannick; PAREYÓN NOGUEZ, Rebeca. **Brechas estructurales en América Latina y el Caribe: Una perspectiva conceptual-metodológica**. Santiago de Chile: CEPAL, 2020.

y autarquía financiera; y es bicéfalo, por cuanto está integrado por un Procurador General y un Defensor General de la Nación, junto a los demás miembros que la ley establezca¹¹.

El ejemplo al que aludiré en seguidamente da buena cuenta de la importancia de contar con un servicio de Defensa Oficial eficiente, y del modo en que su recto y decidido obrar logra impactar en el ordenamiento jurídico, traducándose, en definitiva, en reformas que configuran nuevas y buenas prácticas en materia de ejecución penal.

Expondré brevemente los hechos que condujeron a la Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, a presentarse en tal carácter ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas en defensa de un individuo asistido por ese Ministerio Público¹². Luego aludiré al Acuerdo de Solución Amistosa al que se arribó, en el marco de un espacio de diálogo entre la Defensa Pública de mi país y la República Argentina, en su carácter de Estado Parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Y posteriormente haré referencia, entre otros plausibles avances relativos al caso, a la introducción, en el reglamento del Servicio Penitenciario Federal, de una Guía de Actuación para la implementación de apoyos y ajustes razonables respecto de personas con discapacidad intelectual privadas de libertad en los establecimientos del Servicio Penitenciario Federal¹³.

¹¹ CN, artículo 120.

¹² Corresponde señalar aquí que, en virtud de la Ley del Ministerio Público de la Defensa n. 27149, publicada oficialmente el 18 de junio de 2015, entre las funciones de quien es titular de la Defensoría General de la Nación cuenta, en el marco de su actuación funcional, con la facultad de “patrocinar y asistir técnicamente ante los organismos internacionales, en los casos que corresponda, por sí o por delegación en un magistrado del Ministerio Público de la Defensa, conforme la reglamentación específica que regule ese accionar”, conforme reza el artículo 35, inciso x, de la citada ley. Esa atribución excepcional posibilita a quien ejerce tal magistratura, por ejemplo, promover demandas contra el Estado argentino, ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos o, como sucedió en el caso que relataré, presentarse ante un Comité de cuantos integran la Organización de las Naciones Unidas.

¹³ La información referida a la actividad del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, en el área específica de Derechos Humanos, puede solicitarse al sitio electrónico: programaddhh@mpd.gov.ar.

Para concluir, anotaré otro trascendente asunto, debido igualmente a la actividad del Ministerio Público de la Defensa, actualmente elevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a vicisitudes imputables al Poder Legislativo de mi país.

2.1. El 6 de enero de 2021, la Defensora General de la Nación, dirigiéndose al Comité de referencia, de la Organización de las Naciones Unidas, expuso el caso de R.C.S., boliviano, de 37 años de edad en ese momento, padre de tres hijos menores de edad.

El aludido no sabe leer ni escribir; desde 2017, realizaba diferentes actividades, de forma precaria e informal, tales como la de “bagayero” o “bolsero”, vale decir, trasladando bultos de mercadería a través de la frontera argentino-boliviana. En ocasiones, también se encargaba de la conducción de embarcaciones pequeñas, así como de la carga y descarga de bultos.

El 1º de marzo de 2019, al intentar cruzar el paso “La Terminal” en Aguas Blancas, Provincia de Salta, en el Norte argentino, fue detenido por el personal de un destacamento móvil de la Gendarmería Nacional, que se encontraba realizando tareas de control documental, con el objeto de identificarlo y examinar la mercadería que transportaba dentro de una lona. En tal requisa se encontraron ocultos cinco paquetes que contenían clorhidrato de cocaína. R.C.S. manifestó que no era el dueño de la lona ni de su contenido, que le había sido entregada por un hombre llamado “Alberto”, quien transitaba junto con él, a fin de entregarla en la terminal de ómnibus a una mujer llamada “Margot”. De inmediato, R.C.S. fue detenido y trasladado a un escuadrón de esa fuerza de seguridad; no así, inexplicablemente, el otro sujeto. En conclusión, R.C.S. resultó imputado del delito de contrabando de estupefacientes en grado de tentativa, quedando a disposición del Juez Federal de San Ramón de la Nueva Orán.

En el acta de su declaración indagatoria, durante la cual reiteró que no era dueño de la bolsa incautada ni conocía su contenido, se dejó constancia de su analfabetismo. Su versión sobre los hechos fue

reforzada por las declaraciones de los testigos del procedimiento policial, que indicaron que, desde un primer momento, manifestó que él no era el dueño de la lona, sino que había sido contratado para trasladarla.

Asistido inicialmente por un defensor particular, su excarcelación fue denegada, entre otros motivos, porque el imputado no había podido precisar calle ni numeración de su lugar de residencia. Trasladado al Hospital de Oran para el examen médico mental previsto en el artículo 78 del Código Procesal Penal de la Nación, se hizo constar que su capacidad mental era “deficiente”, diagnosticándosele un “retraso mental leve”, sin requerirse tratamiento a su respecto.

Luego, tras dos meses de huelga de hambre, iniciada para reclamar que se resolviera su situación procesal, R.C.S. resultó trasladado a un Complejo Penitenciario Federal de la provincia de Salta, donde otro facultativo determinó que debía ser examinado por especialistas en clínica médica y en salud mental. Efectuado tal estudio, se confirmó que poseía un nivel intelectual inferior al término medio, con un diagnóstico de personalidad pobremente estructurada, ausencia de mecanismos cognitivos e indicadores de compromiso orgánico, destacándose que no presentaba registros de responsabilidad ni comprensión sobre la ilegalidad de los hechos.

Con nuevo patrocinio, desempeñado ya por la Defensoría Pública Oficial, se solicitó el sobreseimiento y la inmediata libertad del afectado. Lejos de ello, el juez federal a cargo del caso ordenó su procesamiento y decretó su prisión preventiva, soslayando las referencias a su capacidad intelectual. Tales medidas fueron apeladas por la defensa oficial, pero resultaron confirmadas por la Cámara Federal respectiva.

Elevada la causa a juicio, la Defensora Pública Oficial ofreció pruebas al Tribunal Oral en lo Criminal Federal, entre las que incluyó un pedido de informe interdisciplinario (psicológico-psiquiátrico) a realizarse por el Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General

de la Nación y una psicóloga del Equipo Interdisciplinario de la Defensoría Federal de Salta, junto con un informe social.

Los estudios de dicho grupo de expertos arrojaron un cuadro de discapacidad intelectual de grado “moderado”, con una insuficiencia crónica e irreversible en el desarrollo cognitivo. Los profesionales destacaron la situación de alta vulnerabilidad y de franca desventaja de R.C.S. al estar, además, privado de la libertad, estimaron que su discapacidad fue invisibilizada y que no se tuvo en particular consideración, a pesar de que presentaba indicadores muy sólidos para sospechar de ella, y que no se adoptaron apoyos o ajustes razonables. Concluyeron, asimismo, que el examinado presentaba limitaciones cognitivas que le dificultaban la comprensión acabada del proceso judicial, como así también que era altamente probable que no hubiera presentado, al momento de los hechos, una comprensión de la potencial criminalidad de sus actos, ya que nunca se representó la posibilidad de que estuviera siendo engañado. Por su parte, el informe social, determinó un estado de vulnerabilidad individual, socioeconómico y familiar. Y la Licenciada en Psicología del Equipo Interdisciplinario de la Defensoría provincial dictaminó que R.C.S. poseía un nivel intelectual inferior al término medio; desarrollo y maduración viso-motriz con desfase inferior, que afectaba su adaptación; relación deficitaria con la realidad; recursos y/oicos inadecuados, con fallas en los procesos de pensamiento, mecanismos defensivos de escisión y disociación, y personalidad influenciabile y vulnerable, aconsejando la realización de un tratamiento psiquiátrico y psicológico.

A despecho de todo lo aportado por médicos y psicólogos, se llevó a cabo el debate oral y público, y en ese ámbito se oyó nuevamente a la experta citada en último término, quien sumó un detalle trascendente, tras analizar los test realizados en el primer examen médico, toda vez que el diagnóstico de “retraso mental leve” no se correspondía con la real capacidad psíquica del encausado.

En la etapa de alegatos, el propio titular del Ministerio Público Fiscal solicitó la absolución de R.C.S., al tiempo que la Defensora Pública Oficial, además de su moción absolutoria, resaltó que su asistido sufrió un año y cinco meses en prisión, con seria afectación de su salud psicofísica y emocional; y destacó la violación de la Ley Nacional de Salud Mental n° 26657, al no haberse proporcionado el trato diferencial que aquél necesitaba, debido a su discapacidad. Seguidamente, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta absolvió a R.C.S. y ordenó su inmediata libertad. Ello sucedió el 27 de julio de 2020.

Sólo para completar el cuadro descrito, aunque oportunamente se había indicado a su respecto un tratamiento de psicoterapia de orientación y apoyo, y pese a que, tempranamente, se habían evidenciado síntomas depresivos y riesgo de suicidio, su historia clínica en el ámbito penitenciario consignaba apenas nueve atenciones de profesionales -entre psiquiatras y psicólogos- durante los diecisiete meses en que se lo mantuvo privado de su libertad.

En su presentación ante el Comité, la Defensora General de la Nación señaló detalladamente las violaciones de los derechos padecidas por R.C.S., a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), y de las Recomendaciones Generales 1, 2 y 6 del propio Comité, invocando, asimismo, el *corpus iuris* internacional de protección en la materia. Con tal normativa de referencia, demostró la vulneración al derecho de igualdad y no discriminación del agraviado, en diferentes estadios del proceso penal, pormenorizando en punto a los derechos a la accesibilidad, al acceso a la justicia, a la libertad y seguridad personal, a la protección de la integridad personal y a la salud integral.

En el petitorio que clausuraba su presentación, requirió que el Comité formulara al Estado argentino diversas recomendaciones, dirigidas a lograr la reparación integral por las violaciones de derechos acreditadas: con relación a la presunta víctima, el reconocimiento de responsabilidad

internacional por las violaciones de derechos sufridas y el otorgamiento de una compensación adecuada y proporcional a la gravedad de la afectación de los derechos de R.C.S. En términos de medidas generales, como garantías de no repetición, pidió asegurar que las disposiciones de la Convención se apliquen efectivamente y de oficio en todos los procesos judiciales que involucren a personas con discapacidad, en especial aquellos de carácter penal; promover mecanismos para garantizar que en los procesos judiciales de cualquier fuero y competencia que involucren a personas con tales características, se adopten los ajustes o apoyos necesarios a las peculiaridades de cada caso; promover mecanismos para garantizar que en el ámbito penitenciario se adopten ajustes o apoyos necesarios para las personas con discapacidad detenidas, de acuerdo con las características de cada situación, siempre que no fuere posible disponer formas morigeradas de detención distintas al encierro carcelario, las que deben preferirse; promover mecanismos para garantizar la comunicación y el trabajo coordinado de los operadores judiciales, de seguridad, penitenciarios y de salud cuando se detectaren personas con discapacidad sometidas a procesos judiciales, y proporcionar formación obligatoria a jueces/zas, fiscales, empleados/as, funcionarios/as del sistema de administración de justicia, fuerzas de seguridad y agentes penitenciarios, sobre los estándares internacionales en materia de derechos de las personas con discapacidad.

2.2. El 13 de abril de 2022, como resultado de la gestión llevada a cabo por la Defensoría General de la Nación, se suscribió un acuerdo de solución amistosa mediante el cual el Estado argentino, representado por el Secretario de Derechos Humanos, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, y por el Director de Contencioso Internacional en materia de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto de la Nación, reconoció su responsabilidad internacional por el tratamiento judicial y penitenciario dado al caso, en base a los hechos contenidos en la denuncia interpuesta ante el Comité.

A fin de proveer a la reparación pecuniaria en favor del ciudadano boliviano “R.C.S.”, de acuerdo con los estándares internacionales aplicables, se constituyó un tribunal arbitral ad-hoc, compuesto por tres expertos, uno propuesto por la peticionaria, otro por el Estado y el tercero por acuerdo de los anteriores; pero, además, se convinieron importantes medidas de no repetición, cuya materialización implica, desde ya, la adopción de buenas prácticas en materia de ejecución penal, tema central de este volumen.

En primer lugar, el Estado argentino se comprometió a implementar, en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal, un “Cuestionario para identificar posibles limitaciones o dificultades de carácter intelectual” que deberá aplicarse dentro de las 72 horas del ingreso de la persona a la unidad penitenciaria de que se trate, por parte de personal idóneo de dicho Servicio, en la instancia de evaluación de salud mental¹⁴. En el marco de las disposiciones internacionales y de la experiencia comparada que rige en la materia, la finalidad del cuestionario habrá de orientarse exclusivamente a la identificación de posibles limitaciones o dificultades de carácter intelectual que exijan un abordaje específico, para la adecuada garantía de los derechos de las personas que pudieren poseerlas.

Una vez que se haya confeccionado y puesto en práctica dicho Cuestionario, el Servicio Penitenciario deberá comunicar de inmediato al Programa Nacional de Asistencia para las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS), aquellos casos en que se hubieren identificado tales limitaciones o dificultades, para que, también en el plazo de 72 horas, tome intervención, ofreciendo la asistencia interdisciplinaria correspondiente. Asimismo, en tales casos, deberán realizarse las indagaciones diagnósticas pertinentes para confirmar las

¹⁴ ARGENTINA. Servicio Penitenciario Federal. **Cuestionario para identificar posibles limitaciones o dificultades de carácter intelectual**. Servicio Penitenciario Federal: Buenos Aires, 2023.

situaciones detectadas y, de ser así, actuar de conformidad con un Protocolo de Actuación creado en el marco del mismo acuerdo de solución amistosa.

Otro de los compromisos asumidos por el Estado argentino en esa oportunidad consistió en implementar programas de capacitación permanentes y regulares para los integrantes del Servicio Penitenciario Federal, sobre los mismos estándares internacionales de protección de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad, con énfasis en la discapacidad intelectual; en especial, aquellos referidos al deber de identificar las barreras para el ejercicio de sus derechos en el ámbito penitenciario y el de proveer los ajustes, apoyos y atención necesaria para abordarlos. En tal sentido, se acordó que, dentro de los contenidos mínimos de tales programas, deberán incluirse los referidos al Cuestionario y al Protocolo antes mencionados, así como todos los destinados a magistrados/as y operadores/as jurídicos con competencia penal, relativos a aquellos estándares internacionales.

En el mismo orden de ideas, los programas de capacitación comprometidos deberán abarcar al Poder Judicial, al Ministerio Público Fiscal y al Ministerio Público de la Defensa, en todos sus estamentos y niveles, e incluir, como contenidos mínimos, la varias veces aludida Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, los Principios y Directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, las Observaciones Generales, los Dictámenes y las Observaciones Finales respecto de la República Argentina del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, la jurisprudencia del sistema interamericano en relación con dicha materia y la Ley Nacional de Salud Mental.

2.3. El acuerdo de solución amistosa comenzó a dar sus frutos antes de su reconocimiento formal mediante decreto del Poder Ejecutivo Nacional; entre ellos, los que aseguran una sustancial

mejora en el tratamiento penitenciario destinado a las personas con discapacidad.

El 1º de junio de 2023 fue aprobada la “Guía de Actuación para la implementación de apoyos y ajustes razonables para personas con discapacidad intelectual privadas de libertad en establecimientos penitenciarios del Servicio Penitenciario Federal”.

La confección de dicha Guía fue elaborada en forma conjunta por la Dirección de Sanidad, dependiente de la Dirección Principal de Trato y Tratamiento de la Dirección General de Régimen Correccional del Servicio Penitenciario Federal, por miembros del Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (A.D.A.J.U.S.) y por personal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Ella contiene los principios de actuación para la adopción de los apoyos y ajustes razonables que pudieran requerir las personas con dificultades de carácter intelectual durante su alojamiento en establecimientos penitenciarios federales, en correspondencia con el modelo que fija la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas y su Protocolo Facultativo, aprobada mediante Ley n. 26378, publicada oficialmente el 9 de junio de 2008.

Paralelamente, con relación al compromiso de implementar, en el mismo ámbito penitenciario, el “Cuestionario de Evaluación para la detección de discapacidad intelectual”, así como los “Métodos complementarios de evaluación formal”, al momento de la entrevista inicial llevada a cabo con cada persona privada de la libertad, tomó intervención la Dirección General del Régimen Correccional, así como la Dirección Principal de Trato y Tratamiento, dependientes ambas de la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario de mención¹⁵.

¹⁵ Tanto la Guía de Actuación como el Cuestionario de Evaluación y los contenidos del Programa de Capacitación pueden consultarse en el sitio: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/norma812.pdf>. SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL (Argentina). Guía de actuación para la implementación

Como colofón, acaba de publicarse el Decreto 402/2023, fechado el 2 de agosto de 2023, mediante el cual el Presidente de la Nación aprueba formalmente el Acuerdo de Solución Amistosa celebrado entre el Gobierno de la República Argentina y la Defensoría General de la Nación, en representación de R.C.S., en el marco de la Comunicación n° 88/21 del registro del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas,

2.4. Como anticipo, para clausurar esta contribución he de aludir muy brevemente a un caso que ha tramitado durante más de veinte años ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que hoy prosigue su derrotero ante el máximo Tribunal de ese orden, la Corte Interamericana con sede en San José de Costa Rica. También en este asunto ha resultado esencial la actuación del Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina, más allá del estancamiento del trámite, como se verá.

Cuadra señalar que el meollo del diferendo planteado entre el ciudadano G.P.L., asistido por aquel Ministerio Público, y el Estado argentino consistió en cuestionar el procedimiento en materia de sanciones disciplinarias diseñado por la ley de ejecución de las penas privativas de libertad, n° 24660¹⁶, publicada oficialmente el 16 de julio de 1996 y vigente hasta nuestros días, aunque con numerosas modificaciones en su haber; así como en objetar su impacto en la pérdida de beneficios propios del régimen de progresividad de tales penas.

En el transcurso de las gestiones de entendimiento entre las partes, como parte de las garantías de no repetición, se alcanzó tal avance que condujo a consensuar un texto de reforma de dicha norma,

de apoyos y ajustes razonables para personas con discapacidad Intelectual privadas de libertad en establecimientos penitenciarios del servicio penitenciario federal. **Boletín Público Normativo**, Buenos Aires, v. 30, n. 812, jun. 2023.

¹⁶ Puede consultarse dicho texto, que, por las alternativas que se detallarán seguidamente, aún conserva vigor en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>. ARGENTINA. **Ley 24.660**. Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina, [1996].

precisamente de su capítulo IV (artículos 79 a 99), dedicado al régimen disciplinario, comprometiéndose expresamente el Estado a impulsarlo en el ámbito legislativo.

El 20 de abril de 2021, cumpliendo lo convenido, el Poder Ejecutivo envió al Congreso Nacional el pertinente Proyecto de Ley; y el mismo obtuvo dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación, presentado ante el pleno de ese colegiado el 3 de agosto de 2022.

En el correspondiente mensaje de elevación, con cita de documentos tales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), aprobadas por la Resolución N. 70/175 de la Asamblea General de dicho organismo del 17 de diciembre de 2015, y los Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, adoptadas en 2008, se admitió como “un dato objetivo que la regulación nacional en la materia presenta un sensible atraso en el contexto internacional descripto”, “que es necesario actualizar en aras de recoger los estándares más actuales sobre la materia a nivel regional e internacional”.

Asimismo, se reconoció que el proyecto presentado era el resultado de una propuesta de modificación legislativa lograda por consenso con la Defensoría General de la Nación, en el marco del caso n° 12.672 “G. P. L. vs. Argentina”, tramitada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde el 29 de diciembre de 2000, en relación con el procedimiento mediante el cual se impuso al aludido una sanción disciplinaria y las consecuencias derivadas de ello. También se consignó que, mediante el Informe de Fondo n° 106/18, expedido por la referida Comisión, se consideró responsable al Estado argentino por la violación de los artículos 5 (integridad personal), 7.1 y 7.3 (libertad personal), 8.1, 8.2, 8.2b), 8.2c), 8.2d) y h) (garantías judiciales) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En particular, la Comisión había fijado estándares en ese Informe, recomendando al Estado Nacional disponer medidas para asegurar que los procesos sancionatorios seguidos contra las personas privadas de libertad cumplieran con las garantías mínimas del debido proceso.

El Proyecto de Ley elaborado como respuesta procuró incorporar a nuestra legislación los principios emanados del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) en materia de procesos disciplinarios, recogiendo todas y cada una de las observaciones de la CIDH, estableciendo sustanciales mejoras y adecuaciones a los estándares más modernos en materia de régimen de disciplina en los establecimientos penitenciarios, paso fundamental en el proceso de cumplimiento de las recomendaciones de aquella entidad, que permitiría evitar una condena internacional al Estado Nacional.

En este sentido, se previó que las actuaciones que se inicien a partir de una posible infracción disciplinaria deberán ser sustanciadas por un funcionario o funcionaria penitenciario con título de abogado o abogada, que deberá actuar sobre la base de criterios de objetividad y no podrá integrar la Comisión de Disciplina. Esta última, provista de la potestad disciplinaria, deberá funcionar en cada establecimiento y estará compuesta por tres integrantes del personal superior con la misma jerarquía y rango, de los cuales, al menos uno o una, también deberá ser abogado o abogada, todo ello en procura de “asegurar la versación técnica de la Comisión y una paridad jerárquica que garantice la libre valoración y voto de cada integrante en la deliberación”.

Por otra parte, todo procedimiento sancionatorio que se inicie deberá ser notificado de inmediato al imputado o imputada de la infracción, a su defensa técnica y al juez o jueces a cuya disposición se encontrare la persona, y ser resueltos mediante una audiencia oral, en la que deberá estar presente la persona privada de libertad acusada y su defensa técnica. La resolución administrativa deberá ser adoptada dentro de un plazo razonable a contar desde el momento del hecho investigado.

Una innovación de relevancia radica en la regulación precisa de las circunstancias que permiten ordenar el aislamiento provisorio durante los procesos disciplinarios. Se establece su excepcionalidad y se limita la procedencia a casos en los que se impute una infracción de carácter grave o que permita prever la existencia de un peligro cierto para la integridad física o la vida de alguna de las personas privadas de libertad o del personal penitenciario. Para llegar a esa decisión, se deberá evaluar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida y descartar que no exista una opción menos restrictiva de derechos. Se prevé que la disposición de una medida provisional esté fundada, contenga su plazo de duración, la descripción de los hechos que la originan y la normativa aplicable, y que sea comunicada por medio fehaciente al juez o jueces bajo cuya orden se encuentre alojada la persona privada de libertad, al imputado o imputada y a su defensa técnica. Se contempla que la disposición de una medida de aislamiento provisional no podrá exceder de veinticuatro horas, siempre que antes de ese lapso no desaparecieran los motivos por los que fuera impuesta, prorrogable hasta veinticuatro horas más mediante autorización judicial, notificando a la persona imputada, a su defensa técnica y al Ministerio Público Fiscal.

En la misma línea que atraviesa todo el Proyecto, se garantiza que el aislamiento de la persona privada de libertad no impedirá el contacto con su defensa técnica y se asegura minuciosamente el ejercicio del derecho de defensa desde el inicio mismo de las actuaciones. Se incluyen reglas para garantizar que las personas dispongan de tiempo y medios suficientes para preparar su defensa y puedan compulsar en todo momento el expediente administrativo. También se la autoriza a solicitar la comparecencia de testigos y a interrogarles o hacer que les interroguen, así como a requerir y controlar la producción de cualquier otra prueba pertinente y conducente.

El sistema propone centrar la respuesta sancionatoria a aquellos casos de infracciones graves; y recurrir, en los casos de infracciones leves

o medias, a la aplicación de mecanismos alternativos, conciliatorios o de justicia restaurativa, para resolver las diferencias entre las personas privadas de libertad. En ese sentido, se promueve el abordaje técnico e interdisciplinario de los problemas de convivencia, prefiriéndose optar por la adopción de medidas que permitan la continuidad del alojamiento de las personas en el régimen común.

En cuanto a la ejecución de las sanciones, en el Proyecto se establecen prohibiciones absolutas y reaseguros para que estas no se impongan de manera tal que afecten la salud y la dignidad de las personas. Se prohíben de forma expresa las sanciones corporales, el encierro en celdas sin acceso a sanitarios, celdas de confinamiento acolchadas o cualquier otra medida de naturaleza cruel, inhumana o degradante. Se veda, asimismo, la aplicación de cualquier medida o sanción de aislamiento a personas privadas de libertad embarazadas o alojadas con sus hijos o hijas.

Se actualiza, además, la descripción típica de las infracciones graves, ajustando la respectiva redacción al mandato de certeza, evitando la remisión a conceptos vagos o valorativos que la pusieren en pugna con el principio de legalidad.

Finalmente, se introducen modificaciones importantes en la etapa recursiva. Se mantiene la impugnabilidad de las sanciones ante el juez o jueza de ejecución o juez o jueza competente dentro de los cinco días hábiles, y - en particular - se prevé que el plazo para la interposición del recurso por parte de la defensa técnica comience a correr desde que se la notifique de la sanción impuesta. A diferencia de la redacción actual del artículo 96 de la referida ley n. 24660 y sus modificatorias, se estatuye que la interposición del recurso tendrá efecto suspensivo, con el fin de favorecer la eficacia de la impugnación, con la sola excepción, mediando decisión judicial, ante una solicitud expresa de la Comisión de Disciplina que señale fundadamente que, por la naturaleza y gravedad de la infracción imputada, la ejecución de la sanción resulta indispensable

para restablecer el orden y la seguridad del establecimiento, solicitud que, por lo demás, deberá notificarse a la defensa técnica. Por último, se elimina la facultad contenida en la redacción de la norma vigente que permite a la autoridad judicial no expedirse sobre el recurso interpuesto, ya que esta contrasta severamente con los estándares regionales respecto de la eficacia de la vía recursiva. También se prevé expresamente que durante esta etapa se garantizará una revisión amplia y se autorizará la reproducción de la prueba producida y la incorporación de aquella que, siendo pertinente, hubiera sido rechazada en la etapa administrativa.

Lamentablemente, transcurridos dos años desde el ingreso del plausible Proyecto, no resultó aprobado en tiempo y forma en el seno del Congreso Nacional, perdiendo estado parlamentario, lo que equivale a caducidad, en virtud de una antigua ley¹⁷.

Ante ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha decidido elevar el asunto a la Corte respectiva, puesto que, en definitiva, a pesar de la actividad desplegada por el titular del Poder Ejecutivo Nacional, la arcaica y defectuosa ley 24660 mantiene su vigencia.

De tal suerte, se corre el riesgo de una inminente condena internacional para la Argentina; un revés evitable, si nuestros legisladores hubieran priorizado el deber de dotar al ordenamiento jurídico nacional de una serie de disposiciones tendentes a garantizar buenas prácticas en materia de ejecución penal.

4 CONSIDERACIONES FINALES

La aguda crisis que atraviesa el sistema de ejecución penal en los más distintos países de nuestro universo cultural conforma, en

¹⁷ Ley 13640, publicada oficialmente el 5 de noviembre de 1949. ARGENTINA. **Ley 13.640**. Se establecen normas para aquellos que no obtengan sanción en una de sus Cámaras durante el año parlamentario. Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina, 1949.

rigor, el indeseable resultado de un sistema penal que ha dejado atrás, con sus luces y sus sombras, el ideal resocializador de la pena privativa de libertad, por el más modesto fin de gerenciar la creciente población penitenciaria, un fenómeno resultante de la combinación, oportunamente descrita por David Garland¹⁸ en “La cultura del control”, entre tantos otros autores, de políticas neoliberales, dirigidas a la disciplina de mercado, y neoconservadoras, con su carga punitivista cifrada en el redivivo moralismo de la elección racional.

Con ese marco, los esfuerzos que algunas agencias estatales realizan para recuperar alguna relación entre los fines constitucional y convencionalmente establecidos respecto del sistema penal y la realidad en la que operan las agencias del control social formal merecen un firme respaldo de la doctrina consagrada a tan trascendente temática.

De tal suerte, tras un breve proemio en el que he dado cuenta de mi actuación en el sistema penal argentino y de mi toma de posición frente a la realidad carcelaria, concentré mi atención en la gestión de sendas agencias estatales volcadas a lograr buenas prácticas en la fase de ejecución penal.

El buen suceso de las diferentes tareas desarrolladas en el último año por la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal, dependiente del Poder Judicial, con el colectivo de mujeres bajo arresto domiciliario, augura la continuidad y ampliación de la iniciativa respecto de otros grupos de personas afectadas por diferentes restricciones de su libertad ambulatoria. En cuanto a la actividad del Ministerio Público de la Defensa, la firme tutela de los Derechos Humanos de individuos que resultaron víctimas de diversas expresiones de violencia institucional condujeron, en un caso, a lograr una solución amistosa el Estado Nacional con el agraviado, con la mediación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, mientras que,

¹⁸ GARLAND, David. **La cultura del control**: crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005.



en el restante, la falta de cumplimiento de lo acordado por el propio Estado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos condujo a dicho Ministerio Público a proseguir el trámite ante la propia Corte Interamericana, sede ante la cual se hallan radicadas las actuaciones.

El saldo, pues, en términos generales, es reconfortante; pero los esfuerzos por humanizar el sistema deben continuar. Y esa lucha ennoblece a quienes la conducen.

REFERENCIAS

ANITUA IGNACIO, Gabriel. **Reinserción social y acceso a la justicia:** reflexiones en torno al Trabajo. Buenos Aires: Di Plácido editores, 2019.

ARGENTINA. **Constitución Nacional Argentina.** Buenos Aires: Congreso de las Nación Argentina, [1994]. Disponible en: <https://www.congreso.gob.ar/constitucionParte1Cap1.php#:~:text=Las%20cárceles%20de%20la%20Nación,al%20juez%20que%20la%20autorice>. Acceso en: 3 abr. 2024.

ARGENTINA. **Ley 13.640.** Se establecen normas para aquellos que no obtengan sanción en una de sus Cámaras durante el año parlamentario. Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina, 1949.

ARGENTINA. **Ley 24.660.** Ley de Ejecucion de la Pena Privativa de la Libertad. Buenos Aires: Congreso de la Nación Argentina, [1996].

ARGENTINA. Servicio Penitenciario Federal. **Cuestionario para identificar posibles limitaciones o dificultades de carácter intelectual.** Servicio Penitenciario Federal: Buenos Aires, 2023.

ARGENTINA. Poder Judicial de la Nación. Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional (sala 3). **Reg. n. 312/2015.** Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/42511-reincidencia-inconstitucionalidad>. Acceso en: 3 mar. 2024.

BARREYRO, María Virginia. Asistencia postpenitenciaria. In: FUENTE, Javier de la; SALDUNA, Mariana (dir.). **Ejecución de la pena privativa de la libertad:** comentario a la ley n. 24.660, reformada por la ley n. 27.375. Buenos Aires: Editores del Sur, 2019. p. 491-525.

BARREYRO, María Virginia. **Informe de Gestión DCAEP**: Año 2022. Buenos Aires, DCAEP, 2023.

BARREYRO, María Virginia. La experiencia de la dirección de control y asistencia de la ejecución penal: un aporte para pensar la seguridad pública y la prevención de la reiteración delictiva, por fuera de los muros de la cárcel. **Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación**, Buenos Aires, n. 15, p. 125-135, 2020.

BARREYRO, María Virginia. Mujeres en prisión domiciliaria: propuestas para un abordaje con perspectiva de género. In: PELUZZI, Marcelo; MONSALVE, María Jimena; BISCEGLIA, Vilma (dir.). **Miradas interdisciplinarias sobre la ejecución penal**. Buenos Aires: Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, 2019. p. 51-68.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC 29/22, de 30 de mayo de 2022**. Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf. Acceso en: 3 abr. 2024.

GARLAND, David. **La cultura del control**: crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005.

GARLAND, David. **Las dos caras de un gheto**: ensayo sobre marginalización y penalización. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010.

GAUDIN, Yannick; PAREYÓN NOGUEZ, Rebeca. **Brechas estructurales en América Latina y el Caribe**: Una perspectiva conceptual-metodológica. Santiago de Chile: CEPAL, 2020.

GUAL, Ramiro; SANZ, Alejandro. Penas desproporcionadas e inflación punitiva: una tragedia en cuatro movimientos. **Estudios sobre jurisprudência**, Buenos Aires, p. 111-136, sep. 2023.

HEGLIN, María Florencia; MERCURIO, Ezequiel. Acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual: la declaración de inimputabilidad y la participación en el proceso desde el paradigma de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. **Revista de la Defensoría Públicas del Mercosur**, Buenos Aires, n. 10, p. 27-46, maio 2023.

NIÑO, Luis Fernando; MATUS ACUÑA, Jean-Pierre. **Dogmática jurídica y ejercicio del poder**: riesgos del vasallaje cultural en la doctrina penal latino-americana. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2017.

SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL (Argentina). Guía de actuación para la implementación de apoyos y ajustes razonables para personas con discapacidad Intelectual privadas de libertad en establecimientos penitenciarios del servicio penitenciario federal. **Boletín Público Normativo**, Buenos Aires, v. 30, n. 812, jun. 2023.

TODARELLO, Guillermo; DESTEFANO, Leandro. Los excluidos sociales y el derecho penal. **Estudios sobre Jurisprudencia**, Buenos Aires, p. 102-110, 2023.

PARTE 2

MEDIOS COERCITIVOS, RÉGIMEN, VIGILANCIA Y BENEFICIOS EN LA EJECUCIÓN PENAL



CAPÍTULO 1

EL USO DE MEDIOS COERCITIVOS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL

ANTONIO ANDRÉS LASO*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Medidas de seguridad y vigilancia. 3. Medios coercitivos. 4. Tratados internacionales y principios constitucionales. El uso indebido de la violencia como trato degradante. 5. Regulación legal del uso de los medios coercitivos. 6. El régimen disciplinario. 7. Ubicación sistemática de los medios coercitivos en la Ley Orgánica y en el Reglamento. 8. La relación jurídica penitenciaria como relación de especial sujeción. 9. Intervención excepcional de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el interior. 10. Exceso en la aplicación de las medidas coercitivas. 11. Conclusiones. Referencias.

* Doctor en Derecho. Jurista de Instituciones Penitenciarias. Profesor Universidad de Valladolid (España).



1 INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica General Penitenciaria que rige en la actualidad la ejecución de las penas privativa de libertad en España fue la primera que con este rango se aprobó tras la entrada en vigor de la vigente Constitución española¹. Su elaboración se realizó en un contexto de extrema tensión y violencia en los establecimientos penitenciarios, lo que determinó que se aprobara con el máximo consenso posible. Su progresiva aplicación y su desarrollo reglamentario, realizado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo -posteriormente reformado por R.D 787/2984, de 28 de marzo-, consiguió normalizar la situación carcelaria y avanzar en la orientación de reeducación y reinserción social otorgada a la pena privativa de libertad en la Carta Magna². Su estructura es sencilla y su articulado breve, siendo preciso desarrollar sus disposiciones a través de la norma administrativa subordinada que constituyen los reglamentos.

El vigente fue aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, y en él se introdujo una novedad importante: la aplicación de los medios coercitivos se prevé en su estructura dentro del Capítulo dedicado a la seguridad interior de los establecimientos, frente a la sistemática de la Ley Orgánica, que lo hace en la regulación del régimen sancionador. Se trata de una modificación que, lejos que ser superficial o formal, tiene un significado práctico sustancial. El empleo legal de la

¹ La normativa penitenciaria se regula por Ley Orgánica y no mediante Ley ordinaria, conforme a lo dispuesto en el art. 81.1 de la Constitución, por afectar al derecho fundamental previsto en su artículo 17 (derecho a la libertad). Su aprobación, modificación o derogación requiere mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

² Art. 25.2. C.E.: Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

fuerza por parte del personal penitenciario en supuestos excepcionales se desvincula conceptualmente del régimen sancionador como respuesta a la comisión de infracciones administrativas. Con lo dispuesto por el Reglamento penitenciario y a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos donde el empleo legítimo de la fuerza por empleados públicos no está perfectamente delimitado, los funcionarios de prisiones cuentan con unas pautas de actuación totalmente definidas que aclaran cómo deben afrontar las situaciones que requieren el uso de la coacción sin que exista un previo acto administrativo formal³. Este aspecto, en apariencia irrelevante, implica una limitación del empleo de la coerción sobre las personas privadas de libertad que refuerza su situación jurídica y dignifica su consideración.

2 MEDIDAS DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA

La seguridad de las prisiones, que constituye uno de los objetivos de la Institución conforme dispone el art. 1.1 de la LOGP⁴ y se determina en el art. 3.4. de la misma ley, tiene una doble finalidad: conseguir que los internos permanezcan en el interior de los establecimientos evitando así que quebranten su condena o se evadan de sus instalaciones (seguridad retentivo-custodial) y preservar su vida, integridad y salud (seguridad personal).

El sistema penitenciario español se caracteriza porque la seguridad exterior, entendida como aquella que se presta en el espacio

³ BUAZÁ MARTORELL, Felio José. **El uso de la fuerza en Derecho administrativo**. Madrid: Iustel, 2016. JAVATO MARTÍN, Antonio María. Intervención policial y orden antijurídica obligatoria. In: RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón; LORENTE ACOSTA, José Antonio; AYUSO VILACIDES, Jesús (coord.) **Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial**. Valencia: Tirant lo Blanche, 2016. p.195-202.

⁴ Las Instituciones penitenciarias tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.

que rodea al establecimiento penitenciario y en los elementos físicos (barreras, alambradas, muros...) que lo separan del terreno o vías contiguas, adyacentes o colindantes que no forman parte del mismo, se halla atribuida a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (Guardia Civil, Policía Nacional o Cuerpos de policía autonómica). Sus efectivos no tienen contacto con la población reclusa y poseen la consideración de personal armado. Como señala Arribas López, por sus tareas y espacio físico donde se desarrollan, el servicio de seguridad exterior, una vez que un interno ha conseguido burlar la seguridad interior, es la última garantía para evitar que se evada. Por otro lado, es el encargado de enfrentar en primer lugar los posibles riesgos que para la seguridad del centro pueden representar acciones de elementos externos al centro⁵. De igual manera, estos Institutos armados realizan las conducciones y traslados de los internos (entre establecimientos penitenciarios, a sedes y órganos judiciales, a hospitales o centros sanitarios...).

La seguridad interior es competencia de los funcionarios de los Cuerpos de Instituciones Penitenciarias, con arreglo a los cometidos propios de cada uno y a la distribución de los servicios acordada por el director. Todos sus integrantes tienen la consideración de funcionarios civiles del Estado (o de la Administración de las Comunidades autónomas que tienen asumidas las competencias penitenciarias). Según lo previsto en el art. 45.4 LOGP, no podrán utilizar armas de fuego. Los medios o medidas ordinarias que para alcanzar la seguridad interior y cumplir los fines previstos con que cuentan los funcionarios son la observación de los internos; los recuentos; los registros, cacheos y requisas; otros registros y controles (de familiares y comunicantes que acceden al interior de los

⁵ ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. La seguridad en los establecimientos penitenciarios. In: VICENTE MARTINEZ, Rosario de. **Derecho penitenciario**: enseñanza y aprendizaje. Valencia: Tirant lo Blanche, 2015. p. 263-300.

establecimientos)⁶; las intervenciones (de dinero, alhajas u objetos de valor no autorizados, así como de objetos que se consideren peligrosos o prohibidos); los cambios de celda; la asignación adecuada de destinos⁷; las actividades y cautelas propias de las salidas tanto fuera de los módulos como fuera de los establecimientos y las rondas nocturnas. Los principios generales que informan la aplicación de estas medidas de seguridad interior son los de necesidad, proporcionalidad, respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales y subsidiariedad⁸.

3 LOS MEDIOS COERCITIVOS

La ley penitenciaria prevé el uso de medios coercitivos o medidas coercitivas pero no ofrece una definición de lo que son. Tampoco lo hizo en su primera versión el Reglamento que desarrolló la Ley Orgánica en 1981, ni tras su reforma de 1984. Nada establece sobre su concepto el Reglamento de 1996 hoy vigente.

Doctrinalmente, son numerosos los autores que han abordado la tarea de definir su significado. Para Fernández Arévalo y Nistal Burón son medidas de fuerza cuya utilización permite el ordenamiento penitenciario en supuestos excepcionales con el fin de restablecer la normalidad y se utilizan para impedir o reprimir conductas que por su gravedad no se pueden impedir o reprimir de otra forma menos gravosa⁹. Cervelló

⁶ Sobre la aplicación es esta medida en Brasil GOMES, Marcus Alan de Melo. Requisa en las cárceles y la dignidad humana: un aporte de la experiencia brasileña. In: MATA Y MARTÍN, Ricardo M. (dir.). **La necesaria reforma penitenciaria**. Granada: Comares, 2021. p. 95-107.

⁷ Podemos incluir bajo este concepto el trabajo productivo previsto en el art. 132 y el trabajo ocupacional no productivo del art. 153, ambos del Reglamento penitenciario. MARCOS MADRUGA, Florencio de; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. **Vademecum de derecho penitenciario**. Valencia: Tirant lo Blanche, 2015. p. 58.

⁸ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. **Seguridad y disciplina penitenciaria**. Madrid: Edisofer, 1988. p. 124-125.

⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis; NISTAL BURÓN, Javier. **Derecho penitenciario**. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 655.

Donderis señala que son mecanismos que ayudan a mantener la seguridad y la convivencia de los Centros, todos ellos tienen carácter preventivo para restablecer la normalidad por el tiempo estrictamente necesario, por eso son regulados dentro del aparatado de seguridad de los centros, lo que ocurre es que su estrecha vinculación con la disciplina aconseja estudiarlos en este lugar¹⁰. Arribas López considera que son actuaciones tendentes a garantizar la seguridad de los centros penitenciarios pero que se pueden calificar de extraordinarias; son medidas de contención física que deben utilizarse cuando no hay otro remedio, cuando no es posible otra posibilidad de actuación si se quieren evitar males mayores¹¹. Grijalba López indica que son acciones o elementos que el Ordenamiento penitenciario permite que sean usadas para impedir o reprimir determinadas conductas de los internos que, debido a su gravedad, requieren una pronta respuesta por parte del personal funcionario¹².

Señala Delgado López¹³ que la retención y la custodia de los internos en el establecimiento han de ajustarse a un régimen del que emanan cuatro deberes de los internos que se concretan en el artículo cuarto de la Ley: permanecer en el establecimiento; acatar las normas de vida del mismo, es decir, el régimen interior, respetar al personal penitenciario y autoridades judiciales o de otro orden y observar una conducta correcta con los compañeros. Para que la Institución pueda llevar a cabo su finalidad de retención y custodia la Administración penitenciaria debe crear un sistema de ordenada convivencia que posibilite la intervención tratamental sobre los reclusos y garantice

¹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. **Derecho penitenciario**. 3. ed. Valencia: Tirant, 2012. p. 315

¹¹ ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. La seguridad en los establecimientos penitenciarios. In: VICENTE MARTINEZ, Rosario de. **Derecho penitenciario: enseñanza y aprendizaje**. Valencia: Tirant, 2015. p. 293-296.

¹² GRIJALBA LÓPEZ, Juan Carlos. Los medios coercitivos en los establecimientos penitenciarios. **La Ley**, [s. l.], n. 3, p. 824, 1986.

¹³ DELGADO LÓPEZ, Luis María. Las medidas coercitivas. In: III JORNADAS DE FISCALES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA, 3., 1991, Madrid. **Ministerio fiscal y sistema penitenciario**. Madrid: Ministerio de Justicia, 1992. p. 175-177.

todos los derechos que como ciudadanos e internos están reconocidos en la Constitución, en la propia legislación penitenciaria y en el resto del ordenamiento jurídico.

Esta actividad, como toda la penitenciaria, está regida por el principio constitucional de legalidad que tiene su plasmación en la propia Ley¹⁴. Además, también por mandato constitucional y legal expreso, ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra¹⁵. De las característica asignadas a los medios coercitivos, de su naturaleza jurídica y de su finalidad práctica podemos concluir que su vinculación con el régimen sancionador penitenciario es inexistente o muy remota. No lo consideró así la sistemática seguida por la Ley Orgánica en 1979 al regular estos medios preventivos o de respuesta inmediata, contundentes y, en mayor o menor medida violentos, dentro del Capítulo (cuarto) que configura el régimen sancionador en el ámbito del Título (segundo) relativo al régimen penitenciario. En los primeros años de vigencia de la ley penitenciaria un sector mayoritario de la doctrina tampoco advirtió sobre la esencial diferencia que existe entre el régimen sancionador respecto a los instrumentos válidos que jurídicamente son admisibles para afrontar situaciones de crisis de manera inmediata.

El uso de medidas y sistemas mecánicos de sujeción están presentes en la historia penitenciaria. En la legislación histórica los medios coercitivos apenas tenían reflejo a pesar de que, como es fácil comprender, su uso era constante en la práctica¹⁶. Sanz Delgado ha analizado los instrumentos coercitivos recogidos en la normativa penitenciaria desde las perspectivas histórica e internacional, así como en la legislación positiva

¹⁴ Art. 2 LOGP: La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales.

¹⁵ Art. 15 C.E.: Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penal o tratos inhumanos o degradantes... Art. 6 LOGP: Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra.

¹⁶ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. **Seguridad y disciplina penitenciaria**. Madrid: Edisofer, 1988. p. 126-139.

española actual¹⁷. Los incardina en el contexto del régimen penitenciario entendido como el conjunto de normas destinadas a la consecución de una convivencia ordenada y pacífica. Son medidas e instrumentos de contención, dirigidos a la recuperación del equilibrio regimental, de la homeostasis penitenciaria. Su aplicación procede cuando el orden interno del establecimiento se ve quebrado, con riesgo para los bienes jurídicos personalísimos y materiales, legal y reglamentariamente protegidos. Su carácter es instrumental y finalista: la consecución de un entorno seguro para todos los allí destinados, para su retención y custodia o para el desarrollo de su actividad profesional¹⁸. El uso de la fuerza como medio para el mantenimiento del orden y la disciplina se halla en la esencia misma de la privación de libertad como sanción penal; siempre ha existido y en todos los sistemas carcelarios. La gran diferencia que podemos advertir es la regulación normativa que de esta necesidad se ha hecho para alcanzar su empleo civilizado.

4 TRATADOS INTERNACIONALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. EL USO INDEBIDO DE LA VIOLENCIA COMO TRATO DEGRADANTE

La prohibición genérica de los malos tratos de palabra o de obra establecida en la LOGP es aplicable a todo el ámbito penitenciario y se halla expresamente formulada en aplicación a lo señalado en el art. 15 de la Constitución y en los numerosos tratados de carácter universal y regional ratificados por España en materia de reconocimiento y protección

¹⁷ SANZ DELGADO, Enrique. Disciplina y reclusión en el Siglo XIX: criterios humanizadores y control de la custodia. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 55, n. 1, p.109-202, 2002. p. 162.

¹⁸ SANZ DELGADO, Enrique. De la disciplina a la seguridad integral: los medios coercitivos y la homeostasis penitenciaria. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 72, n.1, p. 347-402, 2019.

de derechos humanos (art. 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, art. 3 del Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 y el Tratado contra la tortura ratificado por España en 1987). En el ámbito estrictamente penitenciario, la Regla 31 de las Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas de 1955 y del Consejo de Europa (1973) disponen que las penas corporales, el encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante, quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias. De igual manera, sus Reglas 33 y 34, relativas a los medios de coerción, señalan:

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

Y 34. “El modelo y los métodos de empleo autorizados de los medios de coerción serán determinados por la autoridad penitenciaria

central. Su aplicación no deberá prolongarse más allá del tiempo estrictamente necesario”¹⁹.

De forma similar, en las Reglas Penitenciarias Europeas (Recomendación R (87) 3 del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa) se establece –regla 39– que debe prohibirse el uso de cadenas y de grilletes y que las esposas, las camisas de fuerza y otras trabas jamás se emplearán a título de sanción.

Esta prohibición de malos tratos se vincula, igualmente, con lo señalado en el art. 10 C.E., que fundamenta el orden político y la paz social en la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Detrás de su redacción subyace una concepción humanista, realista y eticista de la persona. Es la visión de la persona privada de libertad que destila la ley penitenciaria cuando se elaboró en coincidente periodo en el que España asumía ante la Comunidad internacional numerosos compromisos en materia de derechos humanos y los trasladaba a su ordenamiento interno. Por este motivo, a quien se comporta *indignamente* se le ha de reconocer su dignidad, porque se trata de un valor ético absolutamente objetivo que no depende de la reciprocidad. El *respeto a los derechos de los demás* es una manifestación de la correlación existente entre la dignidad como fundamento de los derechos y de los deberes. Si los derechos son inherentes a la persona en función de su dignidad, así también el respeto a estos derechos es una exigencia de la propia dignidad²⁰. En línea con estos postulados, nuestra ley penitenciaria culmina un largo trayecto en la concepción y finalidad de la pena privativa de libertad alejada del mero castigo o retribución, lo

¹⁹ Estos criterios han permanecido inalterados en la versión revisada de las Normas Mínimas aprobada en el año 2015 bajo la denominación de Reglas Nelson Mandela.

²⁰ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **El cambio político español y la Constitución**. Barcelona: Planeta, 1982. p. 419-431.

que implica la dignificación de todas las personas privadas de libertad con independencia de la causa que la motiva. Lo hace reconociendo formalmente un complejo conjunto de derechos y libertades a favor de los reclusos garantizados mediante diversos mecanismos propios para su defensa y salvaguarda - tanto internos como internacionales - entre los que destaca la jurisdicción de vigilancia penitenciaria surgida en la propia Norma.

En consecuencia, de forma excepcional y por los únicos motivos que establece una ley del más alto rango, algunos reclusos - que no todos -²¹, en supuestos excepcionales y tasados pueden ser inmovilizados, aislados, golpeados o rociados con una sustancia molesta. A ninguna otra coerción pueden ser sometidos. De su aplicación, decisión de ordinario adoptada por el máximo responsable del Establecimiento (salvo en supuestos de urgencia) que, en mayor o menor medida implica una humillación para quien lo padece o soporta, debe conocer la autoridad judicial de vigilancia penitenciaria tras ser inmediatamente notificado su empleo y la causa que lo justifica. Su aplicación no durará más que el tiempo estrictamente necesario. Estas medidas que se pueden o se deben aplicar cuando concurren las relevantes circunstancias habilitantes que lo motivan, carecen de cualquier naturaleza sancionadora y responden a necesidades distintas en la medida en que la comisión de infracciones disciplinarias se corrigen tras la tramitación de un estricto procedimiento administrativo que cuenta con todas las garantías. También las consecuencias jurídicas limitativas de los derechos de los reclusos son diferentes.

Los funcionarios de prisiones tienen la facultad y la obligación de impedir a los internos que realicen ciertas conductas atentatorias contra bienes, personas o la normativa legal. Deben imponer que se

²¹ Salvo en los supuestos en que de su actuación pudiera derivarse un inminente peligro para su integridad o para la de otras personas, no es de aplicación a las mujeres gestantes y a las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las tuvieran hijos consigo. Tampoco a los enfermos convalecientes.

acaten las órdenes que formulen en el ejercicio legítimo de su cargo. El personal penitenciario, para cumplir su responsabilidad cuentan con las herramientas jurídicas y con los medios materiales y físicos precisos. Realizan una exigente y delicada función que nunca será lo suficientemente valorada por la sociedad y que, en muchas ocasiones, es totalmente desconocida. La normativa penitenciaria establece con nitidez los supuestos en los cuales el ejercicio de la violencia (en mayor o menor grado) puede ser empleada. Más allá de estas tasadas situaciones deberán afrontar la responsabilidad disciplinaria e incluso penal en que puedan haber incurrido.

El uso ilegal de la fuerza en las prisiones constituye, de forma innegable, un atentado a la dignidad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que estas situaciones suponen una infracción al derecho reconocido en el Tratado para la prevención de la tortura suscrito por los países más avanzados de la Comunidad internacional y del que España es parte²². El Comité para la Prevención de la Tortura determina que el empleo desproporcionado de los medios coercitivos (correas, camisas de fuerza, sedantes, tranquilizantes, hipnosis, antidepresivos...) puede ser considerado como un trato inhumano o degradante. Admite que su empleo proporcional a la circunstancia que lo justifica puede ser necesario en dos situaciones: por precaución, en caso de traslados, para evitar riesgo de fuga y con la finalidad de proteger a un preso cuanto se autolesiona y cuando puede ser víctima de otros presos o para prevenir daños contra la propiedad, siempre que otros mecanismos de control hubiesen fallado. Snacken y van Zyl Smit destacan, con gran acierto, el papel esencial que tienen los empleados penitenciarios para evitar el recurso al uso de la fuerza y abogan por su formación cualificada que permita la prevención de los conflictos

²² Sentencias Kucheruk v. Ucrania, de 6 de septiembre de 2007, Berlinski v. Polonia, de 20 de junio de 2002 & 59; Satik y otros v. Turquía, de 10 de octubre de 2000 & 54; Rubitsch v. Austria, de 4 de diciembre de 1995 & 38.

que generan incidentes violentos mediante la adquisición de técnicas adecuadas así como aquellas otras que posibiliten su resolución de la forma menos traumática posible²³. Para alcanzar este objetivo el Organismo internacional ha establecido una guía dirigida al personal penitenciario sobre el uso de la fuerza donde se establece que no podrá usar la fuerza contra los reclusos, excepto en defensa propia y en casos de intento de fuga o resistencia física activa o pasiva a una orden legal y siempre como último recurso. La cantidad de fuerza empleada deberá ser el mínimo y se impondrá durante el menor tiempo necesario. Los presos contra los que se ha usado fuerza física deben tener derecho a ser inmediatamente examinados y, si fuese necesario, a ser tratados por un médico. Los resultados del examen (incluyendo cualquier declaración del preso, así como las conclusiones del médico) deberán ser formalmente registrados y estar disponibles para el preso.

5 REGULACIÓN LEGAL DEL USO DE MEDIOS COERCITIVOS

Bueno Arús señala, respecto a la autorización del empleo de medidas de coacción, que el uso de medidas de la fuerza se legitima, con carácter general, por su necesidad jurídicamente reconocida, es decir, cuando su empleo, conforme a las categorías jurídico-penales, constituyera legítima defensa propia o ajena, estado de necesidad, o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Igualmente podría ocurrir, en su caso, la obediencia debida²⁴.

²³ SNACKEN, Sonja; VAN ZYL SMIT, Dirk. **Principios de derecho y política penitenciaria europea**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 431-432.

²⁴ BUENO ARÚS, Francisco. Prohibición general de malos tratos. In: **COMENTARIOS la legislación penal**. Madrid: Edersa, 1986. p. 136.

La regulación de los medios coercitivos se establece en el artículo 45 de la Ley penitenciaria, en el 72 de su Reglamento de desarrollo y en las Instrucciones de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 3/2010, de 12 de abril y 3/2018, de 25 de septiembre, que modifica la anterior en lo dispuesto en materia de sujeciones mecánicas²⁵.

La LOGP establece las finalidades que habilitan para el empleo de los medios coercitivos, mientras que la determinación de cuáles son estos medios que pueden emplearse en los supuestos legalmente contemplados se señala en vía reglamentaria.

Según el art. 45 LOGP sólo podrán utilizarse los medios coercitivos para alguna de estas finalidades:

- a. Impedir actos de evasión o de violencia de los internos
- b. Evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas
- c. Vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.

Señala Delgado López que si el límite de aplicación de la medida es restablecer la normalidad, el presupuesto para que se aplique será una situación anormal. Debe producirse o preverse la inminencia de la existencia de una ruptura de la seguridad y la convivencia normales en el establecimiento, pero no una ruptura cualquiera. El que la medida trate de evitar actos de evasión, violencia, daños o desobediencia significa que esas conductas todavía no se han realizado, pues pueden ser evitadas. Supone

²⁵ Las instrucciones y órdenes de servicio tienen una gran relevancia en la Administración penitenciaria como directrices de actuación mediante las cuales los órganos superiores dirigen la actividad de los jerárquicamente dependientes y, con ello, uniformizan la aplicación de la legislación en todos los establecimientos. Al carecer de la consideración de fuente del derecho, no pueden regular aspectos sustantivos ni excederse en los límites de disposiciones de mayor rango (Ley y reglamento penitenciario). RODRÍGUEZ ALONSO, Antonio; RODRÍGUEZ AVILÉS, Juan A. **Lecciones de derecho penitenciario**. 4. ed. Granada: Comares, 2011. p. 22.

también que es posible que se realicen, pues en otro caso no se plantearía la necesidad de evitarlas y significa también que han de tratarse de estas conductas precisamente y no de otras, no descritas de modo expreso. La anormalidad en la seguridad o en la convivencia consiste en una actitud o conducta del interno que, de continuar, probablemente llegaría a ser evasión, violencia, daños o desobediencia. Hay una conducta, punto de partida, y otra, probablemente punto de llegada²⁶.

Estas conductas son *numerus clausus*, pues las medidas solo podrán utilizarse en los casos reseñados. Para Mapelli Caffarena, un posible criterio para determinar frente a qué comportamientos están justificadas las medidas coercitivas puede ser la presunción de hallarse frente a una conducta delictiva. Cuando el interno con su actitud no pase de incumplir una norma penitenciaria o un deber, el funcionario debe poner los hechos en conocimiento del órgano competente para que aplique una sanción; si, por el contrario, el riesgo para el centro o la comunidad que se origina a consecuencia de la actitud del interno es de tal gravedad que pudiera entrar en responsabilidad penal, entonces el funcionario podrá hacer uso de las medidas coercitivas²⁷.

Los medios coercitivos admitidos en Derecho son aquellos que refrenan al interno, le contiene, le sujeta, doblaga su voluntad, le constriñe, para que cese su voluntad y no llegue a realizar tales conductas. En ningún caso tendrán carácter sancionador aunque el hecho que determina su utilización esté tipificado como infracción administrativa e incluso ilícito penal. Su empleo debe ser excepcional y utilizable solamente cuando se hayan agotado otros medios alternativos²⁸.

²⁶ DELGADO LÓPEZ, Luis María. Las medidas coercitivas. In: III JORNADAS DE FISCALES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA, 3., 1991, Madrid. **Ministerio fiscal y sistema penitenciario**. Madrid: Ministerio de Justicia, 1992. p. 173-188.

²⁷ MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Principios fundamentales del sistema penitenciario español**. Barcelona: Boch, 1983. p. 285, nota 154.

²⁸ ASENCIO CANTISÁN, Heriberto. Régimen disciplinario y sancionador. **Revista de Estudios Penitenciarios**, Madrid, 1. extra, 1989. p. 34.

Estos medios o medidas están establecidos reglamentariamente. En la actualidad, según señala el art. 72 del Reglamento que desarrolla la Ley son el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas. Su uso será proporcional al uso pretendido, nunca supondrá una sanción encubierta, y sólo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario.

Apartándose del criterio doctrinal mayoritario, Mapelli Caffarena afirma que la relación de medios coercitivos no puede considerarse taxativa más que en un solo aspecto que es el de la utilización de armas de fuego e indica que, por lo demás, no hay razones para excluir cualquier instrumental nuevo pensado como medio de coerción y no de lesión que sea más eficaz que los que se conocen actualmente²⁹. Entendemos que esta afirmación puede ser válida siempre que se produzca la previa modificación del Reglamento penitenciario para la inclusión de esos nuevos elementos que siempre pueden surgir y que permitirían el mantenimiento del orden conforme a los principios analizados a continuación.

Conforme dispone el art. 72.3 R.P., en todo caso los medios materiales coercitivos serán depositados en lugar idóneo y su cuantía y estado se reflejará en libro oficial. Esto supone que los funcionarios de la institución no portan ningún medio coercitivo (esposas, aerosoles, defensas de gomas) en la medida en que se hallan custodiados en lugar seguro. De igual manera su utilización, aunque no sea directamente aplicado sobre un interno, deberá ser notificada inmediatamente a la autoridad judicial (p.e.: reparto del material entre los empleados públicos en previsión de que deban ser usados) si son observados por los reclusos.

²⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Principios fundamentales del sistema penitenciario español**. Barcelona: Boch, 1983. p. 283-387.

Según la doctrina, los Principios reguladores en la aplicación de los medios coercitivos³⁰, conforme dispone el art. 72 R.P. y se deduce de lo señalado en el art. 45. LOGP, son:

- Intervención mínima. Solo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario.

- Proporcionalidad. Su uso será proporcional al fin pretendido que no puede ser otro que el restablecimiento de la normalidad alterada.

- Salvo en los casos en los que de la actuación de aquéllos pudiera derivarse un inminente peligro para su integridad o para la de otras personas no son de aplicación a mujeres gestantes, lactantes y con hijos consigo ni a los enfermos convalecientes de enfermedad grave.

- Es necesaria la autorización expresa por el director salvo que razones de urgencia no lo permitan, en cuyo caso se pondrá en su conocimiento inmediatamente. La existencia de circunstancias de urgencia permiten que las medidas de coerción sean aplicadas directamente por el personal penitenciario sin perjuicio de su inmediato conocimiento por el director.

- Control judicial, a cuyo efecto el director deberá comunicar inmediatamente su empleo al Juez de Vigilancia Penitenciaria así como las causas que lo justifica.

Consideramos también esencial subrayar que la aplicación de los medios coercitivos se caracteriza por la aplicación individualizada ante actuaciones concretas, por lo que nunca deben ser utilizados como medida ante un grupo o colectivo de internos. Como señala Asencio Cantisán, la legislación penitenciaria aporta soluciones para internos no adaptados a los regímenes ordinario o abierto. Lo que en ningún caso

³⁰ BUENO ARÚS, Francisco. Régimen disciplinario penitenciario. In: I CURSO MONOGRÁFICO PARA JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA, 1., 1995, Madrid. **Anais** [...]. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997. p. 327-330. BARRIOS FLORES, Luis F. El empleo de medios coercitivos en prisión. **Revista de Estudios Penitenciarios**, Madrid, n. 253, p. 74-78, 2007.

es admisible es la utilización de los medios coercitivos como medida de carácter generalizada³¹. En este sentido tuvo notoria importancia el Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 1 de Algeciras que consideró que el uso de esposas sobre los internos clasificados en el régimen más restrictivo de todos los establecidos (primer grado con la modalidad prevista en el art. 91.3 R.P.) de manera automática en todas las salidas del módulo, constituye un empleo abusivo de la sujeción mecánica como medio coercitivo, lo que obligó a la Administración penitenciaria a modificar la Instrucción que así lo preveía³².

El control judicial requiere que la dirección del establecimiento traslade a la autoridad judicial, en el menor espacio de tiempo posible, la exposición de los hechos que determinan la aplicación y eventualmente el mantenimiento de la medida y cuantas circunstancias fácticas sean determinantes para el fin pretendido, y debe realizarse del modo más concreto y minucioso posible, sin perjuicio de las comprobaciones judiciales que fuesen oportunas. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, conforme dispone el art. 76 LOGP, tienen plena competencia para la salvaguarda de los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse. Actuarán de oficio o como respuesta a una queja presentada por los internos y sus posibles respuestas son diversas. Por Providencia pueden darse por enterados de la adopción de estas medidas si estimara que fueron necesarias y proporcionadas a la vista de los motivos que se exponen. En el otro extremo es posible que acuerde el cese inmediato de su aplicación y la exigencia de responsabilidades al

³¹ ASENCIO CANTISÁN, Heriberto. El régimen disciplinario: el procedimiento sancionador y los medios coercitivos. In: VI REUNIÓN DE JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA, 6., 1993, Madrid. **Vigilancia penitenciaria**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993. p.133.

³² SOLAR CALVO, María del Puerto; LACAL CUENCA, Pedro. Necesario comentario al AJVP de Algeciras n.1, de 28 de abril. **La Ley**, [s. l.], n. 9683, jul. 2020.

empleado público que se extralimitó en su aplicación³³. Si de la valoración judicial considerase un uso abusivo, improcedente o desproporcionado y al margen de ordenar el cese de la coerción, si aún perdurase, debería dar cuenta de la inadecuación de la medida adoptada a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias o, incluso, si se apreciase indicios de actuación delictiva, al Ministerio Fiscal³⁴.

6 EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Según el art. 231.1 del R.P. el régimen disciplinario de los reclusos estará dirigido a garantizar la seguridad y el buen orden regimental y a conseguir una convivencia ordenada, de manera que se estimule el sentido de responsabilidad y la capacidad de autocontrol, como presupuestos necesarios para la realización de los fines de la actividad penitenciaria.

Según dispone el art. 42 LOGP, los internos no serán corregidos disciplinariamente sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones previstas en esta Ley. Los principios que rijen el ejercicio de la potestad sancionadora son los de legalidad, tipicidad, irretroactividad, responsabilidad personal, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, igualdad y no discriminación, oportunidad, última ratio, interdicción de la arbitrariedad, procedimiento reglado, derecho de defensa, non bis in idem y subordinación al control jurisdiccional.

³³ DELGADO LÓPEZ, Luis María. Las medidas coercitivas. In: III JORNADAS DE FISCALES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA, 3., 1991, Madrid. **Ministerio fiscal y sistema penitenciario**. Madrid: Ministerio de Justicia, 1992. p. 187-188.

³⁴ CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos. Régimen disciplinario: asistencia de letrado: medidas coercitivas. In: VII REUNIÓN DE JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA, 7., 1994, Madrid. **Vigilancia penitenciaria**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994. p. 255.

El art. 42.2 LOGP y el art. 111 del Reglamento de 1981³⁵, establecen expresamente las sanciones que se pueden imponer³⁶:

- a. Para las faltas muy graves, sanción de aislamiento en celda de seis a catorce días de duración (en los casos de evidente agresividad o violencia por parte del interno o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia del Centro), o sanción de aislamiento de hasta siete fines de semana.
- b. Para las faltas graves, sanción de aislamiento en celda de lunes a viernes por tiempo igual o inferior a cinco días, privación de permisos de salida por tiempo igual o inferior a dos meses, limitación de las comunicaciones orales al mínimo tiempo previsto reglamentariamente durante un mes como máximo, o privación de paseos y actos recreativos comunes desde tres días hasta un mes como máximo.
- c. Para las faltas leves, privación de paseos y actos recreativos comunes de hasta tres días de duración, o amonestación.

El art. 44.1 LOGP se limita a señalar que las sanciones disciplinarias serán impuestas por el correspondiente órgano colegiado y defiere al Reglamento su organización y composición.

El aislamiento en celda (de forma continuada o durante fines de semana) aparece configurado en la legislación española como una sanción por la comisión de infracciones calificadas como graves o muy graves. Su esencia coincide con la medida coercitiva pero su finalidad es diferente.

³⁵ Declarado vigente por la Disposición derogatoria del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de 1996.

³⁶ Sobre los principios de la potestad disciplinaria, infracciones y sanciones: JUSTO OCAMPO, Sara. El régimen disciplinario, In: LEÓN ALAPONT, José. **Guía práctica de derecho penitenciario**. Madrid: Wolters Kluwer, 2022. p. 391-402.

La sanción de aislamiento en celda se cumple en el compartimento que habitualmente ocupe el interno y, si no fuera posible, pasará a uno individual de semejantes medidas y condiciones. Tiene una duración determinada en función de la sanción aplicada que no podrá exceder de 14 días. Por el contrario, su aplicación como medio coercitivo pretende aislar al interno que realiza un comportamiento inapropiado del resto de sus compañeros, y su duración será la estrictamente necesaria hasta que se restablezca la normalidad. En ninguno de los dos supuestos existen lugares donde las condiciones físicas sean más penosas que el resto de los lugares de internamiento de los reclusos. Si el comportamiento que determina la aplicación de la medida de seguridad de aislamiento derivara en la tramitación de un expediente sancionador y la imposición de la correspondiente sanción de aislamiento en celda, este periodo de aislamiento –medio coercitivo– será de abono para el cumplimiento de la sanción.

7 UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS MEDIOS COERCITIVOS EN LA LEY ORGÁNICA Y EN EL REGLAMENTO

Hasta el momento hemos analizado los conceptos de seguridad interior, medios coercitivos y régimen disciplinario como tres instrumentos o herramientas jurídicas para el logro de una ordenada convivencia en las prisiones. Su empleo responde a las distintas situaciones que se puedan producir. Tradicionalmente y lo largo de la historia de la Institución carcelaria, estos conceptos no han estado definidos y diferenciados con precisión. Como resalta Téllez Aguilera³⁷, el Reglamento de 1996 produjo

³⁷ TÉLLEZ AGUILERA, Abel. **Seguridad y disciplina penitenciaria**. Madrid: Edisofer, 1988. p. 124-127.

la ruptura del emparejamiento medios coercitivos-régimen disciplinario, pasando a vincular a aquéllos con la seguridad de los Establecimientos.

Este cambio de orientación es importante porque supuso remarcar que los fines y principios informadores del régimen disciplinario son distintos a los de la aplicación de los medios coercitivos. Existe un régimen sancionador y existen unas acciones o elementos que difieren en su finalidad y en su contenido, aunque en determinadas ocasiones la aplicación de estos medios coercitivos puedan estar vinculadas a situaciones que derivan en la aplicación del régimen sancionador. La esencia y naturaleza jurídica prima sobre la ubicación sistemática en su regulación como acertadamente establecieron los redactores del R.P. actual. Así lo apreció Bueno Arús al señalar que procede con mayor corrección sistemática el nuevo Reglamento, al ubicar el art. 72, dedicado a tales medios, en el capítulo rotulado De la seguridad de los establecimientos, añadiendo, a mayor abundamiento, que “su uso... nunca supondrá una sanción encubierta”. La consecuencia de esta caracterización es clara: el empleo de los medios coercitivos se ha de guiar por los principios generales que informan la seguridad interior de los establecimientos penitenciarios y no por los que se aplican específicamente el régimen disciplinario³⁸

³⁸ BUENO ARÚS, Francisco. Régimen disciplinario penitenciario. In: I CURSO MONOGRÁFICO PARA JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA, 1., 1995, Madrid. **Anais** [...]. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997. p. 328.

8 LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA COMO RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECCIÓN

Sin que se establezca expresamente en el Ordenamiento jurídico, se ha considerado que el vínculo jurídico que se establece entre la Administración penitenciaria y las personas privadas de libertad constituye una manifestación de las relaciones de especial sujeción o de supremacía especial que existen. Según esta consideración, determinadas personas tienen un status especial consistente en una dependencia intensificada con la Administración y que es inexistente para el resto de personas que no se hallan en dicha situación, siendo la relación jurídica penitenciaria un claro ejemplo de las mismas. Tener que soportar diariamente todas las medidas de seguridad interior que se adoptan -cacheos, recuentos, prohibición de poseer determinados objetos, ser observado...-, ser sometido eventualmente a medios coercitivos o poder ser sancionado por la comisión de infracciones administrativas en el ámbito penitenciario, constituyen ejemplos claros de la existencia de esta relación asimétrica que se genera con el ingreso en prisión.

Con carácter general, este tipo de relaciones jurídico administrativas especialmente intensas, en palabras de Gallego Anabitarte, introductor en España de esta noción importada de Alemania, resultarían intolerables para los ciudadanos que se encuentran en una relación de sujeción general³⁹. Desde una visión retributiva de los fines de la pena y al objeto de consolidar los sistemas custodiales imperantes en el ámbito penitenciario, bajo esta relación de sujeción especial la principal obligación de la Administración ha consistido en la protección de la vida, la salud y la integridad de las personas a ella sometida, frente a lo que se erige un conjunto asimétrico de deberes que deben cumplir los internos

³⁹ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración: contribución a la teoría del Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 34, p. 24-25, enero/abr. 1951.

con unas obligaciones añadidas por su condición de privado de libertad y que se suman a los propios de cualquier ciudadano⁴⁰.

La primera resolución relevante del Tribunal Constitucional que afronta en profundidad esta teoría es la de 21 de enero de 1987 y resuelve una demanda de amparo presentada por un interno perteneciente a la organización terrorista ETA, que durante décadas cometió infinidad de atrocidades en España. En la misma, el Tribunal de garantías constitucionales interpretó la orientación reeducadora y reinseradora de la pena privativa de libertad y negó que esta finalidad confiera un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación. Con posterioridad el Tribunal Constitucional, en materias como el régimen penitenciario, la obligatoria intervención sanitaria para garantizar la vida de los internos en huelga de hambre, la constitucionalidad de los cacheos con desnudo integral, el acceso al contenido de las comunicaciones mediante su intervención y la exploración mediante rayos X, ha ido modificando y modulando de manera sutil la interpretación de esta teoría estableciendo, con mayor o menor intensidad la consideración de que, en una relación jurídica especial generadora de obligaciones específicas manifiestamente asimétricas⁴¹, los derechos de las personas a ellas sometidas deben contar con una protección especialmente intensa.

En todo caso y como con gran acierto señala Téllez Aguilera, se hace preciso abandonar un teoría decimonónica que se ha construido sobre un concepto difuso, que ha sido relegada en su país de origen, abusivamente utilizada en nuestros Tribunales y que, a fin de cuentas, no hace sino

⁴⁰ Sobre la relación de especial sujeción y la controversia doctrinal que su consideración provoca. CASTILLO BLANCO, Federico A. La potestad disciplinaria de la administración penitenciaria. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 282-283, t. 2, p. 361-412, 2010. p. 370-382. MATA Y MARTÍN, Ricardo M. El principio de legalidad en el ámbito penitenciario. **Revista General de Derecho Penal**, n. 14, 2010. p. 21 y ss. SOLAR CALVO, María del Puerto. **El sistema penitenciario español en la encrucijada**: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales. Madrid: BOE, 2019. p. 135-177.

⁴¹ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Fundamentos...*, cit., pp. 183-191.

distinguir entre un tipo de ciudadanos y otros en función de la catalogación que reciba la relación jurídica que les une con la Administración⁴². Esta doctrina puede considerarse superada puesto que el estatus jurídico de las personas privadas de libertad se articula conforme a lo establecido en el art. 25.2 de la Constitución donde se establece que los condenados a pena de prisión que estuviesen cumpliendo la misma gozará de todos los derechos fundamentales de este Capítulo (segundo del Título primero), a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria.

Este es el marco general en el que, con independencia de la denominación o calificación que se otorgue a la relación jurídica que existe entre determinadas personas sometidas a un poder administrativo autónomo y más intenso que el que se proyecta sobre el común de los ciudadanos⁴³, debemos encuadrar la eventual aplicación de los medios coercitivos previstos en la legislación penitenciaria, tanto en la Ley Orgánica como en su reglamento de desarrollo e incluso en las Instrucciones y órdenes de servicio que la Administración penitenciaria ha emitido.

9 INTERVENCIÓN EXCEPCIONAL DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD EN EL INTERIOR DE LOS ESTABLECIMIENTOS

Dos son las situaciones legalmente contempladas en las que las medidas de coacción autorizadas pueden alcanzar un ámbito mayor de actuación con ocasión de la intervención de los Cuerpos de Seguridad del

⁴² TÉLLEZ AGUILERA, Abel. **Seguridad y disciplina penitenciaria**. Madrid: Edisofer, 1988. p. 135-178.

⁴³ Se define como contraprestación recíproca de derechos y deberes de los internos con la administración penitenciaria. GARCÍA VALDÉS, Carlos. **Comentarios a la legislación penitenciaria**. Madrid: Civitas, 1983. p. 34.

Estado en el interior de los establecimientos penitenciarios. La primera de ellas se produce en los supuestos de graves alteraciones del orden en un centro, a que se refiere la Disposición final primera de la LOGP⁴⁴. Las consecuencias de su intervención no deja de estar sometidas al Ordenamiento jurídico, y tanto el uso de las armas como el de otros medios contundentes por las Fuerzas de Seguridad estará legitimado con arreglo a las normas legales y a los criterios de necesidad estricta que los hagan indispensables. Esta Disposición final primera tiene la justificación de su existencia en la situación de extrema violencia que se vivía en las prisiones españolas en la época de la Transición política a la democracia y que coincide con la elaboración del texto normativo. Los desórdenes fueron generalizados en todos los centros, lo que supuso una auténtica pérdida del control sobre los mismos⁴⁵. De igual manera y con carácter excepcional dicha disposición fue aplicada en situaciones de concentración de internos terroristas en centros penitenciarios concretos. Afortunadamente y desde hace varias décadas dicha disposición no ha tenido que ser empleada.

La segunda previsión legal que habilita el acceso de miembros de las Fuerzas de Seguridad de guardia en el establecimiento (para la realización de la seguridad exterior del mismo) se puede producir en supuestos de graves alteraciones del orden con peligro inminente para las personas o para las instalaciones. En este supuesto el Director, con carácter provisional, podrá recabar el auxilio de estas Fuerzas que, en caso de tener que utilizar armas de fuego, lo harán por los mismos motivos y con las mismas limitaciones que establece la Ley que regula su actividad (art. 5.2. de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas

⁴⁴ CAROU-GARCÍA, Sara. La disposición final primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria como respuesta jurídica al motín carcelario y mecanismo de preservación de la seguridad penitenciaria.

Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. 75, 2022. p. 507-556.

⁴⁵ Sobre este periodo: ANDRÉS LASO, Antonio. **Concordia en las cortes y violencia en las cárceles: la transición penitenciaria española**. Madrid: Reus, 2021.

y Cuerpos de Seguridad). Esta disposición –Art. 72.5 del Reglamento) se introdujo en 1996 y permite, excepcionalmente, la participación inmediata de elementos armados para alcanzar el restablecimiento del orden en los momentos iniciales en los que se prevea el surgimiento de graves conflictos y ha sido empleado de manera excepcional en la práctica.

10 EXCESO EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS

Existe unanimidad al considerar que puede existir exceso en la aplicación de los medios coercitivos porque se utilicen sin ser necesarias, se usen medios prohibidos, se rebase el fin de restablecer la normalidad o se mantengan más tiempo que el que sea estrictamente preciso. Este exceso en su utilización podría calificarse, en función de su intensidad y de los efectos producidos, bajo la genérica denominación de mal trato. Si el uso de la fuerza se legitima por su necesidad jurídicamente reconocida y el medio empleado debe ser el más idóneo de los establecidos, cualquier uso indebido o prolongado de forma innecesaria debe corregirse de inmediato. Siempre es precisa la verificación de la concurrencia de los presupuestos fácticos y jurídicos para evitar la exigencia de responsabilidad disciplinaria o penal en su caso del personal penitenciario que ha incurrido en la desviación o exceso en su aplicación. Además, no lo olvidemos, los funcionarios de Instituciones penitenciarias se encuentran sometidos a un exigente Código deontológico aprobado en el año 2010 por la Secretaría General de Instituciones penitenciarias que debe guiar en todo momento su actividad y actuaciones⁴⁶.

⁴⁶ GARCÍA VALDÉS, Carlos. Una aproximación al código deontológico penitenciario. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Alcalá, n. 3, p. 479-492, 2010.

11 CONCLUSIONES

1. Rodríguez Yagüe ha destacado el carácter progresista y humanitario de la LOGP, en línea con lo proclamado en el articulado de la Constitución y en los textos de reconocimiento de derechos fundamentales ratificados por España⁴⁷. Consecuencia de estas disposiciones constitucionales y supranacionales el art. 6 LOGP dispone que ningún interno será sometido a malos tratos de palabra o de obra. Nuestro texto legal recoge la mejor tradición humanitaria de nuestro penitenciarismo con raíces en el llamado Siglo de oro español en el que destacan autores como Sandoval, Cerdán, Chaves o Pedro de León⁴⁸ y que puede sintetizarse en la reflexión que en 1887 realizara Francisco Lastres al señalar que el penado es un hombre acreedor a consideración y la enmienda del culpable no se conseguirá nunca si se emplea la violencia y el abuso, atropellando los respetos debidos a la dignidad humana⁴⁹.
2. Los medios coercitivos no se integran dentro del régimen disciplinario, sino más propiamente en el marco general de las medidas de seguridad, como auténticas medidas extraordinarias, y que son en consecuencia proyección de los poderes de control, vigilancia y seguridad ostentados por la

⁴⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. La ejecución cruel de las penas de prisión. In: VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de; GÓMEZ INIESTA, Diego José; MARTÍN LÓPEZ, M. Teresa; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de; NIETO MARTÍN, Adán (coord.). **Libro homenaje al professor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista**. Madrid: BOE, 2021. p. 1115-1138.

⁴⁸ AMEZÚA AMEZÚA, Luis Carlos. Las realidades de la prisión: precursores españoles del humanitarismo penitenciario en el siglo de oro. In: MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Hitos de la historia penitenciaria española: del siglo de oro a la Ley General Penitenciaria**. Madrid: BOE, 2020. p. 13-40.

⁴⁹ LASTRES, Francisco. **Estudios penitenciarios**. Madrid: Establecimiento tipográfico de Pedro Núñez, 1887. p. 15.

Administración penitenciaria, anteriores y diferenciables de sus poderes de corrección.

El Reglamento ubica acertadamente a los medios coercitivos en sede sistemática de medidas de seguridad, como auténticas medidas extraordinarias de seguridad. Están relacionados con el mantenimiento del orden y la disciplina de los centros penitenciarios, con el régimen penitenciario, pero definitivamente no forman parte del procedimiento administrativo sancionador ni, en consecuencia, su aplicación puede suponer ningún tipo de sanción para el recluso.

El régimen sancionador conlleva la aplicación de las consecuencias desfavorables previstas en el supuesto de comisión de la infracción. El hecho causal de la misma puede haber requerido la aplicación de medios coercitivos para su resolución, pero en ningún caso el empleo de medios extraordinarios de coerción puede ser la consecuencia lógica de la comisión de una infracción porque su legitimación es diferente. La consecuencia lógica de este planteamiento hoy refrendado en la sistemática seguida por el Reglamento penitenciario es clara: en ningún caso y bajo ninguna circunstancia se puede aplicar fuerza física, esposar o sujetar con correas, aislar en celda y emplear defensas de goma o aerosoles como una sanción o corrección del comportamiento de un recluso. No serán instrumentos de sanción o de castigo, directo ni indirecto, consecuencia de la indebida acción. Tampoco pueden constituir, porque sería indigno e ilegítimo, una forma de humillación a las personas privadas de libertad. No pueden ser una forma de castigo encubierto ni una herramienta de control al margen de la legalidad. Podemos llegar a afirmar que, cuando concurren los supuestos habilitantes y si no existen otros menos lesivos, deben ser empleados; no pueden ser empleados. Porque, de forma irremediable, el sometimiento a estas situaciones produce la despersonalización de los ciudadanos sujetos a esta relación especialmente intensa con la administración, constituye una especial responsabilidad de todos los servidores públicos

que desempeñan la alta función penitenciaria su sola aplicación en los supuestos contemplados y conforme a los principios señalados.

3. El ámbito penitenciario, por afectar directamente a la dignidad de las personas, requiere de grandes principios que orienten su funcionamiento. Las administraciones modernas que corresponden a los Estados sociales y democráticos de Derecho deben prestar un buen trato a todos los ciudadanos, cuidando y atendiendo a las personas porque esto es lo que legitima su existencia. Para finalizar debemos aludir al escritor y filósofo español Fernando Savater quien, siempre comprometido con la ética y la dignidad del ser humano, coloca en palabras de Voltaire la siguiente reflexión: hay que servirse muy finamente de la razón para poder distinguir los matices de la rectitud y de la deshonestidad. Lo más difícil de todo, el derecho, es ejercer bien la facultad de castigar. Que unos hombres imperfectos castiguen por sus imperfecciones a otros es algo problemático aunque sea socialmente necesario. En el momento de aplicar las penas legales es cuando más humanidad hay que demostrar, porque la tentación brutal de lo inhumano está próxima⁵⁰.

⁵⁰ SAVATER, Fernando. **El jardín de las dudas**. Barcelona: Planeta, 1993. p.224.

REFERENCIAS

AMEZÚA AMEZÚA, Luis Carlos. Las realidad de la prisión: precursores españoles del humanitarismo penitenciario en el siglo de oro. In: MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Hitos de la historia penitenciaria española: del siglo de oro a la Ley General Penitenciaria**. Madrid: BOE, 2020. p. 13-40.

ANDRÉS LASO, Antonio. **Concordia en las cortes y violencia en las cárceles: la transición penitenciaria española**. Madrid: Reus, 2021.

ASENCIO CANTISÁN, Heriberto. Régimen disciplinario y sancionador. **Revista de Estudios Penitenciarios**, Madrid, 1. extra, 1989.

ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio. La seguridad en los establecimientos penitenciarios. In: VICENTE MARTINEZ, Rosario de. **Derecho penitenciario: enseñanza y aprendizaje**. Valencia: Tirant, 2015. p. 263-300.

ASENCIO CANTISÁN, Heriberto. El régimen disciplinario: el procedimiento sancionador y los medios coercitivos. In: VI REUNIÓN DE JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA, 6., 1993, Madrid. **Vigilancia penitenciaria**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993. p. 113-134.

BARRIOS FLORES, Luis F. El empleo de medios coercitivos en prisión. **Revista de Estudios Penitenciarios**, Madrid, n. 253, p. 61-100, 2007.

BUAZÁ MARTORELL, Felio José. **El uso de la fuerza en Derecho administrativo**. Madrid: lustel, 2016.

BUENO ARÚS, Francisco. Prohibición general de malos tratos. *In*: COMENTARIOS la legislación penal. Madrid: Edersa, 1986. p. 133-143. v. 1.

BUENO ARÚS, Francisco. Régimen disciplinario penitenciário. *In*: I CURSO MONOGRÁFICO PARA JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA, 1., 1995, Madrid. **Anais [...]**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997. p. 287-334.

CAROU-GARCÍA, Sara. La disposición final primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria como respuesta jurídica al motín carcelario y mecanismo de preservación de la seguridad penitenciaria. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 75, 2022. p. 507-556.

CASTILLO BLANCO, Federico A. La potestad disciplinaria de la administración penitenciaria. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 282-283, t. 2, p. 361-412, 2010.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. **Derecho penitenciario**. 3. ed. Valencia: Tirant, 2012.

CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos. Régimen disciplinario: asistencia de letrado: medidas coercitivas. *In*: VII REUNIÓN DE JUECES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA, 7., 1994, Madrid. **Vigilancia penitenciaria**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994.

DELGADO LÓPEZ, Luis María. Las medidas coercitivas. *In*: III JORNADAS DE FISCALES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA, 3., 1991, Madrid. **Ministerio fiscal y sistema penitenciario**. Madrid: Ministerio de Justicia, 1992. p. 173-188.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis; NISTAL BURÓN, Javier. **Derecho penitenciario**. Navarra: Aranzadi, 2016.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración: contribución a la teoría del Estado de Derecho. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 34, p. 11-51, enero/abr. 1951.

GARCÍA VALDÉS, Carlos. **Comentarios a la legislación penitenciaria**. Madrid: Civitas, 1983.

GARCÍA VALDÉS, Carlos. Una aproximación al código deontológico penitenciario. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Alcalá, n. 3, p. 479-492, 2010.

GOMES, Marcus Alan de Melo. Requisa en las cárceles y la dignidad humana: un aporte de la experiencia brasileña. In: MATA Y MARTÍN, Ricardo M. (dir.). **La necesaria reforma penitenciaria**. Granada: Comares, 2021. p. 95-107.

GRIJALBA LÓPEZ, Juan Carlos. Los medios coercitivos en los establecimientos penitenciarios. **La Ley**, [s. l.], n. 3, p. 824-829, 1986.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **El cambio político español y la Constitución**. Barcelona: Planeta, 1982.

JAVATO MARTÍN, Antonio María. Intervención policial y orden antijurídica obligatoria. In: RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón; LORENTE ACOSTA, José Antonio; AYUSO VILACIDES, Jesús (coord.) **Estudio multidisciplinar de la operativa y del uso de la fuerza policial**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 195-202.

JUSTO OCAMPO, Sara. El régimen disciplinario, *In*: LEÓN ALAPONT, José. **Guía práctica de derecho penitenciario**. Madrid: Wolters Kluwer, 2022. p. 381-428

LASTRES, Francisco. **Estudios penitenciarios**. Madrid: Establecimiento tipográfico de Pedro Núñez, 1887.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Principios fundamentales del sistema penitenciario español**. Barcelona: Boch, 1983.

MARCOS MADRUGA, Florencio de; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. **Vademecum de derecho penitenciario**. Valencia: Tirant, 2015.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. El principio de legalidad en el ámbito penitenciario. **Revista General de Derecho Penal**, n. 14, 2010.

RODRÍGUEZ ALONSO, Antonio; RODRÍGUEZ AVILÉS, Juan A. **Lecciones de derecho penitenciario**. 4. ed. Granada: Comares, 2011.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. La ejecución cruel de las penas de prisión. *In*: VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de; GÓMEZ INIESTA, Diego José; MARTÍN LÓPEZ, M. Teresa; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de; NIETO MARTÍN, Adán (coord.). **Libro homenaje al professor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista**. Madrid: BOE, 2021. p. 1115-1138.

SANZ DELGADO, Enrique. De la disciplina a la seguridad integral: los medios coercitivos y la homeostasis penitenciaria. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 72, n.1, p. 347-402, 2019.

SANZ DELGADO, Enrique. Disciplina y reclusión en el Siglo XIX: criterios humanizadores y control de la custodia. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 55, n. 1, p.109-202, 2002.

SAVATER, Fernando. **El jardín de las dudas**. Barcelona: Planeta, 1993.

SNACKEN, Sonja; VAN ZYL SMIT, Dirk. **Principios de derecho y política penitenciaría europea**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SOLAR CALVO, María del Puerto. **El sistema penitenciario español en la encrucijada**: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales. Madrid: BOE, 2019.

SOLAR CALVO, María del Puerto; LACAL CUENCA, Pedro. Necesario comentario al AJVP de Algeciras n. 1, de 28 de abril. **La Ley**, [s. l.], n. 9683, jul. 2020.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel. **Seguridad y disciplina penitenciaria**. Madrid: Edisofer, 1988.

CAPÍTULO 2

DESAFIOS PARA UM NOVO REGIME SEMIABERTO NO BRASIL

CAROLINA SOUZA MALTA*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Sistema carcerário brasileiro como estado de coisas inconstitucional; 2.1 Quadro de violações sistemáticas; 2.2 Providências adotadas pelo Poder Judiciário. 3 Desafios para um novo regime semiaberto: reflexões e propostas. 4 Conclusão. Referências.

* Juíza federal criminal. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Coordenadora do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário – GMF/TRF 5ª Região/SJPE. Coordenadora dos Centros de Justiça Restaurativa e de Atenção às Vítimas da SJPE. Integrante do Grupo de Trabalho de Alternativas Penais do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2022-2024). Integrante do Comitê Gestor do Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões – BNMP 3.º do CNJ (2022-2024). Formadora da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam e da Escola da Magistratura Federal – Esmafe TRF 5ª Região.

1 INTRODUÇÃO

A falência do sistema carcerário brasileiro e a ausência de perspectiva de mudança imputaram ao Poder Judiciário o grande desafio de criar mecanismos de administração das mazelas, partindo do reconhecimento de parcela da responsabilidade para, então, definir novas atuações dirigidas a, no mínimo, não agravar um problema reconhecidamente insustentável.

O objetivo deste trabalho é analisar, nesse contexto, a nova sistemática proposta para a execução do regime semiaberto, apresentando dificuldades práticas para a sua realização e trazendo propostas para o seu funcionamento.

O trabalho inicia-se com o cenário de julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal – STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 347¹, em 9 de setembro de 2015, e, em 11 de maio de 2016, no Recurso Extraordinário – RE n. 641.320².

Pretende-se, com objetividade, apresentar a situação da execução penal do regime semiaberto e as deliberações trazidas pelo STF e pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Em seguida, expõem-se as dificuldades práticas na execução da nova sistemática do regime semiaberto.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC/DF**. Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário [...]. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intdo.: União; Estados; Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 31, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 29 jul. 2023.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 641.320/RS**. Constitucional. 2. Direito Processual Penal. 3. Execução Penal. 4. Cumprimento de pena em regime menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido na condenação penal. [...]. Reclamante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Reclamado: Luciano da Silva Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 159, 01 ago. 2016a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4076171>. Acesso em: 29 jul. 2023.

Por fim, serão apresentadas propostas para os desafios apontados, na intenção de contribuir para o debate, mas sem qualquer pretensão de criticar as iniciativas de solução ou de exaurir um tema tão extenso em poucas linhas.

2 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO COMO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

2.1 Quadro de violações sistemáticas

Há um flagrante descompasso entre o que está previsto na Constituição Federal de 1988, na Lei de Execuções Penais e nas Convenções Internacionais; e a forma com que são cumpridas as penas privativas de liberdade no Brasil.

De um lado, a Constituição da República³ prevê os direitos fundamentais e garantias da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); de proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); de proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII); de cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, em razão da natureza do delito, da idade e do sexo dos apenados (art. 5º, XLVIII); de condições seguras de permanência das presidiárias com seus filhos durante a amamentação (art. 5º, XLIX); de respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX); de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV); e direitos sociais à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho e à assistência social (art. 6º).

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Art. 1º, III; Art. 5º, III, XLVII, XLVIII, XLIX, LXXIV; Art. 6º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jul. 2023.

A proibição à tortura e as condições de tratamento dado a pessoas presas constituem objeto de convenções e tratados internacionais de que o Brasil faz parte – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/1992), Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes (Decreto n. 40/1991) e Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto n. 678/1992). Merecem menção, ainda, as Regras de Tóquio, de Bangkok e de Mandela, da Organização das Nações Unidas – ONU, todas especialmente voltadas à proteção dos direitos humanos no ambiente carcerário e à promoção de medidas alternativas ao encarceramento⁴.

Por outro lado, a Lei de Execução Penal brasileira – LEP (Lei n. 7.210/1984⁵) estabelece: execução penal com condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º); ausência de distinção de natureza racial, religiosa ou política (art. 3º, parágrafo único); classificação dos condenados segundo os antecedentes e personalidade (art. 5º); assistências material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa ao preso (art. 11); fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (art. 12); atendimento médico, farmacêutico e odontológico (art. 14); acompanhamento médico à mulher, especialmente no pré-natal e no pós-parto (art. 14, § 3º); instrução escolar e formação profissional (art. 17); direitos do preso (art. 41); entre outros, além da previsão de cumprimento da pena privativa de liberdade de forma progressiva, com a previsão de transferência para regime menos rigoroso, se cumprida determinada fração prevista em lei e boa conduta carcerária (art. 112 e seguintes).

Especificamente em relação ao regime semiaberto, o Código Penal – CP brasileiro e a LEP estabelecem o cumprimento da pena em “colônia

⁴ LAZARI, Rafael de; GAMA, Alison Andreus. Sistema Carcerário e Justiça Restaurativa: a mudança paradigmática na gestão de conflitos criminais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 111, n. 1035, p. 240, jan. 2022

⁵ BRASIL. **Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Arts. 1º; 3º, parágrafo único; 5º; 11; 14, caput; 14, §3º; 17; 41; 112 ss. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 29 jul. 2023.

agrícola, industrial ou estabelecimento similar”⁶, além de sua natureza como nível intermediário do sistema progressivo, entre os regimes fechado e aberto.

Na prática, conforme síntese apresentada no voto condutor da ADPF n. 347, a maior parte dos detentos está sujeita às seguintes condições dentro do estabelecimento prisional: superlotação dos presídios; torturas; homicídios; violência sexual; celas imundas e insalubres; proliferação de doenças infectocontagiosas; comida imprestável; falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho; bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas; insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas; e discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual⁷.

Com relação ao regime semiaberto, estatísticas do 13º ciclo do Informações Penitenciárias – Infopen, publicadas pelo Sistema Nacional de Informações Penais – Sisdepen), de dezembro de 2022⁸, indicam 179.410 presos em regime semiaberto, sendo 169.294 homens e 10.116 mulheres, para uma capacidade total de 85.356 vagas, sendo 78.979 para homens e 6.377 para mulheres.

⁶ SENADO FEDERAL. **Código Penal**. 6. ed. Brasília, DF: Senado Federal; Coordenação de Edições Técnicas, 2023. Art. 33, §1º, b, p. 20. E-book; BRASIL. **Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Art. 91. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 29 jul. 2023.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC/DF**. Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário [...]. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intdo.: União; Estados; Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 31, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 29 jul. 2023.

⁸ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **13º ciclo: INFOPEN**. Brasília, DF: Sistema Nacional de Informações Penais, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2022.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2023.

De um lado, verifica-se a existência do estabelecimento adequado superlotado; de outro, a inexistência de estabelecimento adequado (que não se confunde com colônia agrícola, industrial ou similar)⁹.

Identificam-se, portanto, transgressões indiscriminadas à Constituição, a convenções internacionais e às leis¹⁰, inferindo-se que as soluções criativas propostas para o problema também não sobrevivem ao filtro da legalidade.

Como ressaltado no voto condutor da ADPF n. 347, há um quadro de violação generalizada e contínua de direitos fundamentais, em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e a incapacidade das autoridades públicas em superá-lo, tratando-se de que intitula “litígio estrutural”, a demandar um conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas¹¹.

⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023)**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnppc/plano_nacional/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2020-2023.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2009. (Série ação parlamentar n. 384). Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 23 maio 2019.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC/DF**. Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário [...]. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intdo.: União; Estados; Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 31, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 29 jul. 2023.

2.2 Providências adotadas pelo Poder Judiciário

O STF, no RE n. 641.320¹², à luz dos arts 1º, III, e 5º, II, XLVI, LXV, da Constituição Federal de 1988, debruçou-se sobre a possibilidade, ou não, de se determinar o cumprimento de pena privativa de liberdade em prisão domiciliar, ante a inexistência de vagas em estabelecimento penitenciário adequado à execução no regime semiaberto.

Na oportunidade, assentou-se a possibilidade de o STF adotar o que chamou de “decisões manipulativas de efeitos aditivos”¹³. O tribunal não se limitou a negar provimento ao recurso extraordinário, mas determinou medidas gerais aos juízes de execução penal: a possibilidade de avaliarem os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes, sendo aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”), com a ressalva de que não poderia haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. Havendo déficit de vagas, devem ser determinados: 1) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; 2) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e 3) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 641.320/RS**. Constitu-cional. 2. Direito Processual Penal. 3. Execução Penal. 4. Cumprimento de pena em regime menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido na condenação penal [...]. Reclamante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 159, 1 ago. 2016a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4076171>. Acesso em: 29 jul. 2023.

¹³ *Ibid.*

prisão domiciliar ao sentenciado. Também houve determinações ao Poder Legislativo e ao CNJ¹⁴.

O julgamento ensejou a edição da Súmula Vinculante n. 56, de seguinte teor: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE n. 641.320/RS”¹⁵.

O CNJ, em 9 de setembro de 2022, a partir de deliberação do Plenário, nos autos do Procedimento de Ato Normativo n. 0003990-57.2022.2.00.0000¹⁶, alterou o art. 23 da Resolução n. 417/2021, estabelecendo que, após o trânsito em julgado de condenação ao cumprimento de pena em regime semiaberto ou aberto, a pessoa condenada será intimada para dar início ao cumprimento da pena, previamente à expedição de mandado de prisão, sem prejuízo da realização de audiência admonitória e da observância da Súmula Vinculante n. 56.

Apenas do inteiro teor do julgamento se extrai que a sistemática foi prevista para pessoas que tenham respondido ao processo em liberdade, a fim de que não ficassem presas em estabelecimentos inadequados,

¹⁴ OLIVEIRA, Iasmin da Silva; MICHALESKI, Alon Jeferson. Radiografia do sistema prisional brasileiro: degradação humana no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 109, n. 1013, p. 158, mar. 2020.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 641.320/RS**. Constitucional. 2. Direito Processual Penal. 3. Execução Penal. 4. Cumprimento de pena em regime menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido na condenação penal [...]. Reclamante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 159, 1 ago. 2016a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4076171>. Acesso em: 29 jul. 2023.

¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil) (Plenário virtual). **Ato Normativo n. 0003990-57-2022.2.00.0000**. Ato normativo. Alteração da Resolução CNJ n. 417/2021. Banco Nacional de Medidas Penais e Prisões (BNMP 3.0) [...]. Requerente: Conselho Nacional de Justiça. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Cons. Mauro Pereira Martins, 9 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/acordao-ato-normativo-0003990.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2023.

aguardando definição sobre vagas em estabelecimento adequado. O artigo alterado na resolução não faz essa ressalva.

Com relação ao procedimento, está apresentado apenas no Ofício n. 1.003 do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, do CNJ, encaminhado aos tribunais, com o seguinte teor¹⁷ (grifo do autor):

Diante da nova determinação, toda condenação transitada em julgado, em regime inicial aberto ou semiaberto, de pessoa que tenha respondido ao processo em liberdade, deverá desencadear a imediata atuação do processo de execução penal no Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU, observando-se as seguintes etapas:

1. O juízo do conhecimento deverá verificar no BNMP se a pessoa condenada a regime inicial semiaberto ou aberto se encontra efetivamente presa ou solta;
2. Na hipótese de a pessoa condenada estar em liberdade, o juízo do conhecimento não mais expedirá mandado de prisão para que ela inicie o cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto;
3. Ao invés do documento “Mandado de prisão”, o juízo do conhecimento deverá expedir o documento “Guia de recolhimento” no BNMP;
4. Após a expedição da “Guia de recolhimento” – que não ficará mais condicionada à expedição e tampouco ao cumprimento de mandado de prisão -, deverá ser autuado o processo de execução penal no SEEU;

¹⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Ofício n. 1.003 CNJ/DMF**. Brasília, DF: CNJ, 3 out. 2022. Assunto: Publicação da Resolução CNJ n. 474 de 12 de setembro de 2022. Alteração da sistemática de início do cumprimento da pena em regime semiaberto. Funcionalidade em vigor no BNMP 2.0. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/1765_Fluxo_Res_47422CNJ.pdf. Acesso em: 27 jul. 2023.

5. O procedimento de autuação da execução penal no SEEU seguirá os trâmites ordinários previstos na regra de organização judiciária local;
6. Diante do referido processo, o juízo da execução deverá verificar se há disponibilidade de vaga em estabelecimento penal adequado ao regime semiaberto ou aberto;
7. Após, o juízo da execução intimará a pessoa para iniciar o cumprimento da pena e, caso haja disponibilidade de vaga no regime semiaberto, avaliará a expedição de “Mandado de prisão”, utilizando a funcionalidade disponível no SEEU ou no BNMP;
8. Caso não haja vaga no regime aberto ou semiaberto, o juízo da execução deverá decidir pela substituição da privação de liberdade por outra forma alternativa de cumprimento, a exemplo da monitoração eletrônica e da prisão domiciliar.

Não obstante se reconheça o esforço de criar, não soluções, mas medidas paliativas para minimizar o quadro, em lugar de simplesmente assistir ao seu agravamento diário, surgem, a reboque, inúmeros desafios que impõem a necessária reflexão.

3 DESAFIOS PARA UM NOVO REGIME SEMIABERTO: REFLEXÕES E PROPOSTAS

As dificuldades que assomam das novas propostas vão além do argumento simplório de ausência de previsão legal. Como visto anteriormente, a situação atual do sistema carcerário denota uma generalizada transgressão a normas constitucionais, convencionais e legais, inferindo-se, dos julgamentos mencionados do STF, que os ajustes propostos consistiriam em correções tendentes a resgatar o alinhamento constitucional.

O primeiro desafio que se coloca é a **ausência de uniformidade nacional**. Existem estados no Brasil que nem sequer possuem estabelecimentos para cumprimento de penas em regime semiaberto. Apenas nestes estados existem unidades correspondentes a colônias agrícolas, industriais ou similares: Rio Branco/AC, Salvador/BA, Goiânia/GO, Campo Grande/MS, Recife/PE, Teresina/PI, Curitiba/PR, Rio de Janeiro/RJ, Natal/RN, Porto velho/RO, Porto Alegre/RS e Palmas/TO.

Nos demais, a ausência de estabelecimentos prisionais desse tipo ou a falta de vagas fazia com que os detentos cumprissem suas penas em penitenciárias comuns, em prisão domiciliar ou até mesmo livres, com ou sem uso de tornozeleira eletrônica ou comprovação de trabalho.

A falta de uniformidade, sem um controle nacional de vagas, sempre fez com que o cometimento de um mesmo crime, com idêntica condenação em sentença transitada em julgado, tivesse diferentes execuções penais, sendo muito mais branda em alguns estados, em comparação com outros.

Ainda no que tange à uniformidade, os condenados da Justiça Federal, em caso de penas privativas de liberdade, ficam submetidos ao Juízo das Execuções Penais do Estado, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual¹⁸, não estando claro como se dará a expedição da guia de recolhimento e envio para a vara de execução competente (estadual) sem a expedição e o cumprimento do mandado de prisão.

Identificou-se, ainda, logo após a previsão do regime semiaberto harmonizado, na Recomendação CNJ n. 62, de 17 de março de 2020, no contexto da pandemia, no âmbito das execuções penais em tramitação na 36ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, de que a autora é titular,

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 192. Compete ao juízo das execuções penais do estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual. **Diário da Justiça**: seção 3, Brasília, DF, p. 33718, 1 ago. 1997.

uma desproporção entre a quantidade de pedidos apresentados por pessoas com situação financeira favorável em relação aos hipossuficientes. Revelou-se também um risco de que o enquadramento em situações normativas mais favoráveis não observasse critérios objetivos¹⁹ com prioridade para os que estavam no ambiente carcerário, mas em razão da apresentação dos pedidos para novas execuções penais, privilegiando, coincidentemente, os mais favorecidos.

Não existe um **controle de vagas** nos estabelecimentos prisionais em tempo real. Ainda que considerado um único estado, e no âmbito de uma Justiça estadual, há diversos juízes de execução penal, com idêntica competência, com dificuldade de controle de saídas e novas entradas no estabelecimento prisional, especialmente para atos concomitantes. Existe um atraso significativo entre a busca pela informação, a obtenção da resposta e a prática dos atos subsequentes de prisão e recolhimento.

Com relação às vagas, os parâmetros do julgamento do RE n. 641.320²⁰ do STF determinam que se priorize a saída dos que estão no estabelecimento prisional. Nesse sentido, há uma dificuldade prática em relação ao que se compreende como disponibilidade de vaga. Qual é o parâmetro considerado? O número estabelecido para a lotação ideal do estabelecimento prisional mais um já seria considerado como superlotação para que se defina a ausência de vaga? Ou, considerado o estado de lotação atual de determinado presídio, a saída de 30 apenados, por exemplo, geraria 30 novas vagas para progressão ou novos mandados de prisão?

¹⁹ Sobre este desequilíbrio na aplicação da lei penal: WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.; WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade**: estudo sobre marginalidade avançada. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 641.320/RS**. Constitucional. 2. Direito Processual Penal. 3. Execução Penal. 4. Cumprimento de pena em regime menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido na condenação penal [...]. Reclamante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 159, 1 ago. 2016a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4076171>. Acesso em: 27 jul. 2023.

Na definição dos condenados para saída antecipada, há também uma falta de critério uniforme para todo o país, sendo possível que juízes da execução penal de um mesmo estado tenham parâmetros completamente distintos²¹.

Não há uma **definição de superpopulação** do estabelecimento prisional. Ainda que todos possuam a consciência e a certeza de que os presídios brasileiros estão superlotados, com exceção para as penitenciárias federais, há alguns mais superlotados que outros²², não havendo um parâmetro objetivo para se considerar o estado de superlotação²³ para, em consequência, ser estabelecida a impossibilidade de inclusão de novos detentos.

Não há um procedimento normatizado para a realização das etapas na nova sistemática do regime semiaberto, não sendo possível inferi-lo da previsão do art. 23 da Resolução CNJ n. 417/2021. Considerando que as etapas de cumprimento estão em um ofício dirigido aos tribunais, é suficiente qualquer vício na comunicação para que não sejam cumpridas e nem sequer conhecidas.

Pensamos que o procedimento, prevendo as mais diversas possibilidades no semiaberto, deveria constar, no mínimo, na Resolução

²¹ SILVA, Marcelo Oliveira da. Superpopulação carcerária no Brasil. **Justiça & Cidadania**, Rio de Janeiro, ano 23, n. 268, p. 41, dez. 2022. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/wp-content/uploads/2022/12/REVISTA-268_DIGITAL.pdf. Acesso em: 22 fev. 2024.

²² LÓPEZ ESPINA, Antonia. **Superpopulação carcerária e respeito aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade**. Programa Teixeira de Freitas: intercâmbio acadêmico-jurídico. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/2292/1104795.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jul. 2023.

²³ Sobre as variações no enquadramento como superpopulação nos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. Superpopulação carcerária e sistemas internacionais de direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 164, p. 161-199, fev. 2020.

CNJ n. 113²⁴, de 20 de abril de 2010, que versa especificamente sobre a execução da pena privativa de liberdade.

Ressalte-se, ainda, que a previsão de imediata expedição da guia de recolhimento, com intimação do condenado para cumprimento, não se aplica à hipótese de condenado foragido ou no exterior.

Nesse caso, o juiz de conhecimento deveria expedir o mandado de prisão, com a ressalva de que, efetuada a prisão, o custodiado deveria ser apresentado diretamente em audiência de custódia, sem recolhimento ao estabelecimento prisional, a fim de que se realizasse a conferência de vaga e fossem adotadas as providências da Súmula Vinculante n. 56²⁵.

Da forma como está previsto, o juiz, mesmo tendo conhecimento de se tratar de réu foragido ou no exterior, teria que expedir a guia de recolhimento e intimar, abrindo espaço para uma desnecessária regressão de regime.

Quanto à aplicação imediata da **prisão domiciliar**, nos casos do regime semiaberto, o STF, no voto condutor no RE n. 641.320²⁶, colocou

²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 113 de 20 de abril de 2010**. Dispõe sobre o processamento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_113_20042010_25032019153433.pdf. Acesso em: 29 jul. 2023.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 56**. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE n. 641.320/RS. Sessão plenária de 29 de junho de 2016. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 165, 8 ago. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula815/false>. Acesso em: 29 jul. 2023.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 641.320/RS**. Constitucional. 2. Direito Processual Penal. 3. Execução Penal. 4. Cumprimento de pena em regime menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido na condenação penal [...]. Reclamante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Luciano da Silva Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 159, 1 ago. 2016a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4076171>. Acesso em: 29 jul. 2023.

essa alternativa como última opção. No entanto, essa solução tem sido utilizada como regra em muitos estados²⁷.

Além da notória dificuldade de fiscalização da prisão domiciliar, há a impossibilidade de utilização dessa opção nos casos em que membros da própria família figuram como vítimas dos crimes, bem como, independentemente dessa circunstância, uma considerável transferência da punição para a família, que passa a ter de satisfazer todas as necessidades do preso.

A prisão domiciliar ainda suscita um debate quanto à competência para a execução penal, pois, numa hipótese de unificação de várias penas, de estados diferentes, à falta de recolhimento em estabelecimento prisional, especialmente quando o domicílio do condenado é diverso do distrito da culpa, qual competência há de prevalecer?

Pensamos que, em todos os casos de cumprimento de pena em liberdade, inclusive com substituição por penas restritivas de direito, a competência deveria ser fixada em razão do domicílio, a fim de assegurar a unicidade da execução penal e permitir a efetiva fiscalização do cumprimento, evitando-se o vetusto procedimento das cartas precatórias, em que dois ou mais juízos ficam fiscalizando as mesmas penas. Não há qualquer previsão legal a respeito, o que traz inúmeros problemas práticos.

A aplicação do monitoramento eletrônico também é problemática. Embora seja de grande importância para diminuir os problemas de fiscalização da prisão domiciliar, há a dificuldade quanto ao custo e à disponibilidade do equipamento, em número absolutamente insuficiente para o total de apenados que seriam abrangidos, com necessidade de aparato de controle, bem como quanto à estigmatização que acarreta ao condenado, dificultando a reinserção social.

²⁷ GONÇALVES, Vanessa Chiari. A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da Comarca de Porto Alegre. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 143, p. 239, maio 2018.

Os precedentes do STF referidos anteriormente, porém, indicam o monitoramento eletrônico como sendo a opção do condenado e, caso opte por não utilizar, será mantido no estabelecimento carcerário. É difícil, porém, compatibilizar essa interpretação com a nova sistemática apresentada pelo CNJ, que impede a expedição do mandado de prisão quando verificada a ausência de vaga.

Por fim, as alternativas estabelecidas para o cumprimento do regime semiaberto fora do estabelecimento prisional – prisão domiciliar, com ou sem monitoramento eletrônico – colocam em xeque o **sistema progressivo de cumprimento das penas**²⁸ (grifo nosso) e o **princípio da individualização da pena**²⁹, havendo a imediata liberdade de condenados por crimes mais graves, não diferenciando o regime semiaberto do aberto³⁰, cogitando-se a sua abolição.

Verifica-se, ainda, que a situação dos condenados a penas privativas de liberdade, nos regimes aberto e semiaberto, fica mais benéfica em relação a condenados que tiveram as penas substituídas por penas restritivas de direito, havendo violação ao princípio da proporcionalidade, além de desestímulo ao cumprimento das penas alternativas. É uma situação em que eventual conversão das penas restritivas de direito em privativa de liberdade, por descumprimento, acaba gerando uma situação melhor para o condenado.

²⁸ GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. **A progressão de regime no sistema prisional do Brasil**: a interpretação restritiva e a vedação legal nos crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 72.

²⁹ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. São Paulo: Rideel, 2006. p. 242.

³⁰ LEÃO, Simon Medeiros; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. O investimento no regime semiaberto como forma de redução da reincidência criminal no Rio Grande do Norte. **Revista Transgressões Ciências Criminais em Debate**, Natal, v. 4, n. 1, maio 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/8815/6841>. Acesso em: 20 out. 2020.

Deve-se refletir que, sem a progressividade da pena, e sem assumir os compromissos de autodisciplina e senso de responsabilidade³¹, o condenado que inicia a pena por crimes mais graves em liberdade muitas vezes sente-se livre de quaisquer amarras e descumpre compromissos simples alternativos, a exemplo do comparecimento mensal em juízo, fazendo com que o sistema passe a ter uma natureza regressiva, agravando-se o regime como única via capaz de gerar o efetivo cumprimento da pena³². O caminho contrário ao previsto em lei torna-se a regra.

A situação de condenados a penas superiores a quatro anos, que não cumpriram os requisitos para a sua conversão em restritivas de direito, jamais deveria ser mais favorável do que a dos beneficiados com a substituição. Nos casos de manutenção dos condenados ao regime semiaberto em liberdade, estes deveriam necessariamente cumprir as penas restritivas de direito enquanto estivessem fora do estabelecimento prisional.

4 CONCLUSÃO

Não há questionamentos quanto à necessidade de o Poder Judiciário atuar no enfrentamento dos graves problemas do sistema

³¹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SILVA, Lucas Francisco Romão e. Variações do regime semiaberto de cumprimento de pena: extinção do sistema progressivo de pena no Estado de Minas Gerais? **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano XVII, n. 100, p. 93-94, fev./mar. 2021

³² "O regime semiaberto foi um problema encontrado em todas as experiências estudadas. No caso A, a unidade de semiaberto havia sido interditada por determinação judicial e, na falta de estrutura física, o juiz de execução penal fixava diretamente a prisão domiciliar, sendo exigida a apresentação dos condenados uma vez por mês na vara. Muitos não compareciam e acabavam esquecidos ou considerados foragidos, enquanto outros morriam e a justiça nem ficava sabendo". ANDRADE, Carla Coelho de; OLIVEIRA JÚNIOR, Almir de; BRAGA, Alessandra de Almeida; JAKOB, André Codo; ARAÚJO, Tatiana Daré. **O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2015. p. 26. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/8181-td2095.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.

carcerário brasileiro³³, não podendo ficar inerte quando expostas as sistemáticas violações a direitos fundamentais³⁴, as mais variadas transgressões normativas e as devidas providências requeridas³⁵.

Reconhece-se, ainda, o esforço no estabelecimento de medidas para, ao menos, sustar o agravamento da crise no regime semiaberto, de forma que as reflexões aqui trazidas sobre dificuldades práticas para o seu cumprimento não se confundem com crítica estéril e despida de propósito.

Trata-se de um problema grave e multidimensional, impondo-se, portanto, necessários cuidados com a padronização e a uniformidade nacional, em respeito aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, não permitindo, entre outras providências, que condenados por crimes mais graves tenham execução penal mais branda que os beneficiados com a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito.

O objetivo, portanto, é apresentar singelas contribuições para o debate, no escopo de aprimoramento das medidas estabelecidas, a fim de que os fundamentos para a aplicação da pena não se percam por completo.

³³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. Superpopulação carcerária e sistemas internacionais de direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 164, p. 162, fev. 2020.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 235.

³⁵ PASTANA, Debora Regina. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 77, p. 328, mar./abr. 2009.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carla Coelho de; OLIVEIRA JÚNIOR, Almir de; BRAGA, Alessandra de Almeida; JAKOB, André Codo; ARAÚJO, Tatiana Daré.

O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2015. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/8181-td2095.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 29 jul. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023)**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: <https://www.gov>.

br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnpccp/plano_nacional/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2020-2023.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **13º ciclo: INFOPEN**. Brasília, DF: Sistema Nacional de Informações Penais, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/8815/6841>. Acesso em: 26 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 56**. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE n. 641.320/RS. Sessão plenária de 29 de junho de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 165, 8 ago. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula815/false>. Acesso em: 29 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC/DF**. Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário [...]. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intdo.: União; Estados; Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 31, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 29 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 641.320/RS**. Constitucional. 2. Direito Processual Penal. 3. Execução Penal. 4. Cumprimento de pena em regime menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido na condenação

penal. [...]. Reclamante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Reclamado: Luciano da Silva Moraes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 159, 01 ago. 2016a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4076171>. Acesso em: 29 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 192**. Compete ao juízo das execuções penais do estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual. Diário da Justiça: seção 3, Brasília, DF, p. 33718, 1 ago. 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Ofício n. 1003 CNJ/DMF**. Brasília, DF: CNJ, 3 out. 2022. Assunto: Publicação da Resolução CNJ n. 474 de 12/09/2022. Alteração da sistemática de início do cumprimento da pena em regime semiaberto. Funcionalidade em vigor no BNMP 2.0. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/1765_Fluxo_Res_47422CNJ.pdf. Acesso em: 27 jul. 2023.

LÓPEZ ESPINA, Antonia. **Superpopulação carcerária e respeito aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade**. Programa Teixeira de Freitas: intercâmbio acadêmico-jurídico. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/2292/1104795.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jul. 2023.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. A prisão domiciliar com monitoramento eletrônico como alternativa ao regime semiaberto: a experiência da Comarca de Porto Alegre. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 143, p. 221-244, maio 2018.

GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. **A progressão de regime no sistema prisional do Brasil**: a interpretação restritiva e a vedação legal nos crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. Superpopulação carcerária e sistemas internacionais de direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 164, p. 161-199, fev. 2020.

LAZARI, Rafael de; GAMA, Alison Andreus. Sistema Carcerário e Justiça Restaurativa: a mudança paradigmática na gestão de conflitos criminais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 111, n. 1035, p. 235-255, jan. 2022.

LEÃO, Simon Medeiros; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. O investimento no regime semiaberto como forma de redução da reincidência criminal no Rio Grande do Norte. **Revista Transgressões Ciências Criminais em Debate**, Natal, v. 4, n. 1, maio 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/8815/6841>. Acesso em: 20 out. 2020.

PASTANA, Debora Regina. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 77, p. 313-330, mar./abr. 2009.

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. São Paulo: Rideel, 2006.

SENADO FEDERAL. **Código Penal**. 6. ed. Brasília, DF: Senado Federal; Coordenação de Edições Técnicas, 2023. Art. 33, §1º, b, p. 20. *E-book*.

SILVA, Marcelo Oliveira da. Superpopulação carcerária no Brasil. **Justiça & Cidadania**, Rio de Janeiro, ano 23, n. 268, p. 40-43, dez. 2022. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/wp-content/uploads/2022/12/REVISTA-268_DIGITAL.pdf. Acesso em: 22 fev. 2024.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SILVA, Lucas Francisco Romão e. Variações do regime semiaberto de cumprimento de pena: extinção do sistema progressivo de pena no Estado de Minas Gerais? **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano XVII, n. 100, p. 90-114, fev./mar. 2021.

OLIVEIRA, Iasmin da Silva; MICHALESKI, Alon Jeferson. Radiografia do sistema prisional brasileiro: degradação humana no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 109, n. 1013, p. 153-175, mar. 2020.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade**: estudo sobre marginalidade avançada. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

CAPÍTULO 3

UN MODELO DE JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

FLORENCIO DE MARCOS MADRUGA*

SUMARIO

- 1 La intervención judicial en la ejecución de la pena privativa de libertad.
- 2 Modelos de control judicial. 3 El Juez de Vigilancia Penitenciaria español.
- 4 Un modelo de Juez de Vigilancia. 5 Conclusiones. Referencias.

* Doctor en Derecho. Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria. Profesor Asociado Universidad de Valladolid.

1 LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La intervención judicial en la realización práctica de la pena privativa de libertad cobra una doble proyección, por un lado, de fiscalización de la realidad material de aquella, que se traduce en una posición de garante de la autoridad judicial con relación a los derechos fundamentales y penitenciarios de los penados y, por otro, de control de su ejecución, labor que incide en el contenido aflictivo de la sanción penal y en su modulación.

El primer aspecto o faceta surge mucho antes del nacimiento de la pena privativa de libertad, conectando con la supervisión de los lugares de encierro. Ya el Código Teodosiano (438 DC)¹ establecía el deber que pesaba sobre los jueces de perseguir los malos tratos y crueldades por parte de los encargados del encarcelamiento y un régimen de sanciones para el caso de inobservancia de tal deber².

Pero no se trata de algo meramente anecdótico. Echando un vistazo al Derecho histórico español, trazas de esta supervisión judicial está presente en Las Partidas³ y en las Leyes de 1480 y Ordenanzas de Medina de 1489, que regulan las visitas judiciales a las cárceles, que luego será recogidas en la Constitución de Cádiz (art. 297) y en una profusa regulación en los siglos XIX y XX, llegando hasta nuestros días con la vigente Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979⁴.

¹ PHARR, Clyde; DAVIDSON, Theresa Sherrer; PHARR, Mary Brown. **The Theodosian Code: and novels and the Sirmondian Constitutions**. New Jersey: Princeton University Press, 1952. p. 228-230.

² BERNARDINO DE SALDOVAL, en su Tractado del cuydado que se deve tener de los menor poderes.

³ LAS SIETE partidas del sabio Rey don Alonso el Nono: partidas V-VI-VII. Madrid: BOE, 1985. v. 3. p. 629.

⁴ Que no se trata de una cuestión normativa, antes bien prueba de que tenían una materialización práctica, es que Howard, en el siglo XVIII, recoge que era costumbre en Madrid que dos miembros del Consejo visitaran las prisiones y revisaran las sentencias impuestas por los jueces inferiores. CUELLO CALÓN, Eugenio. Lo que Howard vio en España. **Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios**, Madrid, n. 1, p. 12, abr. 1945. La eficacia de estas visitas, es otra cuestión. En SANZ DELGADO, Enrique. Las viejas cárceles: evolución de las garantías regimentales. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, [Madrid], v. 56, n.1, p. 303. 2003.

Interés este que trasciende al ámbito hispano, pues en el mundo anglosajón encontramos a HOWARD, el cual, en 1777 propone en la figura de un delegado, que bien lo podría ser del Parlamento o bien Magistrados, cargo de carácter no remunerado, imbuido de un afán de hacer Justicia y servir a la Patria, cuya labor se centraría en el control de los lugares de encierro⁵.

Desde otro punto de vista, la intervención judicial en la ejecución responde a una exigencia del principio de legalidad, pues aquella no puede quedar al arbitrio de la autoridad administrativa o penitenciaria, antes bien debe ajustarse a la forma, modalidades y circunstancias previstas en la ley, siendo la supervisión judicial la garantía del cumplimiento de las disposiciones al efecto⁶.

En definitiva, este papel de la autoridad judicial tras el dictado de la sentencia supone una auténtica individualización, que va más allá de la operada cuantitativamente con la emisión de aquella. No se trata este de un tema nuevo, antes bien, se suscita en la doctrina a mediados del siglo

⁵ HOWARD, John. Proposed improvements: in the structure and management of prisons. In: HOWARD, John. **The state of the prisons in England and Wales**: with preliminary observations and an account of some foreign prisons. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 66-67.

⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. La intervención del juez en la ejecución de la pena. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 2, t. 6, p. 252-264, 1953. p. 254; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. **Curso de derecho penal**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963. t. 1. p. 511; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas. **Revista de Estudios Penitenciarios**, Madrid, n. 165, p. 319-321. abr./jun. 1964. RUIZ VADILLO, Enrique. Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad. **Estudios penales y criminológicos**, [Santiago de Compostela], n. 2, p. 189-192. 1977-1978. BUENO ARÚS, Francisco. **Estudios penales y penitenciarios**. Madrid: Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1981. p. 130; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. Aproximación a la evolución histórica de la intervención judicial en la ejecución de la pena privativa de libertad. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). **Persuadir y razonar**: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín. Navarra: Aranzadi, 2018. t. 2. p. 255-256.

XIX⁷, está presente en los Congresos Penitenciarios⁸, y puede percibirse en los momentos previos a la elaboración de la ley penitenciaria⁹, llegando a nuestros días¹⁰.

No hay que olvidar que

“el modo de cumplir la pena forma parte esencial de la pena misma: apenas se puede imaginar una variación del modo de cumplir la pena que no la agrave o la suavice; de forma que variar viene a ser aumentar o disminuir”¹¹.

Se trata de hacer efectivo el principio constitucional recogido en el art. 117 que conforma la función jurisdiccional como algo que va más allá de la labor de juzgar y que comprende, al propio tiempo, la misión de ejecutar lo juzgado; lo cual se traduce en el ámbito penal, en la materialización de

⁷ RÖDER, Carlos David Augusto. **Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones**: ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal. Valladolid: Maxtor, 2002. p. 235-236, p. 248, p. 252, p. 289; FERRI, Enrico. **Sociología criminal**. 3. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1908. t. 2. p. 266; DORADO MONTERO, Pedro. **El Derecho protector de los criminales**. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1916. t. 2. p. 27-32.

⁸ ACTES du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin: août 1935. Berne: Bureau de la Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire: 1936. M. le Comte Ugo Conti. p. 2-3.

⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio. **La moderna penología**. Barcelona: Bosch, 1958. p. 264; CUELLO CALÓN, Eugenio. La intervención del juez en la ejecución de la pena. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 2, t. 6, p. 252-264, 1953. p. 253.

¹⁰ CANO MATA, Antonio. La actividad administrativa penitenciaria y su fiscalización por el Juez de vigilancia. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 95, p. 155-178, mayo/ago. 1981. p. 158-160; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Naturaleza de la jurisdicción de vigilancia: aspectos procesales y administrativos. **Revista de Estudios Penitenciarios**, 1989. Extra 1. p. 118; MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2008. p. 739, p. 744 y p. 749; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. **Fundamentos del sistema penitenciario**. Madrid: Tecnos, 2016. p. 212.

¹¹ Obras completas de D^a Concepción Arenal. Tomo Decimocuarto. Informes presentados en los Congresos Penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes. Madrid, 1896, p. 7. En MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. Aproximación a la evolución histórica de la intervención judicial en la ejecución de la pena privativa de libertad. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). **Persuadir y razonar**: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín. Navarra: Aranzadi, 2018. t. 2. p. 205.

la pena privativa de libertad conforme a los postulados de la legislación penitenciaria, en esencia la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento; y ello bajo la supervisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que se constituye así en pieza básica del sistema¹².

2 MODELOS DE CONTROL JUDICIAL

2.1 Introducción

Sentado los fundamentos de la intervención judicial en la ejecución y cumplimiento de la pena privativa de libertad, la conformación de esta labor admite diversos diseños, que no necesariamente comportan la atribución de tal labor a un elemento de naturaleza judicial.

Así, el control independiente de las prisiones admite muy diversas configuraciones, según la tradición de cada estado, de modo que frente a aquellos en los cuales pesa más la intervención judicial a través de los tribunales -España, Francia-, en otros esa función se desempeña por el Ministerio Público -Europa oriental-, o por inspectores del Ministerio de Justicia -Países Bajos-, cuando no por un cuerpo de inspectores y consejos de control independientes -Reino Unido-¹³.

La necesidad de órganos externos a la Administración penitenciaria es una exigencia de la normativa internacional. Así, las Reglas mínimas de Ginebra, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y en las Reglas mínimas del Consejo de Europa -en estas últimas, en la Resolución de 19 de enero de 1973, art. 56.2- se proclama que el respeto de los derechos de los reclusos y la legalidad de ejecución de las penas sean asegurados

¹² SSTC 73/1983, de 30 de julio (RTC 1983\73 - RO): **STC 73/1983** - ECLI:ES:TC:1983:73); y 2/1987, de 21 de enero (RTC 1987\2 - RO): STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); STCJ de 8 de julio de 1991 (RJ 1992\398).

¹³ COYLE, Andrew. **Règles pénitentiaires européennes**. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2006. p.143.

mediante el control de una autoridad judicial o cualquier otra autoridad que no pertenezca a la Administración penitenciaria¹⁴.

La versión actual de las Reglas mínimas¹⁵, las denominadas Reglas Mandela¹⁶, superado una cierta indefinición que existía en los textos anteriores, fija la necesidad de un sistema doble de inspecciones periódicas de los establecimientos y servicios penitenciarios, de forma que, junto con inspecciones internas o administrativas realizadas por la Administración penitenciaria central, deben existir inspecciones externas realizadas por un organismo independiente de la Administración penitenciaria, que puede ser un organismo internacional o regional competente, siendo su objeto velar porque los establecimientos penitenciarios se gestionen conforme a las leyes, reglamentos, políticas y procedimientos vigentes, todo ello con la finalidad de que se cumplan los objetivos de los servicios penitenciarios y correccionales y se protejan los derechos de los reclusos -Regla 83-.

Diseño que se ve completado por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁷, que fija un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁸.

¹⁴ MIR PUIG, Carlos. **Derecho penitenciario**: el cumplimiento de la pena privativa de libertad. 4. ed. Barcelona: Atelier, 2018. p. 182.

¹⁵ Las Reglas mínimas tienen su origen en el conjunto de normas sobre el tratamiento de los detenidos elaborado por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria en 1929, presentadas en el Congreso Penitenciario de Praga, 1930, por Bumke -Presidente de la Corte Suprema del Reich y miembro de aquella Comisión-. En VAN DER AA, Jan Simon. **Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Prague**: Août 1930. Berne: Bureau de la Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire: 1931.

¹⁶ Asamblea General, Resolución 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre de 2015.

¹⁷ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2002; firmado por España el 13 de abril de 2005, BOE de 22 de junio d 2006.

¹⁸ Por LO 1/2009, de 3 de noviembre, se introduce una disposición final única en la LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, por la cual se confiere a tal organismo la condición de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en España.

En un ámbito regional más restringido y de mayor exigencia, el ámbito europeo, debe mencionarse las Reglas mínimas europeas para el tratamiento de los reclusos¹⁹, aprobadas por la Resolución (73)5 del Consejo de Europa, cuya primera versión es de 1973, la siguiente de 1987, siendo la actual de 2006, que cumplen la finalidad de “recoger las necesidades y las aspiraciones de las administraciones penitenciarias, de los reclusos y del personal penitenciario en un enfoque coherente de la gestión y el tratamiento que sea positivo, realista y contemporáneo”²⁰,

al tiempo que se inspirarían en los valores del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos²¹. Para cumplir sus fines recogen el principio relativo a que todas las prisiones deberán ser inspeccionadas por parte del Gobierno de forma regular y controladas por una autoridad independiente.

Tras esta formulación pesa la idea de que las prisiones son, por naturaleza, lugares secretos, cuyos muros no solo retienen al privado de libertad, sino que también mantienen fuera a la población en general. Cuanto mayor sea la transparencia, el control de lo ocurre dentro será más eficaz, de ahí la importancia de la participación de la sociedad en su funcionamiento. Transparencia que por sí no sería suficiente, pues incluso en los países en que los sistemas penitenciarios están más desarrollados, el control independiente de las condiciones de la privación de libertad y del trato a los internos es esencial para prevenir los tratos inhumanos e injustos y para mejorar la calidad de vida y la gestión de los centros²².

¹⁹ Resolución (73)5 del Consejo de Europa.

²⁰ Exposición de motivos de la Resolución (73)5 del Consejo de Europa.

²¹ CONSEJO DE EUROPA. **Documentos de trabajo**: comentario a las normas penitenciarias europeas. Barcelona: Centre D'Estudis Jurídics i Formació Especializada del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 2010. p. 2.

²² COYLE, Andrew. **Règles pénitentiaires européennes**. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2006. p.142.

En cuanto a la naturaleza de ese órgano de control independiente, no necesariamente ha de ser judicial, reconociéndose tal matiz como una mera posibilidad en las versiones de 1973 y 1987; mención de la cual se prescinde en la de 2006 -y la revisada de 2020-. Tal planteamiento no significa, sin embargo, que se excluya esa opción, sino simplemente que queda englobado en aquel concepto²³.

Pero dentro del diseño judicial, para el caso de optarse por tal modelo, cabe dentro de aquel dar preponderancia a una u otra función; esto es, considerar que tal órgano tenga un perfil más de garante o más bien de ejecutor de la condena.

En este sentido, cabe examinar las diversas figuras en los países en los cuales la intervención judicial en la ejecución y cumplimiento de la pena ha sido más significativa: Brasil, Italia, Portugal y Francia.

En los tres primeros países antes señalados, su juez de vigilancia participa de esa naturaleza mixta en cuanto a aunar funciones de vigilante y de órgano de supervisión de la ejecución de la condena, frente al último, que realmente es un juez de ejecución.

²³ La Regla 56.2, Resolución 73-5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 19 de enero de 1973 y la Regla 5, Recomendación R (87) 3 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por la Comisión de Ministros de 12 de febrero de 1987, durante la 404ª Reunión de los Delegados de los Ministros tendrían en sus respectivos textos la misma redacción: “El respeto de los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad de la ejecución de las penas, deberá estar asegurada por un control ejercido conforme a la reglamentación nacional por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la Administración penitenciaria”. Por su parte, la Regla 9, Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952ª Reunión de los Delegados de los Ministros, presentaría una redacción, coincidente en el contenido, pero más esquemática: “Todas las prisiones estarán sujetas a inspecciones gubernamentales regulares y al control por parte de una autoridad independiente”. La Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por la Comisión de Ministros de 11 de enero de 2006, durante la 952ª Reunión de los Delegados de los Ministros, ha sido modificada y revisada por el Comité de Ministros el día 1 de julio de 2020, a raíz de la 1380ª reunión de los Delegados de los Ministros, sin que haya sufrido alteración en su redacción.

2.2 Brasil

En el caso de Brasil, los primeros atisbos de control de la ejecución de la pena surgen hacia 1922 con la creación del Consejo penitenciario²⁴, si bien no es hasta 1941 cuando, en el Código de Procedimiento Penal²⁵, se confiere a la autoridad judicial la potestad de conceder -y revocar- la libertad condicional.

La intervención judicial va a ampliarse hasta la actualidad, con la Ley de Ejecución Penal²⁶, que cumpliría la función dual a la que venimos haciendo referencia: la función de garante del bienestar de los penados y, por otro, la de participar en el proceso de individualización de la pena.

El Juízo da Execução sería un órgano especializado en cuanto a su competencia, si bien sus miembros carecerían de la correspondiente formación de al carácter²⁷.

La virtualidad y eficacia práctica de la figura, sin embargo, es puesta en tela de juicio²⁸.

El modelo brasileño de ejecución, no se agota con el Juízo da Execução, sino que se complementa con otra serie órganos de distinta

²⁴ El art. 2 del Decreto 16.665 establece que estará compuesto por: el Fiscal de la República, por un representante del Ministerio Público local y por cinco personas libremente designadas por el Presidente de la República en el Distrito Federal y Territorio do Acre y por los Presidentes o Gobernadores en los Estados donde no hubiere penitenciaria federal. Preferentemente, tres de los miembros serían elegidos entre profesores de Derecho o juristas en la actividad forense, y dos entre profesores de Medicina o clínicos profesionales.

²⁵ BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941.

²⁶ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal.** Río de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 107.

²⁸ Jueces y fiscales ven como algo fuera de lugar la normativa expuesta, llegando a calificarla de ley del primer mundo o como cosa de Suiza, sin aplicación efectiva en la realidad, la cual se corresponde al tercer mundo. En MARQUES JR., Gessé. A Lei de Execuções Penais e os limites da interpretação jurídica. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 17, n. 33, p. 145-155, jun. 2009. p. 148-150.

naturaleza: el Consejo Nacional de Política Penal y Penitenciaria²⁹; el Ministerio Público³⁰; el Consejo Penitenciario³¹; los Departamentos Penitenciarios³²; el Patronato³³; el Consejo de la Comunidad³⁴; y el Defensoría Pública³⁵. Todos estos órganos velarían por el fiel cumplimiento de la pena, de acuerdo con la sentencia y con los parámetros legales³⁶.

2.3 Italia

Es en Italia donde aparece por primera vez, en el Código Penal de 1930, la figura del giudice di sorveglianza, cuyas funciones luego se desarrollan en el Regolamento per gli Istituti di prevenzione e di pena de 1931. En él se conjugarían funciones ejecutivas y de consulta,

²⁹ El Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria lo integran trece miembros designados por el Ministerio de Justicia, entre profesores y profesionales del área del Derecho Penal, Procesal Penal, Penitenciario y ciencias correlacionadas, así como por representantes de la comunidad y de los Ministerios del área social. Sus funciones son consultivas y de propuesta ligadas a la Política criminal.

³⁰ El Ministerio Público fiscaliza la ejecución de la pena y de la medida de seguridad y participa activamente en la ejecución.

³¹ El Consejo Penitenciario, está formado por profesores de Derecho Penal, Procesal, Penitenciario o Ciencias relacionadas con aquellas ramas del conocimiento, así como representantes de la comunidad. Cumple una función asesora, inspectora de los establecimientos y servicios penitenciarios y asistencia a los liberados.

³² Es un órgano ejecutivo de la Política Penitenciaria Nacional y de apoyo administrativo y financiero del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria.

³³ El Patronato público o particular presta asistencia a los internos y a los exreclusos, e interviene en ciertas penas no privativas de libertad, suspensión de condenas y libertad condicional.

³⁴ Conforme al Art. 80 de la Ley de Ejecución Penal, en cada Departamento habrá un Consejo de la Comunidad compuesto, como mínimo, por un representante de asociación comercial o industrial, un abogado indicado por la sección de la Orden de los Abogados de Brasil, un Defensor Público indicado por el Defensor Público General y un asistente social elegido por la Comisaría Seccional del Consejo Nacional. A falta de la representación prevista en este artículo, quedará a criterio del juez de la ejecución la elección de los integrantes del Consejo.

³⁵ En el área de la ejecución de la pena a este organismo le corresponde la asistencia especializada en la protección de los derechos de las personas que cumplen penas privativas de libertad o restrictivas de derechos.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. Río de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 107.

correspondiéndole supervisar la ejecución de las penas privativas de libertad³⁷.

Si bien en su origen era un órgano unipersonal, posteriormente, en 1975 se da un nuevo diseño, que se complementa con normas dictadas en años sucesivos³⁸. En la actualidad, presenta una conformación dual, con un reparto de atribuciones, en unos casos configurado como un órgano unipersonal, magistrato di sorveglianza, en otros un tribunal colegiado, tribunale di sorveglianza. El magistrato di sorveglianza formaría parte del órgano colegiado, salvo cuando conoce de los recursos frente a sus resoluciones.

Como particularidad del modelo³⁹, el tribunale di sorveglianza, no está formado únicamente por juristas, antes bien, además del elemento judicial, que lo preside, junto a otro magistrado, forman parte de él dos expertos en Psicología, Servicios Sociales, Pedagogía, Psiquiatría y Criminología Clínica, es decir, docentes de la Ciencia Criminalista⁴⁰.

2.4 Portugal

En Portugal los primeros intentos de control judicial de la respuesta penal surgen con la creación de los Tribunais de execução das penas, en 1944⁴¹, si bien sus competencias inicialmente se centraban en las medidas de seguridad. Es llamativo, en este momento, que contra sus

³⁷ Arts. 4 a 7 del Regolamento per gli Istituti di prevenzione e di pena. ITÁLIA. **Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 787**. Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena. Roma: Presidenza del Consiglio dei Ministri, [1931].

³⁸ Ley 354/1975, Ley 689/1981 y la Ley 663/1986. En: CANEPA, Mario; MERLO, Sergio. **Manuale de diritto penitenziario**. Milano: Giuffrè Editore, 2010. p. 58-59.

³⁹ Desde la Ley 663/1986. ITÁLIA. **Legge 10 ottobre 1986, n. 663**. Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà. Roma: Presidenza del Consiglio dei Ministri, [1986].

⁴⁰ CANEPA, Mario; MERLO, Sergio. **Manuale de diritto penitenziario**. Milano: Giuffrè Editore, 2010. p. 61-62.

⁴¹ Ley 2000, de 16 de mayo de 1944, puestos en funcionamiento por Decreto n.34.540, de 27 de abril de 1945-, y regulados, en su organización y competencia, por el Decreto-Ley n.34.553, de 30 de abril de 1945.

resoluciones cabía recurso ante un órgano colegiado en cuya composición, salvo su presidente, no tenía por qué tener origen judicial.

A partir de 1976 comienza un proceso de reforma, ampliando sus competencias, hasta llegar al modelo actual⁴², en el cual corresponde a los Tribunais de execução das penas administrar la justicia penal en materia de ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, garantizan los derechos de los presos y pronunciándose sobre la legalidad de las decisiones del servicio penitenciario. Sus atribuciones serían tanto de ejecución procesal, como penitenciarias, abarcando tanto a las medidas de seguridad, penas de esa misma naturaleza y a otras penas distintas aquella, caso de los trabajos en beneficio de la comunidad. En lo penitenciario propiamente tal, despliega sus potestades tanto sobre cuestiones atinentes al régimen, como al tratamiento penitenciario de los internos.

2.5 Francia

La figura del Juge de l'application des peines arranca en Francia en 1958⁴³, bajo el paraguas doctrinal de la Nueva Defensa Social⁴⁴, teniendo como precedente los trabajos de la Comisión que diseña la denominada Reforma Amor⁴⁵.

La actual configuración estaría recogida en el art. 712 del Código de Procedimiento Penal, que habría sido objeto de sucesivas modificaciones⁴⁶,

⁴² Decreto-Ley n. 783/76, de 29 de octubre; Ley n. 115/2009, de 12 de octubre; Ley n. 62/2013, de 16 de agosto.

⁴³ Ordenanza n. 58-1296 de 23 diciembre 1958.

⁴⁴ MALHERBE, Jean. **Le Juge de L'application des peines**. Paris: Sirey, 1960. p. 193.

⁴⁵ HEDHILI-AZEMA, Hinda. La réforme de l'Administration pénitentiaire Amor de mai 1945. **Revue Hypermedia: historie de la Justice, des crimes et des peines**. Sep. 2019.

⁴⁶ Ley n. 2004-204 de 9 de marzo, Ley n. 2009-1436 de 24 de noviembre, Ley n. 2010-242 de 10 de marzo, Ley n. 2011-392 de 10 de agosto, Ley n. 2011-939 de 10 de agosto, Ley n. 2012-409 de 27 de marzo, Ley n. 2014-896 de 15 de agosto, Ley n. 2019-222 de 23 de marzo, Ordenanza n. 2019-964 de 18 de septiembre y Ley n. 2020-1672 de 24 de diciembre.

precepto que proyecta la ejecución con una estructura dual, el Juge de l'application des peines y el Tribunal de l'application des peines, los cuales constituirían los juzgados de ejecución en primer grado. Tales órganos serían los responsables de determinar las principales modalidades de ejecución de las penas privativas de libertad, dirigiendo y vigilando las condiciones de su aplicación. Ambos órganos tienen competencias diferenciadas, que se centran en la ejecución de las penas y medidas, si bien el órgano unipersonal puede, por decisión suya, determinar que en cuestiones concretas sea el órgano colegiado el que resuelva, formando en este caso parte de él quien toma la decisión.

Frente a las decisiones de estos dos órganos cabe recurrir la Sala de ejecución de las penas del Tribunal de Apelación.

3 EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA ESPAÑOL

La figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria en España no surge sino con la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, la cual supone la culminación y logro de un anhelo expresado desde muchos años antes por la doctrina⁴⁷ y los propios

⁴⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin*: août 1935. Berne: Bureau de la Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire: 1936. v. 2. p. 39; ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*. Madrid: [s. n.], 1949. v. 1. p. 482-883, p. 553; BERNALDO DE QUIRÓS. Constancio. *Lecciones de derecho penitenciario*. México, D.F: Imprenta Universitaria, 1953. p. 12-13; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Comentarios al código penal*. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1966. p. 386; TERUEL CARRALERO, Domingo. *Clínicas criminológicas y jueces de ejecución de penas. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n.1, 1963. p. 36; TERUEL CARRALERO, Domingo. El juez de ejecución de penas en Francia. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 20, n. 2, 1967. p. 569-570; CANO MATA, Antonio. La actividad administrativa penitenciaria y su fiscalización por el Juez de vigilancia. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 95, p. 155-178, mayo/ago. 1981. p.160; GARCÍA VALDÉS, Carlos. *La nueva penología*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología Universidad de Madrid, 1977. p. 28-29; BARBERO SANTOS, Marino. *Política y derecho penal en España*. Madrid: Tucur Ediciones, 1977. p.133.

operadores jurídicos⁴⁸.

Sin embargo, surge con carencias orgánicas, que no se suplen hasta 1985, con la Ley Orgánica de Poder Judicial⁴⁹, y procesales, ausencia de una norma reguladora del procedimiento, que aún a día de hoy subsisten.

El diseño de la Ley penitenciaria, art. 76 de aquella, trata de aunar, por un lado, la función de salvaguarda de los derechos de los internos y control de la actuación administrativa, especialmente de la potestad disciplinaria, y, por otro, la de órgano de ejecución penal. Sus atribuciones tendrían carácter plenamente jurisdiccional, estando dotadas, por regla general, de la nota de imperatividad.

Desarrollaría, además, una labor de órgano colaborador de la Administración penitenciaria, en la medida en que puede formular propuestas, conforme al art. 77 LOGP, en aquellos campos en los cuales no tiene competencia⁵⁰.

La función de garante de este órgano jurisdiccional es muy amplia, desarrollándose a través de dos cauces. Por un lado, todo acto restrictivo de derechos adoptado por la Administración penitenciaria debe ser comunicado al Juez de Vigilancia Penitenciaria, el cual no puede adoptar una mera actitud pasiva, sino que ha de pronunciarse sobre la corrección

⁴⁸ Las Memorias de la Fiscalía General del Estado de 1970, 1977 y 1978 recogen esa inquietud. HERRERO TEJEDOR, Fernando. **Memoria elevada al Gobierno nacional en la solemne apertura de los tribunales**: el día 15 de septiembre de 1970. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1970.; GONZALEZ ZAPATERO, Eleuterio. **Memoria elevada al Gobierno S. M. en la solemne apertura de los tribunales**: el día 15 de septiembre de 1977. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1977.; FANJUL SEDEÑO, Juan Manuel. **Memoria elevada al Gobierno S. M. en la solemne apertura de los tribunales**: el día 15 de septiembre de 1978. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1978.

⁴⁹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. ESPAÑA. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 157, p. 20632-20678, 2 jul. 1985.

⁵⁰ La potestad de formular propuestas a la Administración no es nueva en Derecho español, antes bien se remota a mediados del siglo XIX, al Real Decreto de 14 de diciembre de 1855, por el que se crean en las Audiencias y en Ceuta, Juntas inspectoras penales dependientes del Tribunal Supremo, texto normativo que confería a tales órganos, junto a sus funciones de realización de visitas a las cárceles, con relación al régimen interior y la administración económica, que no eran de su competencia, la potestad de formular propuestas al Ministerio de Gracia y Justicia por conducto del Tribunal Supremo.

de tal decisión, ratificándola, o dejándola sin efecto, restableciendo el derecho quebrantado⁵¹.

Por otro lado, esa función de control la desarrolla en la medida en que al Juez de Vigilancia le corresponde atender las diversas quejas de los internos con relación al régimen o el tratamiento penitenciario, siempre y cuando se vean en tela de juicio derechos fundamentales o derechos y beneficios penitenciarios. Quedan al margen pues las cuestiones meramente organizativas, que son atribución de la Administración y con respecto a las cuales aquella actúa con sujeción al Derecho Administrativo y bajo el control de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En cuanto a la consideración de juez de ejecución, se trata de una labor compartida con el sentenciador, pudiéndose hablar de una dimensión interna, que corresponde al Juez de Vigilancia, referente a la forma en que se lleva a cabo la condena, que conecta con la finalidad de reeducación y resocialización, y otra competencia externa, que corresponden al sentenciador, que se circunscribe a las incidencias que se produzcan en la ejecución de las penas privativas de libertad ajenas a aquella otra⁵².

Esto determina que cuestiones como acordar el ingreso o la libertad definitiva o las órdenes de busca y captura en caso de quebrantamiento, son cuestiones ajenas a la jurisdicción de vigilancia.

Pero, además, en el caso español, es especialmente significativo el papel del sentenciador, el cual tiene una singular posición con respecto al Juez de Vigilancia Penitenciaria, pues conoce de los recursos de apelación en materia de ejecución. De ahí que se haya llegado a hablar

⁵¹ SSTC 129/1995, de 11 de septiembre (RO): **STC 129/1995** - ECLI:ES:TC:1995:129); 170/1996, de 29 de octubre (RO): **STC 170/1996** - ECLI:ES:TC:1996:170); 128/1997, de 14 de julio (RO): **STC 128/1997** - ECLI:ES:TC:1997:128); 175/1997, de 27 de octubre (RO): **STC 175/1997** - ECLI:ES:TC:1997:175); 200/1997, de 24 de noviembre (RO): **STC 200/1997** - ECLI:ES:TC:1997:200); y 194/2002, de 28 de octubre (RO): **STC 194/2002** - ECLI:ES:TC:2002:194).

⁵² ATS de 5 de marzo de 2009 (RO): **ATS 2798/2009** - ECLI:ES:TS:2009:2798A).

de jurisdicción delegada por algunos operadores jurídicos⁵³ y parte de la doctrina⁵⁴, calificación que quizás resulte un tanto extrema, si bien, guste o no, matiza la calificación de propia de su función. Piénsese además que, conforme a criterios jurisprudenciales, ejecución de condena es la materia clasificatoria⁵⁵ y la libertad condicional; entendiéndose además que quien mejor defiende su condena es el sentenciador⁵⁶, planteamiento tras el cual subyace un claro posicionamiento en favor de los principios retributivos y preventivo-generales, frente a aquel otro resocializador.

Como grave carencia en la configuración del Juez de Vigilancia Penitenciaria español está su limitado campo de actuación en materia clasificatoria. Esta va a corresponder en primer lugar a la Administración penitenciaria, conociendo la autoridad judicial solo en caso de recurso, de ahí que, si este no media, no juega en ella papel alguno.

No obstante, este planteamiento presenta algunas fisuras, pues la aprobación de la libertad condicional y el régimen de flexibilidad⁵⁷, sí exige pronunciamiento judicial, que tienen carácter constitutivo.

Por otra parte, si especializadas son las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria y su configuración orgánica, sin embargo, quienes

⁵³ Memoria del Fiscal General del Estado de 1982. GIL-ALBERT Y VELARDE, Jose Maria. **Memoria elevada al Gobierno S. M. en la solemne apertura de los tribunales**: el día 15 de septiembre de 1982. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1982.

⁵⁴ RUIZ VADILLO, Enrique. Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad. **Estudios penales y criminológicos**, [Santiago de Compostela], n. 2, 1977-1978. p. 105.

⁵⁵ Acuerdo del Pleno de la Sala lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002 (JUR 2002\192449); STS 671/2002, de 9 de julio (RO): **STS 5111/2002** - ECLI:ES:TS:2002:5111; AATS de 22 de julio de 2020 (RO): **ATS 5672/2020** - ECLI:ES:TS:2020:5672A; y de 4 de diciembre de 2020 (RO): **ATS 1141/2020** - ECLI:ES:TS:2020:1141A (asunto Procés); de 25 de mayo de 2021 (RO): **ATS 7228/2021** - ECLI:ES:TS:2021:7228A; y de 8 de septiembre de 2021 (RO): **ATS 10922/2021** - ECLI:ES:TS:2021:10922A).

⁵⁶ AATS de 22 de julio de 2020 (RO): **ATS 5672/2020** - ECLI:ES:TS:2020:5672A y de 4 de diciembre de 2020 (RO): **ATS 1141/2020** - ECLI:ES:TS:2020:1141A (asunto Procés).

⁵⁷ El régimen de flexibilidad es una modalidad clasificatoria introducida por el Reglamento Penitenciario de 1996, en su art. 100.2, conforme a la cual, frente a la consideración de los tres grados, primero, segundo y tercero, cada uno de ellos con un concreto régimen de vida, permite combinar características de dos grados, en aras al desarrollo de un programa tratamental específico que no pueda desarrollarse de otra manera.

ejercen tal función carecen de la correspondiente formación especializada, lo cual no deja de ser resultar paradójico⁵⁸.

4 UN MODELO DE JUEZ DE VIGILANCIA

La configuración de un Juez de Vigilancia Penitenciaria que aúne las funciones de ejecución y garantía debe tener presente sus límites, en un doble sentido, con relación a la propia Administración penitenciaria y con referencia a los jueces o tribunales sentenciadores.

El riesgo de conflicto con la Administración, la realidad de puntos de fricción en cuanto al alcance de las respectivas competencias, siempre ha estado presente⁵⁹.

Ha de partirse de una idea de respeto a la actuación de la Administración⁶⁰, siendo necesaria una adecuada delimitación de

⁵⁸ Se trata esta de una reivindicación antigua, nunca atendida por el Legislador. Así el prominente jurista Dorando Montero ya planteó la necesidad de una formación multidisciplinar de los jueces que se dediquen al orden penal, con nociones de Antropología Criminal, Psicología Criminal, evolución histórica de la delincuencia y de la penalidad, Sociología Criminal, Estadística Criminal, Legislación Penal Comparada, Legislación Penal Vigente, Criminalística, Ciencia Penitenciaria, Clínica Criminal, amén de asistencia de los alumnos que vayan a dedicarse a tal función a los tribunales y a las prisiones para estudiar in vivo a los criminales. En DORADO MONTERO, Pedro. "La Administración de Justicia. La educación de la Magistratura". En: La Administración, Revista Internacional de Administración, Hacienda y Política. Tomo II, diciembre, 1895, pp. 288-290. Formación especializada que está presente en las propuestas de los Congresos Penitenciarios, en especial en el Congreso Internacional Penitenciario de Londres, 1925, y, muy singularmente en el de Congreso Internacional de Derecho Penal de Palermo, 1933.

⁵⁹ Ya en 1956, con relación al modelo judicial portugués, BELEZA DOS SANTOS, afirmaba que el ambiente entre los Tribunales de Ejecución y la Administración había sido de colaboración, pero que temía que aquel deviniera envenenado si el tribunal viniese a tomar partido en las divergencias entre la dirección y los reclusos o interviniese de cualquier otro modo en la vida interior del establecimiento, porque si ahora los directores aceptan bien las sugerencias del tribunal sobre algún preso, hecha, por otra parte, con el máximo respeto a la autonomía de la Administración, aquellas serían tal vez recibidas de mal grado si llegaran como órdenes. En SANTOS, José Beleza dos. El Juez de ejecución de las penas en Portugal. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Madrid, n. 122, p. 311. mayo/jun. 1956.

⁶⁰ En CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. Barcelona: Bosch, 1958. p. 275.

competencias, sin que se produzca una invasión por parte de la autoridad judicial de aquellas otras, pues de no hacerse sería poco menos que reconocer funciones de dirección a quien no debe de tenerlas⁶¹; se trataría de considerar que ambos operadores, Juez y Administración, participan de una tarea solidaria, en la cual esta última cooperara en la ejecución de las penas privativas de libertad según la ley, la sentencia y los dictados, conforme a la normativa vigente, del Juez de Vigilancia, sin que éste devenga en un superdirector del establecimiento penitenciario⁶².

La organización y dirección de los establecimientos penitenciarios constituye una materia que competencialmente no corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en la cual este solo puede trasladar a la Administración penitenciaria información, propuestas, sugerencias⁶³.

Ahora bien, la ejecución de la condena no es una cuestión administrativa, antes bien, como se viene sosteniendo, es la realización del principio de legalidad en la fase ejecutiva, último momento individualizador de aquella y, por ello, auténtica labor judicial. Este postulado se debería traducir en que el Juez de Vigilancia debería tener la última palabra, además de en la concesión y revocación de la libertad condicional, en todas aquellas cuestiones que implique una u otra forma de excarcelación. Por ello, la decisión sobre la clasificación en tercer grado, exige, en todo caso, pronunciamiento judicial, pues afecta a la esencia del contenido aflictivo de la condena, a su modulación, por ello.

Del propio modo, aquellos otros institutos que implican un acceso a mayores cotas de autogobierno, tales como los permisos penitenciarios o similares (en el caso español las salidas del art. 117 RP, salidas programas

⁶¹ GARCÍA VALDÉS, Carlos. **Comentarios a la legislación penitenciaria**. Madrid: Civitas, 1982. p. 243-244; GARCÍA VALDÉS, Carlos. Los orígenes y la puesta en marcha del Juez de vigilancia en la legislación penitenciaria española. **La Ley Penal**, Madrid, n. 107, p. 9, 2014.

⁶² BUENO ARÚS, Francisco. **Estudios penales y penitenciarios**. Madrid: Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1981. p. 42-43

⁶³ STCJ de 20 de diciembre de 1993.

del art. 114 RP), deben ser atribución judicial, en la fase previa a la semilibertad.

Dicho de otra forma, la actividad tratamental, sus mecanismos, en tanto en cuanto despliegues sus efectos solo en el medio penitenciario, no trasciendan a él, queda en manos de Administración, sin perjuicio del control del Juez de Vigilancia, en caso de recurso o queja del interno.

En cuanto a la actividad regimental, sería materia propia de la Administración, si bien el Juez de Vigilancia Penitenciaria desarrollaría en ella la dimensión de garante de los derechos fundamentales y derechos y beneficios penitenciarios de los internos, por una doble vía: resolviendo sobre las quejas que se formulen y pronunciándose sobre los actos restrictivos de derechos que adopta la autoridad administrativa.

Se complementaría tal labor con el control de la potestad disciplinaria, conociendo de los recursos en orden al cuestionamiento de su ejercicio y la autorización, con carácter constitutivo, de aquellas sanciones que implique situaciones de aislamiento.

Con respecto al sentenciador, la competencia de éste debería cesar en tanto en cuanto se produjera el ingreso del penado para cumplir su condena, de forma que las cuestiones previas, tales como la suspensión o sustitución de penas, serían de su competencia, más a partir de aquel momento, se produciría un traspaso de funciones, incluida la excarcelación definitiva, al órgano judicial penitenciario, que actuaría con competencia propia.

La función de vigilancia debería ser especializada; calificación que operaría en un doble sentido. Así, por un lado, la formación del elemento personal tendría que tener tal carácter, lo que implica unos conocimientos multidisciplinarios; mas, por otro, esta jurisdicción debería ser distinta a la de la fase declarativa, con órganos propios tanto en la primera, como en la segunda instancia, pues los principios penales y consideraciones que pesan en la fase ejecutiva son diversos a los del momento del dictado de la sentencia.

5 CONCLUSIONES

El diseño actual del Juez de Vigilancia Penitenciaria, si bien resulta adecuado en cuanto a la función de garante de los derechos fundamentales y derechos y beneficios penitenciarios, sin embargo, en su dimensión de juez de ejecución, presenta serias carencias, tanto en lo funcional, como en lo orgánico, lo cual exige una profunda reforma de su configuración.

Por un lado, una exigencia derivada de la particular naturaleza que presenta la realización práctica de la pena privativa de libertad reclama la especialización del órgano jurisdiccional encargado de su supervisión. Por otro, ha de darse una conformación unitaria a la jurisdicción de vigilancia, como algo distinto del sentenciador, el cual ha de quedar al margen de aquella.

REFERENCIAS

ACTES du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin: août 1935. Berne: Bureau de la Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire: 1936.

ANTÓN ONECA, José. **Derecho penal**. Madrid: [s. n.], 1949. v. 1.

BARBERO SANTOS, Marino. **Política y derecho penal en España**. Madrid: Tucur Ediciones, 1977.

BERNALDO DE QUIRÓS. Constancio. **Lecciones de derecho penitenciario**. México, D.F: Imprenta Universitaria, 1953.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984.

BUENO ARÚS, Francisco. **Estudios penales y penitenciarios**. Madrid: Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1981.

CANEPA, Mario; MERLO, Sergio. **Manuale de diritto penitenziario**. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

CANO MATA, Antonio. La actividad administrativa penitenciaria y su fiscalización por el Juez de vigilancia. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 95, p. 155-178, mayo/ago. 1981.

CONSEJO DE EUROPA. **Documentos de trabajo**: comentario a las normas penitenciarias europeas. Barcelona: Centre D'Estudis Jurídics i Formació Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2010.

COYLE, Andrew. **Règles pénitentiaires européennes**. Estrasburgo: Consejo de Europa, 2006.

CUELLO CALÓN, Eugenio. La intervención del juez en la ejecución de la pena. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 2, t. 6, p. 252-264, 1953.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **La moderna penología**. Barcelona: Bosch, 1958.

CUELLO CALÓN, Eugenio. Lo que Howard vio en España. **Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios**, Madrid, n. 1, abr. 1945.

DORADO MONTERO, Pedro. **El Derecho protector de los criminales**. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1916. t. 2.

DORADO MONTERO, Pedro. La administración de justicia: la educación de la Magistratura. **Revista Internacional de Administración, Hacienda y Política**. t. 2, dic. 1895.

ESPAÑA. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 157, p. 20632-20678, 2 jul. 1985.

FANJUL SEDEÑO, Juan Manuel. **Memoria elevada al Gobierno S. M. em la solemne apertura de los tribunales**: el día 15 de septiembre de 1978. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1978.

FERRI, Enrico. **Sociología criminal**. 3. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1908. t. 2.

GARCÍA VALDÉS, Carlos. **Comentarios a la legislación penitenciaria**. Madrid: Civitas, 1982.

GARCÍA VALDÉS, Carlos. **La nueva penología**. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología Universidad de Madrid, 1977.

GARCÍA VALDÉS, Carlos. Los orígenes y la puesta en marcha del Juez de vigilancia en la legislación penitenciaria española. **La Ley Penal**, Madrid, n. 107, p. 9, 2014.

GIL-ALBERT Y VELARDE, Jose Maria. **Memoria elevada al Gobierno S. M. em la solemne apertura de los tribunales**: el día 15 de septiembre de 1982. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1982.

GONZALEZ ZAPATERO, Eleuterio. **Memoria elevada al Gobierno S. M. em la solemne apertura de los tribunales**: el día 15 de septiembre de 1977. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1977.

HEDHILI-AZEMA, Hinda. La réforme de l'Administration pénitentiaire Amor de mai 1945. **Revue Hypermedia: histoire de la Justice, des crimes et des peines**. Sep. 2019.

HERRERO TEJEDOR, Fernando. **Memoria elevada al Gobierno nacional em la solemne apertura de los tribunales**: el día 15 de septiembre de 1970. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1970.

HOWARD, John. Proposed improvements: in the structure and management of prisons. In: HOWARD, John. **The state of the prisons in**

England and Wales: with preliminary observations and an account of some foreign prisons. Cambrigde: Cambridge University Press, 2013.

ITÁLIA. **Legge 10 ottobre 1986, n. 663.** Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà. Roma: Presidenza del Consiglio dei Ministri, [1986].

ITÁLIA. **Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 787.** Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena. Roma: Presidenza del Consiglio dei Ministri, [1931].

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Berlin:** août 1935. Berne: Bureau de la Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire: 1936. v. 2.

LAS SIETE partidas del sabio Rey don Alonso el Nono: partidas V-VI-VII. Madrid: BOE, 1985. v. 3.

MALHERBE, Jean. **Le Juge de L'application des peines.** Paris: Sirey, 1960.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Naturaleza de la jurisdicción de vigilancia: aspectos procesales y administrativos. **Revista de Estudios Penitenciarios**, 1989. Extra 1.

MARQUES JR., Gessé. A Lei de Execuções Penais e os limites da interpretação jurídica. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 17, n. 33, p. 145-155, jun. 2009.

MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. **Fundamentos del sistema penitenciario**. Madrid: Tecnos, 2016.

MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. Aproximación a la evolución histórica de la intervención judicial en la ejecución de la pena privativa de libertad. *In*: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.). **Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín**. Navarra: Aranzadi, 2018. t. 2.

MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. Aproximación a Concepción Arenal y el sistema penitenciario. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 72, n.1, p. 181-215, 2019.

MIR PUIG, Carlos. **Derecho penitenciario**: el cumplimiento de la pena privativa de libertad. 4. ed. Barcelona: Atelier, 2018.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. Río de Janeiro: Editora Forense, 2018.

PHARR, Clyde; DAVIDSON, Theresa Sherrer; PHARR, Mary Brown. **The Theodosian Code**: and novels and the Sirmondian Constitutions. New Jersey: Princeton University Press, 1952.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas. **Revista de Estudios Penitenciarios**, Madrid, n. 165, abr./jun. 1964.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. **Comentarios al código penal**. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1966.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. **Curso de derecho penal**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963. t. 1.

RÖDER, Carlos David Augusto. **Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones: ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal**. Valladolid: Maxtor, 2002.

RUIZ VADILLO, Enrique. Algunas consideraciones sobre la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria: la misión del fiscal sobre determinadas competencias y sobre el futuro de la Institución. In: CENTRO DE ESTUDIOS JUDICIALES. **Fiscales de vigilancia penitenciaria**. Madrid: Centro de Publicaciones de Ministerio de Justicia, 1988.

RUIZ VADILLO, Enrique. Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad. **Estudios penales y criminológicos**, [Santiago de Compostela], n. 2, 1977-1978.

SANTOS, José Beleza dos. El Juez de ejecución de las penas en Portugal. **Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios**, Madrid, n. 122, mayo/jun. 1956.

SANZ DELGADO, Enrique. Las viejas cárceles: evolución de las garantías regimentales. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, [Madrid], v. 56, n.1, 2003.

TERUEL CARRALERO, Domingo. Clínicas criminológicas y jueces de ejecución de penas. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n.1, 1963.

TERUEL CARRALERO, Domingo. El juez de ejecución de penas en Francia. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, v. 20, n. 2, 1967.

VAN DER AA, Jan Simon. **Actes du Congrès Pénal et Pénitentiaire International de Prague**: Août 1930. Berne: Bureau de la Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire: 1931.

CAPÍTULO 4

O CONDENADO PRETENSO COLABORADOR PREMIADO

LUIZ RÉGIS BOMFIM FILHO*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Proposta colaborativa e juízo homologatório. 3 Colaboração premiada e execução criminal. 4 Conclusão. Referências.

* Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Especializações em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil ambas pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Juiz Federal (TRF1).

1 INTRODUÇÃO

O comportamento colaborativo de pessoa sujeita à persecução penal complexa persiste como objeto de grandes debates. Em suma, promove-se a flexibilização estatal do seu poder-dever de punir, objetivando a colaboração de coimputado em atenção a determinada hipótese acusatória e/ou investigativa. Trata-se do instituto da colaboração premiada de aplicação empírica mais consistente no Brasil em tempos atuais, regulamentado pela Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013 e aperfeiçoado pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro 2019.

Na perspectiva do presente estudo, destaca-se que não houve delimitação do momento processual à celebração de acordo de colaboração premiada, viabilizando, em tese, a formação do consenso colaborativo em qualquer fase da persecução penal, inclusive em estágio de execução penal, aparentemente. A concessão de prêmios em troca de informações de difícil acesso a pessoas condenadas tende a se justificar sob a retórica da eficiência probatória. Nada obstante, receia-se que o processo colaborativo sucumba aos percalços de natureza constitucional (Brasil, 1988) e convencional (diplomas internacionais aderidos pelo Brasil). Ponderações se fazem necessárias, não visando ao esvaziamento do instituto, mas, sim, seu aperfeiçoamento.

Desta feita, o estudo reside na dificuldade de se operacionalizar revelações colaborativas apresentadas por pessoas condenadas.

2 PROPOSTA COLABORATIVA E JUÍZO HOMOLOGATÓRIO

As deliberações iniciais, com o objetivo de lograr o consenso colaborativo, constituem fase peculiar do processo, ensejando repercussões substanciais ao longo da persecução penal. Evitando a

mercantilização do processo penal, propugna-se transmutar a acepção “negocial”, a fim de inserir o instituto da colaboração premiada no âmbito da justiça criminal consensual. O consenso, por claro, não prescinde da vontade substancial do pretense colaborador, devidamente orientado por defesa técnica. Nessa fase, os defensores e os membros ministeriais ou policiais, se for o caso, precisam abandonar, por ora, a postura de confrontação e embate. Naturalmente, existem estratégias e interesses, porém é razoável pretender que os trabalhos sejam conduzidos sob confiança e boa-fé.

Isto posto, observa-se que o processo colaborativo, apesar de esclarecimentos jurisprudenciais e doutrinários, persiste tormentoso, mormente as tratativas que antecedem a celebração do acordo. Há um preliminar incômodo entre os envolvidos, pois o órgão de persecução penal possivelmente celebrante detém a evidente insegurança em pactuar premiação sem conhecer a eficiência colaborativa, enquanto o pretense colaborador se comporta em natural desconforto ao apresentar revelações autoincriminatórias na incerteza dos possíveis benefícios. Dificuldades cognitivas entre os pactuantes tendem a ensejar um “jogo” entre imputado e acusação, o que deve ser evitado, no que for possível.

Para conferir maior segurança e discrição aos envolvidos, fixa-se que o recebimento da proposta para formalização do acordo de colaboração instaura formalmente o início das negociações, constituindo marco de confidencialidade, nos termos do art. 3º-B, *caput*, da Lei n. 12.850/2013.¹ As tratativas iniciais bem como eventuais documentos formalizados não podem ser divulgados, sob a pena de violação de sigilo e da boa-fé. O intuito é mitigar a natural desconfiança das partes possivelmente pactuantes

¹ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Seção I, art. 3-B, *caput*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

mediante a restrição de publicidade das negociações preliminares. O órgão de persecução penal pode compreender de plano que a proposta e os consequentes elementos informativos apresentados pelo pretense colaborador não sejam interessantes ou suficientes ao esclarecimento do contexto dito delitivo em investigação. Por conseguinte, se for o caso, é cabível o sumário indeferimento da proposta de acordo, na forma do art. 3º-B, § 1º, da Lei n. 12.850/2013.²

A apresentação da proposta não obriga a efetiva pactuação, porém cautelas são necessárias para proteger a lealdade dos pactuantes. Questiona-se acerca de a iniciativa se originar do pretense colaborador perante o órgão persecutório, dito por “celebrante”, nos termos legais. No entanto, “a iniciativa do primeiro contato para inauguração das negociações pode ser da acusação ou da defesa, sendo desnecessária a espontaneidade na vontade do colaborador”.³ Não se visualizam obstáculos constitucionais ou convencionais em relação à sugestão colaborativa partir de órgão persecutório diante da dinâmica investigativa e/ou processual.

Nas persecuções norte-americanas, baseadas no *plea bargain*, a reunião preliminar é denominada *proffer session*, a qual inspirou, em tese, o art. 3º-B, § 6º, da Lei n. 12.850/2013 refere-se a um trato preliminar mediante o qual o investigado revela uma amostra das evidências probatórias que possui e os investigadores se comprometem a não as utilizar enquanto não celebrado formalmente o acordo de colaboração premiada.⁴

² BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Seção I, art. 3-B, §1º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 222.

⁴ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 5. ed., São Paulo: Método, 2020. p. 262.

Assim, na ótica do referido dispositivo incluído pela Lei n. 13.964/2019, caso o órgão de persecução penal não efetive a celebração do acordo, as informações e os elementos oferecidos pelo pretense colaborador deverão ser desconsiderados para qualquer outra finalidade. A lei brasileira não esclareceu o proceder acerca dos elementos apresentados em momento prévio à colaboração caso a não celebração do acordo ocorra por iniciativa do pretense colaborador. A desistência do intento colaborativo é plausível diante da complexidade de se figurar na posição de colaborador.

Por outro lado, se o caso não demandar o sumário indeferimento, e as negociações prosseguirem, firma-se o denominado “termo de confidencialidade”, ensejando a vinculação dos “órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa”, nos termos do art. 3º-B, § 2º, da Lei n. 12.850/2013.⁵ Destaca-se que a baliza da vinculação ocorre na assinatura do “termo de confidencialidade”, não no recebimento da proposta para formalização do acordo. São marcos distintos: a boa-fé e a confiança devem ser observadas no início das tratativas no recebimento da proposta, porém a vinculação perante órgãos celebrantes reside na firmação do “termo de confidencialidade”.⁶

Apesar do efeito vinculante ora tratado, o posterior indeferimento é possível na hipótese de justa causa para tanto. A título ilustrativo, caso, no prosseguir das investigações, constate-se manipulações acusatórias ou se verifique a não cessação de condutas ilícitas pelo pretense colaborador, o órgão celebrante pode e deve indeferir *a posteriori* a proposta de colaboração. O recebimento da proposta de colaboração e/ou a firmação

⁵ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Seção I, art. 3º-B, § 2º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

⁶ *Ibid.*, seção I, art. 3º-B, *caput*.

de “termo de confidencialidade”, por si, não ensejam a suspensão da persecução penal e das atividades de investigação, “ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor”, na forma do art. 3º-B, § 3º, Lei n. 12.850/2013.⁷ O órgão celebrante somente poderá, por claro, requerer em âmbito jurisdicional a flexibilização de medidas cautelares judicialmente impostas, o que deverá ser considerado pelo pretense colaborador nas tratativas colaborativas.⁸

Havendo necessidade de melhores esclarecimentos sobre circunstâncias da colaboração, é possível prévia instrução perante o órgão de persecução penal celebrante, na forma do art. 3º-B, § 4º, Lei n. 12.850/2013.⁹ Não se trata de instrução jurisdicional na perspectiva de que o magistrado não deve participar das negociações colaborativas. Apesar das diligências instrutórias eventualmente necessárias, se o órgão celebrante não compreender a utilidade e a necessidade públicas da colaboração pretendida, deve se manifestar pelo indeferimento com devida justificativa. Por conseguinte, no caso, não cabe ao órgão celebrante “se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas”. Apesar da inexistência de previsão legal, é de constitucionalidade e convencionalidade adequada possibilitar ao pretense colaborador

⁷ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Seção I, art. 3º-B, §3º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

⁸ *Ibid.*, seção I, art. 3º-B, caput.

⁹ *Ibid.*, seção I, art. 3º-B, § 4º.

apresentar insurgência a órgão ministerial/policial superior diante do indeferimento devidamente justificado de proposta colaborativa.¹⁰

A fase de formação do consenso colaborativo não enseja ingerência do magistrado eventualmente processante da persecução penal, na forma do art. 4º, § 2º, Lei n. 12.850/2013,¹¹ porém tal assertiva não exclui o controle de legalidade do procedimento colaborativo pelo próprio Poder Judiciário. A impetração de *habeas corpus* e/ou de mandado de segurança são possibilidades adequadas a coibir eventual conduta abusiva do órgão celebrante. Assim, diante de manifesta ilegalidade na formação do consenso colaborativo, faz-se necessária a atuação judicial em prol do devido processo, sem caracterizar participação de defesa em lei.

Por fim, em atenção ao amplo acesso e transparência do procedimento colaborativo no momento processual adequado, as tratativas e os atos de colaboração devem ser registrados em meios eletrônicos disponíveis, viabilizando inclusive a disponibilização do material a próprio colaborador, nos termos do art. 4º, § 13, Lei n. 12.850/2013.¹² Registre-se que o referido dispositivo não prevê a possibilidade, mas, sim, o dever de registro eletrônico tanto das tratativas como dos atos colaborativos.

Formalizada a proposta de acordo entre órgão de persecução penal celebrante e pretendo colaborador com a devida documentação necessária e demais elementos de informação, procede-se a judicialização do feito, objetivando o juízo homologatório da colaboração. É o primeiro contato do juiz competente à supervisão investigatória com o procedimento colaborativo. Tal cognição jurisdicional não é, por claro, exauriente, pois

¹⁰ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Seção I, art. 3º-B, § 6º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

¹¹ *Ibid.*, seção I, art. 4º, § 2º.

¹² *Ibid.*, seção I, art. 4º, § 13.

“não deve o magistrado substituir-se ao negociador da ação penal, como em verdade não poderia trocar escolhas suas por aquelas realizadas por qualquer administrador público”.¹³

Nada obstante, o magistrado não pode simplesmente abonar a negociação. O juízo homologatório consubstancia efetivo controle judicial do procedimento colaborativo preliminar, comprometendo-se a observar o pactuado em momento posterior de apreciação da eficácia objetiva da colaboração. Registre-se que a homologação realizada por magistrado representa sua própria vinculação ao consenso colaborativo, conferindo segurança jurídica ao pretense colaborador diante da possível aplicabilidade dos prêmios prometidos.

Apesar do marco de confidencialidade e da vinculação negocial promovidos durante a formação do consenso colaborativo, somente com a homologação judicial, o negócio jurídico representativo da colaboração premiada logra eficácia jurídica. Trata-se de marco de grande relevância, demandando cuidados jurídicos. “A homologação é, portanto, uma linha divisória que eleva o negócio jurídico existente e válido ao plano da eficácia jurídica”.¹⁴

Assim, a postura deve ser cautelosa e atenta, configurando dever do magistrado a oitiva sigilosa para que, empós, proceda-se a análise da regularidade, legalidade, adequação premial, adequação dos resultados colaborativos e voluntariedade da manifestação de vontade do pretense colaborador, na forma do art. 4º, § 7º, Lei n. 12.850/2013.¹⁵ Objetiva-se impor

¹³ CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 94.

¹⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Dever de colaboração e o nemo tenetur se detegere. In: FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio; BECHARA, Fábio Ramazzini (org.). **Os desafios das ciências criminais na atualidade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 454.

¹⁵ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Seção I, art. 4º § 7º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso

aos magistrados uma atuação mais rígida ao proferir juízo homologatório do acordo, sem configurar demasiada profundidade a caracterizar eventuais prejulgamentos. Na análise de eventual homologação da proposta colaborativa, o magistrado “não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores”.¹⁶

A fase homologatória da colaboração premiada é determinante ao devido processo, especialmente com o vigor da Lei n. 13.964/2019, “sendo dever do magistrado realizar a sindicabilidade dos elementos do acordo, bem como o equilíbrio entre o prêmio e efetividade da colaboração”.¹⁷ Dada a relevância do momento do procedimento colaborativo, propõe-se o estudo em tópicos seguintes dos aspectos homologatórios do consenso.

Isto posto, realizados esclarecimentos acerca da proposta colaborativa e do juízo de homologação judicial, passa-se ao cotejo da colaboração premiada e execução criminal.

3 COLABORAÇÃO PREMIADA E EXECUÇÃO CRIMINAL

O instituto da colaboração premiada é e precisa ser operacionalizado diante de complexidades criminosas em que os meios

em: 30 mar. 2020.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 127.483/PR**. *Habeas corpus*. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de agosto de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 021, 4 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4747946>. Acesso em: 20 mar. 2020.

¹⁷ GEBRAN NETO, João Pedro. Reflexões sobre acordo de colaboração premiada. In: GEBRAN NETO, João Pedro (org.). **Colaboração premiada: perspectivas teóricas e práticas**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020. p. 19.

tradicionais de investigação se demonstrem insuficientes. São contextos delitivos sujeitos a diversas pessoas e consequentes comportamentos nos quais, em regra, envolvem ilicitudes em âmbitos jurídicos diversos, tais quais criminal, administrativo e fiscal. Faz-se, assim, de grande relevância a razoável delimitação e organização do próprio procedimento de colaboração, sendo necessário observar com percuciência o termo, o objeto e o momento colaborativo. A Lei n. 12.850/2013, ora tratada como Lei Geral de Colaboração Premiada, é inovadora por fixar regras de formalização da colaboração premiada.

Anteriormente, os dispositivos que previam o instituto no ordenamento brasileiro somente tratavam de sua perspectiva material, regulando os requisitos e possíveis benefícios, de modo que o procedimento a ser seguido era incerto e determinado de diversos modos por acusadores do país.¹⁸

A partir da Lei n. 12.850/2013, a formalização do acordo de colaboração entre órgão persecutório celebrante e pretense colaborador consubstancia-se mediante termo escrito com informações pormenorizadas a serem sujeitas a possível homologação judicial. Objetivando segurança e previsibilidade, o termo de colaboração premiada representa o comprometimento extrajudicial seja por parte do agente colaborador, compromissado em contribuir para a atividade de persecução penal da autoridade estatal, seja por parte da própria autoridade, compromissada a respeitar os direitos conferidos ao colaborador a partir da pactuação.¹⁹

É importante não confundir o “termo de colaboração premiada”, momento prévio ao juízo homologatório em que o consenso colaborativo

¹⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 229.

¹⁹ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 66.

está mais consolidado, com o “termo de confidencialidade”, momento pós-análise ministerial sumária para prosseguimento das tratativas iniciais, na forma do art. 3º-B, § 2º, Lei n. 12.850/2013.²⁰

Por conseguinte, na forma do art. 6º da Lei n.12.850/2013, configuram requisito ao termo de colaboração premiada o “relato da colaboração e seus possíveis resultados”,²¹ o que delimita as revelações e o objeto colaborativo. Deve-se, por consequência lógica, englobar fatos, imputações e específica investigação e/ou ação penal perante a qual se sujeita o pretendo colaborador. Resume-se a um projeto colaborativo dentro de contexto persecutório claramente determinado, uma vez que antes da eventual homologação judicial não há atos materiais de colaboração. “Não se trata da descrição exauriente das declarações incriminatórias ou da produção da prova que representa a efetiva colaboração do imputado”.²²

Desta feita, é relevante verificar que, a partir do relato de colaboração e possíveis resultados, fixa-se o objeto colaborativo e conseguinte âmbito de colaboração, vinculando-se a determinada investigação e seu próprio objeto. A investigação, no âmbito de qualquer órgão persecutório, fiscalizador e/ou regulador, precisa apresentar objeto certo e determinado a partir de um mínimo indiciário acerca de eventual materialidade e/ou autoria delitiva. Não se instaura investigação sem justa razão por prazo indeterminado.

Instaura-se uma investigação, como cedição, por meio da suspeita de fatos possivelmente delituosos, não se realizando direcionamentos a

²⁰BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Seção I, art. 3º-B, § 2º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

²¹ *Ibid*, seção I, art. 6º, I.

²²VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 230.

pessoas específicas em indevidos subjetivismos. Investigações incertas e genéricas precisam ser evitadas em um Estado Democrático de Direito. É imperativo evitar a instrumentalização persecutória para fins pessoais, desvinculado a contexto dito delitivo minimamente indiciário. Estar sujeito à persecução penal sem adequada justificativa, por claro, é deletério ao inerente estado de liberdade e de presumida inocência de qualquer pessoa submetida ao processo penal pretensamente constitucional e convencional brasileiro. Desta feita, diante de uma investigação complexa com objeto determinado, o instituto da colaboração premiada apresenta-se como meio excepcional de obtenção probatória dentro de contexto investigativo previamente estabelecido. Há o objeto de investigação e as respectivas hipóteses persecutórias assim como deve haver o objeto de colaboração e o conseqüente âmbito colaborativo delimitados pelo “termo de colaboração”.

A partir do objeto de colaboração formalizado no respectivo termo, interpreta-se o dever de narrativa delitiva pelo pretenso colaborador previsto no art. 3º-C, § 3º, Lei n. 12.850/2013, considerando o âmbito de colaboração previamente fixado. Se a complexa investigação envolve organização dita criminosa atuante no desvio de verba pública em determinada gestão pública, o pretenso colaborador “deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados”²³ em conexão às hipóteses persecutórias de desvio de verba pública na aludida gestão pública. Observa-se, assim, a relevância do objeto de colaboração, evitando uma narrativa delitiva eventualmente exigida ao pretenso colaborador de forma inadequadamente ampla e genérica.

²³ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. seção I, art. 3º-C, § 3º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

Formalizado o termo e delimitado o objeto, é relevante verificar o momento colaborativo: fase investigativa, fase processual (de conhecimento) e fase executória.

A Lei n. 12.850/2013 não delimitou um momento estanque para a celebração de acordo de colaboração premiada, de modo que a medida pode ser levada a cabo em qualquer fase da persecução penal ou mesmo no estágio da execução penal.²⁴

Assim, o trânsito em julgado de sentença condenatória não é impeditivo ao consenso colaborativo, na inteligência extraída do art. 4º, § 5º, Lei n. 12.850/2013. Ocorre que o mesmo dispositivo legal dificulta a compreensão da expressão “colaboração posterior à sentença”, pois não diferencia “sentença recorrível” e “sentença transitada em julgada”.²⁵

Um dos principais marcos do processo penal brasileiro pretensamente constitucional e convencional reside no trânsito em julgado da condenação. Somente se exsurge título executivo judicial criminal a partir do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, firmando a culpa criminal,²⁶ na ótica do art. 5º, LVII, da Constituição

²⁴ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 253.

²⁵ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Seção I, art. 4º, §5º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

²⁶ O Plenário do STF, ao impedir a execução provisória de pena privativa de liberdade, fixou: “Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Pena – Execução provisória – Impossibilidade – Princípio da não culpabilidade [...]. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intdo.: Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de novembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 20. jun. 2022.

Federal – CF/1988²⁷, do art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH e do art. 14.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – PIDCP. Tal premissa deve repercutir no regime jurídico da colaboração premiada e nos respectivos prêmios a serem pactuados. Desta feita, a partir do momento de formação do consenso colaborativo e em atenção a adequação premial²⁸ consolidada com a Lei n. 13.964/2019, apresenta-se o seguinte panorama de benefícios criminais possíveis sob a interpretação do art. 4º, caput, § 4º, § 5º e § 7º, II, todos da Lei n. 12.850/2013:

Colaboração na fase investigativa

(Antes do oferecimento de peça acusatória)

Prêmios possíveis:

Perdão judicial;

Redução de pena privativa de liberdade em até dois terços;

Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;

Abstenção de oferecimento de denúncia;

Colaboração na fase processual

(Peça acusatória oferecida e recebida, porém antes do trânsito em julgado de sentença)

²⁷ Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

²⁸ “O novo dispositivo (art. 4º, II, Lei n. 12.850/2013, na redação dada pela Lei 13.964/2019) consagra a previsibilidade legal dos benefícios possivelmente pactuados no âmbito da colaboração premiada. Deve, assim, o magistrado, em juízo de homologação, verificar a adequação premial em atenção ao critério de regime inicial de cumprimento de pena previsto no Código Penal e na Lei de Execução Penal, sendo nulas as cláusulas que eventualmente afronte tais dispositivos legais” na explicação de Bomfim Filho e Veloso (2021). BOMFIM FILHO, Luiz Régis. VELOSO, Roberto Carvalho. O aperfeiçoamento normativo do instituto da colaboração premiada a partir da Lei n. 13.964/19. In: FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio; BECHARA, Fábio Ramazzini (org.). **Os desafios das ciências criminais na atualidade**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 387-412.

Prêmios possíveis:

Perdão judicial;

Redução de pena privativa de liberdade em até dois terços;

Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;

Colaboração na fase executória

(Após o trânsito em julgado de sentença condenatória)

Prêmios possíveis:

Redução da pena aplicada em até metade;

Progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Como se observa, o momento colaborativo delimita os prêmios possíveis à pactuação entre órgão celebrante e pretense colaborador. É razoavelmente questionável a formação de consenso colaborativo na fase executória em eventual afronta à coisa julgada criminal. Não obstante, a legislação de execução penal permite benefícios criminais por fatos posteriores ao trânsito em julgado da condenação, tal qual a remição de pena pelo trabalho. O instituto da colaboração premiada passa a configurar em mais uma hipótese que viabiliza o benefício criminal em fase executória. Assim, a principal problematização do instituto em fase executória não reside em eventual desrespeito à coisa julgada criminal.

Em verdade, a questão surge no real receio de tumultos e direcionamentos de uma postura pretensamente colaborativa originada de pessoa sujeita à execução penal, dita “sem nada a perder”. A título ilustrativo, rememore-se o temerário acordo de colaboração premiada proposto pelo ex-governador do Estado do Rio de Janeiro, em cumprimento de pena privativa de liberdade fixada em patamar elevado. Supostamente a proposta colaborativa, firmada perante autoridade policial sem manifestação ministerial, apresentava-se, em tese, de forma genérica, eventualmente sem elementos de corroboração, direcionando alegadas acusações a membros do Poder Judiciário e ao próprio sistema

eleitoral brasileiro.²⁹ No âmbito da Pet n. 8482 AgR/DF,³⁰ o Plenário do STF rejeitou a referida proposta de colaboração, reafirmando a necessidade de anuência ministerial e aduzindo “má-fé” do pretendo colaborador.

Desta feita, faz-se necessária bastante cautela diante de pretendo colaborador sujeito à execução criminal sob possível intento manipulativo. O estágio de desespero de pessoa em cumprimento de pena privativa de liberdade pode, por claro, viabilizar direcionamentos e mentiras. De toda forma, não existe empecilho legal à colaboração premiada pactuada em fase executória, havendo, inclusive, experiências interessantes, especialmente acerca da possível recuperação de proveito delitivo. Vinicius Vasconcellos apresenta uma posição:

²⁹ O inteiro teor da proposta colaborativa apresentada pelo ex-governador do Estado do Rio de Janeiro persiste sigilosa até o fechamento deste estudo. Os comentários realizados são supostos e não oficiais.

³⁰ ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE POLICIAL. PRECEDENTE DA ADI 5.508, POSIÇÃO MAJORITÁRIA DO STF PELA AUTONOMIA DA PF NA CELEBRAÇÃO DE ACP. POSIÇÃO CONTRÁRIA DESTE RELATOR VENCIDA NA OCASIÃO. TEMA QUE REPÕE A PGR EM PLENÁRIO E EM MENOR EXTENSÃO DO VOTO ENTÃO VENCIDO. ANUÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO SUSCITADA AGORA PELA PGR. CONDIÇÃO DE EFICÁCIA. ACOLHIMENTO. 1. Nos termos do entendimento formado no julgamento da ADI 5.508, a autoridade policial tem legitimidade para celebrar autonomamente acordo de colaboração premiada. Em voto vencido, assentada a negativa dessa faculdade. 2. Matéria novamente suscitada, em menor extensão, pela PGR. Considerada a estrutura acusatória dada ao processo penal conformato à Constituição Federal, a anuência do Ministério Público deve ser posta como condição de eficácia do acordo de colaboração premiada celebrado pela autoridade policial. Posicionamento de menor extensão contido no voto vencido proferido. Possibilidade de submeter a matéria ao mesmo Plenário a fim de que o entendimento majoritário seja confirmado ou eventualmente retificado. Em linha de coerência com o voto vencido, pela retificação do entendimento majoritário na extensão que pleiteia a PGR. 3. Questão preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da República acolhida para dar parcial provimento ao agravo regimental e tornar sem efeito, desde então, a decisão homologatória do acordo de colaboração premiada celebrado nestes autos, ante a desconformidade manifestada pelo Ministério Público e aqui acolhida. Eficácia *ex tunc*. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Petição n. 8482 – Distrito Federal.** Acordo de colaboração premiada. Preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da República. Legitimidade da autoridade policial [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 31 de maio de 2021. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 188, 21 set. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=%22Pet%208482%22>. Acesso em: 3 ago. 2023.

Pensa-se que não há óbice para concessão do benefício após o trânsito em julgado da condenação e que os eventuais resultados cooperativos podem ser relevantes à persecução penal, como a recuperação de proveitos do crime ou a prevenção da reincidência delitiva. Ademais, a realização do acordo em âmbito de execução penal afasta o problema em relação à indevida transmutação do mecanismo em instrumento para a condenação do próprio acusado por meio de sua confissão, já que o processo, com a produção das provas, já teria ocorrido e findado com a declaração definitiva de sua culpabilidade.³¹

Pelo exposto, apesar das dificuldades de operacionalizar revelações colaborativas de pessoas sujeitas à execução criminal, é juridicamente possível a figura do condenado colaborador premiado, exigindo atenção redobrada dos órgãos de persecução penal celebrantes, bem como do juízo homologador e controlador da legalidade do procedimento colaborativo.

4 CONCLUSÃO

A colaboração premiada firmada por pessoa condenada, sujeita, por claro, a processo de execução criminal é possível diante do atual cenário legislativo e jurisprudencial. Aparentemente tal premissa não é objeto de controvérsias. A discussão reside propriamente se de fato é interessante promover pactuação colaborativa diante de pessoa que possivelmente está disposta a oferecer qualquer proposta perante sua situação condenatória.

A dinâmica premial envolvendo pessoa condenada exige excepcionalidade justificada de forma firme, especialmente diante de possível bloqueio investigativo em contexto delitivo grave. Tal premissa deve nortear os agentes operadores do instituto da colaboração premiada,

³¹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 278-279.



em fase de execução criminal. Em razão da natural cautela e dos possíveis riscos, talvez os atos colaborativos oferecidos por pessoa sujeita à execução criminal não sejam interessantes à própria persecução penal, ainda que atenda determinada hipótese acusatória.

REFERÊNCIAS

BOMFIM FILHO, Luiz Régis. VELOSO, Roberto Carvalho. O aperfeiçoamento normativo do instituto da colaboração premiada a partir da Lei n. 13.964/19. In: FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio; BECHARA, Fábio Ramazzini (org.). **Os desafios das ciências criminais na atualidade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 387-412.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/DO678.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus 127.483/PR**. *Habeas corpus*. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) [...]. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de agosto de 2015. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 021, 4 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4747946>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Pena – Execução provisória – Impossibilidade – Princípio da não culpabilidade [...]. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intdo.: Presidente da República; Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de novembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Ação Penal n. 1.015**. Ação penal. Corrupção passiva e lavagem de dinheiro [...]. Autor: Ministério Público Federal. Reú: Valdir Raupp de Matos; Maria Cléia Santos de Oliveira; Pedro Roberto Rocha. Relator: Min. Edson Fachin, 10 de novembro de 2020. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 281, 27 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5219077>. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Petição 8482**. Acordo de colaboração premiada. Preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da República. Legitimidade da autoridade policial. Precedente da adi 5.508, posição majoritária do STF pela autonomia da PF na celebração de ACP. Posição contrária deste relator vencida na ocasião. Tema que repõe a PGR em plenário e em menor extensão do voto então vencido. Anuência do Ministério Público suscitada agora pela PGR. Condição de eficácia. Acolhimento [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 31 de maio de 2021. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 188, 21 set. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5807542>. Acesso em: 3 ago. 2023.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal**: da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada**: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada**: caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

GEBRAN NETO, João Pedro. Reflexões sobre acordo de colaboração premiada. In: GEBRAN NETO, João Pedro (coord.). **Colaboração premiada**: perspectivas teóricas e práticas. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020. p. 09-28.



MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Dever de colaboração e o *nemo tenetur se detegere*. In: FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio; BECHARA, Fábio Ramazzini (org.). **Os desafios das ciências criminais na atualidade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 445-470.

PARTE 3

PREVENCIÓN DEL DELITO, TRATAMIENTO DE SALUD MENTAL Y JUSTICIA RESTAURATIVA: POLÍTICAS PÚBLICAS Y EJECUCIÓN PENAL



CAPÍTULO 1

A ABORDAGEM PREVENTIVA EM UM CENÁRIO DE CONTROLE E REPRESSÃO DA CRIMINALIDADE: O CASO DO PROGRAMA FAZENDO JUSTIÇA

TAÍS SCHILLING FERRAZ *

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O controle e a repressão como estratégias tradicionais da política criminal. 3 O programa Fazendo Justiça e seus eixos. 4 Estratégias de Prevenção da Criminalidade no programa Fazendo Justiça. 5 A abordagem preventiva e a perspectiva sistêmica do programa. 6 Conclusão. Referências.

* Professora do Programa de Mestrado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam. Mestre em Direito e doutora em Ciências Criminais, com área de concentração em violência e segurança pública, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4.

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, instituição brasileira de estatura constitucional,¹ tem por missão promover o desenvolvimento do Poder Judiciário em benefício da sociedade e atua por meio de políticas judiciárias e de ações de controle da atuação administrativa e financeira dos juízes e tribunais.²

Entre as políticas judiciárias atualmente em execução, o programa Fazendo Justiça, coordenado pelo CNJ, concentra suas ações no grave cenário da privação de liberdade no Brasil e no seu entorno.

O presente capítulo destina-se a avaliar o potencial, sob a perspectiva da prevenção de crimes e atos infracionais, de algumas ações desse programa, pontuando eventuais desafios ao sucesso e à sustentabilidade da política judiciária em execução.

Para tanto, após uma breve incursão sobre as três estratégias para a abordagem do fenômeno criminal: prevenção, contenção e repressão, e incursionando sobre as limitações presentes das últimas duas, nas quais estão concentradas as políticas criminais brasileiras, o texto apresenta o programa Fazendo Justiça e os grandes eixos em que distribui seu portfólio de ações. Na sequência, com base em dados secundários sobre os resultados obtidos e à luz do pensamento sistêmico, avalia-se o potencial preventivo das ações direcionadas ao contexto da privação de liberdade e conclui-se com algumas proposições sobre a disseminação e a institucionalização das ações e sobre a coleta de resultados, para que os impactos do programa Fazendo Justiça sejam cada vez mais conhecidos, expressivos e sustentáveis.

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 92, I-A. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jul. 2023.

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Plano estratégico do Conselho Nacional de Justiça**: 2021-2026. 5. versão. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, mar. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/07/plano-estrategico-5a-versao-2023.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2023.

2 O CONTROLE E A REPRESSÃO COMO ESTRATÉGIAS TRADICIONAIS DA POLÍTICA CRIMINAL

Tradicionalmente, o Estado atua sobre o fenômeno da criminalidade por meio de três grandes estratégias: a prevenção, o controle e a repressão. No Brasil, tradicionalmente, as atenções têm sido centradas nas duas últimas.³

Sob o guarda-chuva das estratégias de controle estão as ações voltadas a impedir ou dificultar a consumação de crimes ou conter danos, evitando sua perpetração ou minorando seus efeitos.⁴ Podem ser trazidas como exemplo, aqui, a política de desarmamento, com medidas de controle de compra, porte ou depósito de armas, as ações de controle de fronteiras, o patrulhamento ostensivo nas ruas, rodovias e espaços públicos, a interceptação e o monitoramento de comunicações telefônicas, as prisões preventivas, as medidas de proteção, como proibição de aproximação, a imposição do uso de tornozeleiras, o rastreamento de recursos econômicos ilícitos (*follow the money*) e outras medidas de caráter cautelar.

São ações que não têm a pretensão de alcançar a origem do ato criminoso; dedicam-se a contê-lo ou controlá-lo. Age-se sobre as possíveis consequências, não sobre as causas da criminalidade. É como ocorre com uma medida protetiva, na tentativa de evitar a violência contra a mulher:

A possibilidade de a mulher acionar o botão do pânico, diante de iminente agressão de um ex-companheiro, poderá evitar que ela sofra essa agressão, mas não alcançará a gênese da atitude violenta,

³ FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil**: a insuficiência dos mecanismos de controle e repressão. Londrina: Thoth, 2022.

⁴ *Ibid.*, p. 80-82.

decorrente de fatores que, por não serem identificados e trabalhados, tendem a gerar a repetição de comportamentos.⁵

É comum tratar, como preventivas, algumas políticas e ações que, pela sua natureza, são medidas de controle ou contenção. Isso ocorre porque a prevenção, considerada no seu sentido *lato*, de fato, pode abarcar tanto as medidas que atuam sobre os fatores de risco para que um determinado crime aconteça, agindo, portanto, nas origens do fenômeno criminal, como também aquelas que se interpõem entre o impulso e a perpetração do crime. Nesse sentido amplo, medidas de contenção ou controle também podem ser consideradas preventivas, ainda que se destinem apenas a impedir ou criar resistência a que o crime seja perpetrado ou, ainda, a reduzir seus possíveis danos.

As iniciativas chamadas preventivas, presentes nas políticas públicas, vêm sendo categorizadas de acordo com alguns parâmetros. Segundo o critério da sua natureza, são divididas em medidas de prevenção social, de prevenção situacional e de prevenção policial.⁶

As primeiras (medidas de prevenção social) são as que atuam sobre causas sociais ou outros elementos que originam a criminalidade, dirigindo-se às condições de vida e a fatores que tendem a predispor a determinados padrões de comportamento. Busca-se, com elas, diminuir a probabilidade do envolvimento das pessoas em ações delitivas mediante estratégias de intervenção sobre as condições sociais, culturais, econômicas e educacionais.⁷ Com base nas diretrizes da Organização Mundial da Saúde, do Centro Internacional pela Prevenção do Crime e

⁵ FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil**: a insuficiência dos mecanismos de controle e repressão. Londrina: Thoth, 2022. p. 82.

⁶ CANO, Ignacio; ROJIDO, Emiliano; BORGES, Dorian. **Guía de evaluación para programas de prevención de homicidios en América Latina y el Caribe**. Montevideo: Susana Casales, 2020. p. 30-31.

⁷ SPANIOL, Marlene Inês. **Políticas municipais de prevenção à violência no Brasil**: desafios e experiências no campo da segurança pública. 2016. Tese (Doutorado em Ciências Sociais), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. p. 25.

da Organização das Nações Unidas, Guindani identifica três níveis de prevenção:

- a. Prevenção primária: dirigida ao ambiente e aos habitantes de um determinado território em situação de vulnerabilidade social;
- b. prevenção secundária: dirigida aos sujeitos e ambientes em situação de vulnerabilidade diretamente às dinâmicas criminais;
- c. prevenção terciária: dirigida aos sujeitos e ambientes envolvidos, passiva e ativamente, na dinâmica criminal.⁸

É nas medidas de prevenção social e suas possíveis subdivisões que este estudo se propõe a incursionar. Essas são as verdadeiramente preventivas, por irem à gênese do fenômeno criminal. As outras duas (medidas de caráter situacional ou policial) não atuam propriamente nas causas, mas sobre alguns fatores facilitadores ou que instrumentalizam a prática de crimes. Dificultam, tornam mais arriscado ou menos gratificante para o autor concretizar um crime, ou reduzem os danos da ação delitiva, mas não atuam sobre as origens do fenômeno. São medidas de contenção ou controle.

Não há dúvida de que políticas de controle ou contenção da criminalidade são necessárias e importantes, especialmente quando executadas com competência e integração. A questão é a sua insuficiência como estratégias de prevenção de crimes. Enquanto não forem alcançadas, as verdadeiras causas da criminalidade permanecerão reproduzindo comportamentos delitivos, gerando cada vez mais necessidade de contenção, em um movimento espiral.

⁸ GUINDANI, Miriam Krenzinger A. Políticas municipais de segurança. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. p. 561.

Adotando uma metáfora singela, “é como se o Estado, por essa via, se dedicasse a apenas girar e equilibrar muitos pratos, de diferentes tamanhos, diferentes velocidades e sentidos e diversas consequências, acaso quebrados”.⁹ Considerando que não se atua sobre o que vem produzindo novos pratos, em algum momento, a capacidade de equilibrá-los se interrompe ou se esgota.

A outra via tradicional de tratamento do fenômeno criminal, é a repressão das condutas delitivas após perpetradas. Por meio da investigação, da persecução penal, da responsabilização criminal e da imposição da pena aos condenados criminalmente, o Estado reage às condutas delitivas sob o pressuposto de que a certeza da punição seria fator de efetiva inibição do crime. Foucault lembra as concepções modernas sobre o Direito Penal, invocando Beccaria, para quem, a cada crime e das vantagens que se espera dele, é necessário associar a ideia de um determinado castigo, com as precisas desvantagens que dele resulta.¹⁰

O direito penal conserva a expectativa de certeza perfeita ao fazer uso da punição não apenas como instrumento de vingança, castigo ou expiação, mas com a expectativa de prevenção ou dissuasão da prática de novos crimes. Pressupõe-se que “a imposição da pena àquele que comete um crime é profilática e tem potencial para resolver o problema da criminalidade”.¹¹

É desse pressuposto que nascem, na teoria, as funções de prevenção geral e especial da pena. Ao cominar penas em abstrato para determinadas condutas e impor e executar as penas frente àqueles que praticaram crimes, “se obteria um efeito psicológico contramotivador sobre a comunidade e sobre o criminoso potencial ou latente”.¹² Aí está

⁹ FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil**: a insuficiência dos mecanismos de controle e repressão. Londrina: Thoth, 2022. p. 92.

¹⁰ FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 95.

¹¹ FERRAZ, *op. cit.*, p. 150.

¹² *Ibid.*, p. 151.

a função de prevenção geral. Na prevenção especial, o foco é o autor do crime, quem o perpetrrou, e a finalidade é impedir ou dificultar a reincidência, uma vez que a prevenção geral não teria alcançado seus efeitos sobre o criminoso.¹³

Há muita dificuldade de se constatar, objetivamente, os efeitos preventivos da pena, mas parece haver concordância, na doutrina, no sentido de que algum efeito dissuasório se obtém.¹⁴ Embora não seja possível estimar quantas pessoas deixam de praticar crime por estarem advertidas das respectivas consequências, é necessário “apostar que a existência de normas cogentes, em um Estado de Direito, condiciona condutas”.¹⁵

Assim como no caso das políticas de contenção ou controle, não se questiona a necessidade de políticas de repressão da criminalidade. A imposição da pena e seu efeito supostamente dissuasório de novas condutas, porém, parece deixar a etiologia do fenômeno criminal intacta, sendo, portanto, insuficiente.

A prevenção do crime interessa a toda a comunidade e não apenas ao Poder Público. Daí porque, na lição de Molina e Gomes, a prevenção – conceito criminológico, exigente e pluridimensional – é mais do que o conceito jurídico-penal da prevenção especial, focado em evitar a reincidência do condenado. Há, segundo os autores, um déficit etiológico neste último conceito.¹⁶

Estabelecidos alguns pressupostos teórico-metodológicos para a identificação das políticas públicas criminais que possam ser classificadas

¹³ FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil**: a insuficiência dos mecanismos de controle e repressão. Londrina: Thoth, 2022. p. 151.

¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994; MAILLO, Alfonso. **Introdução à criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 179.

¹⁵ FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil**: a insuficiência dos mecanismos de controle e repressão. Londrina: Thoth, 2022. p. 152.

¹⁶ MOLINA, Antonio García Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 132.

como preventivas, para os efeitos deste estudo, passa-se, a seguir, a avaliar algumas ações que vêm sendo implementadas no Poder Judiciário, por meio do programa Fazendo Justiça, coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça.

3 O PROGRAMA FAZENDO JUSTIÇA E SEUS EIXOS

O Conselho nacional de Justiça – CNJ, em uma parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD e o Departamento Penitenciário Nacional – Depen, desenvolve, desde o ano de 2019, o programa Fazendo Justiça.¹⁷¹⁸ Trata-se de um portfólio de ações coordenadas voltadas ao campo da privação de liberdade, e que estão distribuídas ao longo de todo o ciclo penal e também socioeducativo.

Com foco na porta de entrada dos sistemas prisional e socioeducativo, na fase de execução das penas e medidas socioeducativas e na porta de saída, o programa Fazendo Justiça articula a atuação em rede de diversos órgãos e instituições, em todas as unidades federativas.

Atualmente, está estruturado em quatro grandes eixos temáticos de atuação: 1 – Proporcionalidade penal; 2 – Socioeducativo; 3 – Cidadania; e 4 – Sistemas e Identificação Civil, além de prever, também, um eixo transversal a todas as ações, que inclui iniciativas em torno da atenção a vítimas, atenção a pessoas em situação de vulnerabilidade, fortalecimento de equipes psicossociais e proteção de direitos humanos, entre outras.

Alinhando-se aos objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 das Nações Unidas, em especial ao ODS 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), o programa desenvolve, atualmente, 29 ações simultâneas, que se desdobram em múltiplas iniciativas, como cursos de

¹⁷ FAZENDO Justiça. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, DF: CNJ, [2023]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/sobre-o-programa/>. Acesso em: 17 jul. 2023.

¹⁸ Em seu nascimento, em 2019, o Programa, recebeu a denominação de Justiça Presente.

formação para magistrados e servidores, incremento da comunicação, aperfeiçoamento dos sistemas de monitoramento eletrônico e execução penal, gestão da lotação prisional, mobilização dos gestores para garantia de educação aos internos e egressos, produção de materiais, como cartilhas e manuais, apoio técnico, regularização de documentos, ações de transferência de conhecimento, disseminação de boas práticas, como a metodologia das audiências concentradas no sistema socioeducativo, articulação da rede de atenção a pessoas egressas, disseminação dos parâmetros de inspeção judicial nas unidades de privação de liberdade, entre muitas outras.¹⁹

O órgão responsável pela gestão do programa Fazendo Justiça, no CNJ, é o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF/CNJ, que vem prestando contas, mediante relatórios anuais, dos resultados obtidos com as iniciativas implementadas e em andamento.

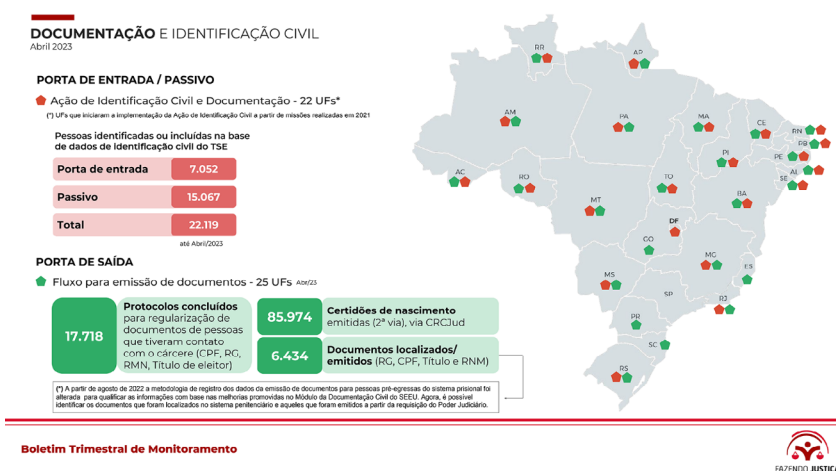
Cada uma das ações é monitorada, com base nas entregas previstas.

No Eixo Sistemas e Identificação Civil, por exemplo, a ação Identificação Civil e Emissão de Documentos prevê, como principal entrega, a criação de estrutura permanente de identificação civil por meio de consulta e certificação pela Base de Dados de Identificação Civil nacional, com vistas à emissão segura de documentos às pessoas que estiverem em situação de privação de liberdade. Tal ação envolve articulação de parcerias com mais de 150 instituições, instalação de equipamentos de coleta biométrica no Judiciário e nas administrações penitenciárias, normatização das divergências encontradas, integração de bancos de dados e desenvolvimento de fluxo para emissão de documentação civil nas diferentes fases do ciclo penal. Os resultados das iniciativas adotadas podem ser conferidos no Boletim Trimestral de

¹⁹ PRINCIPAIS ações: Fazendo Justiça. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, DF: CNJ, 2023a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/principais-acoas/>. Acesso em: 17 jul. 2023.

Monitoramento do Programa. Verifica-se que 22 unidades federativas iniciaram a implementação do fluxo, mediante mutirões, tendo sido regularizados documentos de mais de 17 mil pessoas que passaram pelo cárcere, até abril de 2023 e identificadas ou incluídas mais de 22 mil pessoas na base de dados de identificação civil do Tribunal Superior Eleitoral – TSE.²⁰

Figura 1 – Programa Fazendo Justiça – Eixo Sistemas e Identificação Civil – resultados parciais



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (abr. 2023).

O Eixo Cidadania desdobra-se em iniciativas como articulação com atores estaduais e municipais para geração de emprego e renda e profissionalização das pessoas egressas e familiares. Algumas entregas

²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Boletim trimestral de monitoramento do programa Fazendo Justiça**. Brasília, DF: CNJ, 2023b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/publicacoes/>. Acesso em: 17 jul. 2023.

dessas ações podem ser conferidas no Boletim Trimestral, disponível no portal do CNJ.²¹

Figura 2 – Programa Fazendo Justiça – Eixo Cidadania – resultados parciais



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (abr. 2023).

Os diversos resultados dos dois primeiros ciclos do programa podem ser acessados por meio dos respectivos relatórios de gestão e relatórios das unidades da Federação, que estão disponíveis no portal do CNJ.²²

²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Boletim trimestral de monitoramento do programa Fazendo Justiça**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2023b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/principais-aco-es/>. Acesso em: 17 jul. 2023.

²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório de gestão: 2020/2022: sistemas penal e socioeducativo: Fazendo Justiça**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2023c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gestao-2020-2022.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório final: justiça, presente**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Relatorio_Gestao_web_121120.pdf. Acesso em: 17 jul. 2023.

Entre as entregas, destacam-se 76 produtos informativos publicados (cartilhas, *folders* e vídeos), 41 publicações técnicas, mais de 50 mil participantes em cursos de formação e eventos, implantação em 13 unidades federativas da técnica das audiências concentradas nos casos de atos infracionais praticados por adolescentes, conclusão do Projeto Rede Justiça Restaurativa – com mais de 1.200 pessoas envolvidas em formações e capacitações –, mobilização para institucionalização, no Judiciário, do apoio às vítimas de crimes em seis unidades federativas, aprovação de resoluções e normativos diversos, superação do marco de 1 milhão de audiências de custódia, com redução em 12,89% da taxa de presos provisórios desde 2015, entre outros resultados.²³

A seguir, avalia-se o potencial preventivo de algumas ações do programa, frente ao fenômeno criminal.

4 ESTRATÉGIAS DE PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE NO PROGRAMA FAZENDO JUSTIÇA

A incursão pelas 29 ações do programa Fazendo Justiça do CNJ permite identificar um grande número de iniciativas que podem ser classificadas como preventivas, nos termos propostos no item 2.

São iniciativas que alcançam fatores que estão na gênese do fenômeno criminal, porque atuam sobre elementos que podem predispor à reincidência e ao surgimento de condutas delitivas, não apenas entre aqueles que passaram pelo sistema penal, como também entre vítimas, familiares, amigos e comunidades.

²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório de gestão**: 2020/2022: sistemas penal e socioeducativo: Fazendo Justiça. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2023c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gestao-2020-2022.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2023.

Em todos os eixos do programa, há ações com foco na prevenção.

No Eixo da Proporcionalidade Penal, além do foco nas alternativas penais à prisão, as iniciativas em torno das audiências de custódia têm forte potencial de impacto sobre a realidade individual dos que são trazidos à presença do juiz para avaliação das condições da respectiva prisão e da necessidade da sua manutenção. Trata-se de oportunidade que se abre não apenas à importante identificação de eventuais sinais e tortura ou maus tratos na execução da prisão. A audiência permite que se evite a prisão provisória, quando não necessária, contendo-se o ingresso ou permanência do custodiado no sistema prisional, no qual o estado de coisas é sabidamente inconstitucional,²⁴ o que, a par de submeter pessoas a condições desumanas, favorece a prática de crimes e, em grande parte das vezes, exige a associação criminosa para garantia de sobrevivência no cárcere.

É, também, um momento propício para que se possa encaminhar o custodiado que vem a ser liberado, bem como familiares, em situação de vulnerabilidade, a práticas de Justiça Restaurativa ou à rede de atenção psicossocial.

Sobre a efetividade das práticas restaurativas, em pesquisa empírica realizada na cidade de Maringá, Paraná, Cláudio Camargo dos Santos constatou que os indivíduos que participaram de projeto específico de Justiça Restaurativa, após serem liberados nas audiências de custódia, tiveram índices menores de retorno ao sistema de persecução penal, que ficaram entre 14% e 15% nos anos de 2012 e 2019. O mesmo autor concluiu que a Justiça Restaurativa, aplicada à audiência de custódia, ao ensejar diálogos sem viés punitivo, é instrumento que oportuniza que as pessoas

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC/DF. Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário [...]. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intdo.: União; Estados; Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 31, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 17 jul. 2023.

ressignifiquem seus princípios e valores, de modo a aplicá-los no rumo de suas vidas.²⁵

A Justiça Restaurativa pode ser adotada nas diversas fases do ciclo penal e poderia estar listada entre as ações transversais do programa Fazendo Justiça, uma vez que o Conselho Nacional de Justiça a tem adotado como política judiciária.²⁶ Sua efetividade vem sendo constatada nas várias iniciativas implementadas, por ser estratégia que dá voz e favorece a escuta entre as pessoas envolvidas no cometimento de crimes ou atos infracionais, como autores e vítimas, promovendo sua autonomia.

Trata-se de iniciativa aplicável, também, ao sistema socioeducativo, em conjunto com a metodologia das audiências concentradas,²⁷ que são realizadas para reavaliação periódica das medidas de privação de liberdade. Tal metodologia, que está entre as ações executadas no Eixo Socioeducativo do programa, garante escuta qualificada, participação e protagonismo dos adolescentes ao longo do percurso socioeducativo e adequação dos respectivos Planos Individuais de Atendimento – PIAs, além de integrar as ações dos órgãos do Sistema de Garantia de Direitos no acompanhamento dos adolescentes.

Claudia Catafesta, em pesquisa sobre as audiências concentradas, constatou empiricamente sua efetividade como estratégia para assegurar a participação e a escuta do adolescente no processo judicial de execução

²⁵ SANTOS, Cláudio Camargo. **Audiência de custódia**: ressignificando vidas sob as lentes da justiça restaurativa. Londrina: Thoth, 2023.

²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 17 jul. 2023

²⁷ A Recomendação CNJ n. 98/2021 institucionalizou no Judiciário as audiências concentradas para reavaliação de medidas socioeducativas. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Recomendação n. 98, 6 de maio de 2021**. Recomendar aos tribunais e autoridades judiciais a adoção de diretrizes e procedimentos para realização de audiências concentradas para reavaliar as medidas socioeducativas de internação e semiliberdade. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <original2006312021052860b14d4733842.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2023

de sua medida socioeducativa. Afirma a pesquisadora que se o propósito da medida socioeducativa é transformar a resposta institucional ao ato infracional em oportunidade para promover responsabilização, é necessário que o diálogo e a escuta busquem ir muito além da descoberta dos fatos que demandam responsabilização. A autora afirma que o adolescente, diante da doutrina da proteção integral, precisa ser visto como protagonista nas decisões que envolvem seu futuro, com oportunidades de fortalecer sua identidade e autoestima e de criar vínculos verdadeiros, tornando-se, no futuro, um adulto seguro estrutural e emocionalmente.²⁸

Forte potencial de prevenção da criminalidade, especialmente da reincidência, pode ser obtido com o funcionamento adequado dos Escritórios Sociais.²⁹ Essas estruturas são estratégicas para a execução da Política de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional e promovem, em parceria com o Poder Executivo e outros órgãos e instituições, o acolhimento e encaminhamento das pessoas egressas do sistema prisional e de seus familiares para as políticas públicas existentes, articulando a rede estadual e municipal de segurança, assistência social, saúde e educação, bem como sistemas e atores da sociedade civil.³⁰ A

²⁸ CATAFESTA, Cláudia. **Direito de voz de adolescentes**: protagonismo juvenil nas audiências concentradas socioeducativas. Londrina: Thoth, 2023.

²⁹ Os Escritórios Sociais foram disciplinados na Resolução CNJ n. 307/2019. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019**. Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no Âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original153009202001105e1898819c054.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2023.

³⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019**. Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no Âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Art. 3º, I. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original153009202001105e1898819c054.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2023.

disseminação e o fortalecimento dessas estruturas, que implementam uma das principais entregas do Eixo Cidadania do programa, têm capacidade de alcançar, na sua gênese, muitos fatores que predisõem à criminalidade, trabalhando-os em diversas dimensões, em especial ao criar, aos egressos e a seus familiares, oportunidades de capacitação profissional e condições de trabalho e geração de renda, portanto de dignidade, nas respectivas comunidades de origem.

O acesso à aprendizagem e à profissionalização está também entre as ações do Eixo Socioeducativo. As iniciativas incluem a realização de processos formativos com atores do Sistema de Garantia de Direitos e a celebração de parcerias entre agentes locais para a implementação de programas de aprendizagem dirigidos aos adolescentes em cumprimento ou após o cumprimento de medidas socioeducativas. Essa é uma das ações de maior alavancagem no programa, por garantir aos jovens oportunidade de educação e de inserção ou reinserção social.

As demais ações presentes no Eixo Socioeducativo, como garantia de cuidados com a saúde mental de adolescentes, inspeção judicial, enfrentamento à tortura nas unidades, ocupação taxativa de vagas, assim como o fomento à leitura, qualificam-se, também, como medidas de natureza preventiva. Na base das ações delitivas encontram-se fenômenos como violência, trauma, abandono e ausência de formação e oportunidade de trabalho. A atenção a tais elementos, seja por meio de cuidados com saúde mental, seja mediante a garantia de segurança e condições dignas de subsistência na unidade socioeducativa ou por meio da educação, permite que se tenha real expectativa de mudança na realidade dos jovens.

Por fim, a oportunidade de emissão ou regularização de documentos pessoais é fundamental para qualquer expectativa de reinserção social. No Eixo Sistemas e Identificação Civil, além dessa entrega, está também prevista a implantação de sistemas que permitam automatizar controles no contexto da execução penal, evitando demora

excessiva na concessão de direitos e facilitando o acompanhamento do processo à pessoa egressa e familiares, medidas que impactam diretamente sobre a projeção de cenários futuros por aquele que vivenciou ou ainda vivencia o ciclo penal.

É interessante pontuar a característica instrumental das diversas iniciativas do programa, cujas entregas são pensadas e mensuradas, por ora, nos limites de atividades-meio. Atua-se na articulação de diversos atores e instituições para criar condições necessárias às transformações sobre a realidade pretendidas no programa. Nesse sentido, a ação dos escritórios sociais, embora tenha um grande potencial preventivo de novos crimes, vem tendo ainda seus resultados mensurados apenas em termos de quantidade de estruturas implantadas (ou em implantação), quantidade de pessoas atendidas ou de cursos de profissionalização disponibilizados. A atuação coordenada dessas estruturas, porém, tem forte capacidade de impacto sobre o campo da privação da liberdade e, por meio disso, sobre a reincidência e o próprio fenômeno criminal.

Será de fundamental importância, portanto, talvez a partir da terceira fase do programa, já iniciada, que se procure mensurar resultados em outras dimensões, buscando-se identificar os reais efeitos transformadores das iniciativas que vêm sendo empreendidas, adotando-se como indicadores, por exemplo, índices de prática ou reiteração de crimes ou atos infracionais entre as pessoas que foram atendidas no programa, índices de inserção no mercado de trabalho, entre outros.

5 A ABORDAGEM PREVENTIVA E A PERSPECTIVA SISTÊMICA DO PROGRAMA

O fenômeno da criminalidade é complexo, o que significa que é multicausal, multifacetado, crônico e altamente interconectado. O tratamento de fenômenos complexos requer abordagem sistêmica.

Adoção de soluções lineares, como aumento de penas, transformação de crimes em hediondos, redução da maioria penal, interdição de presídios e unidades socioeducativas, concessão de *habeas corpus* coletivos e mesmo realização de mutirões de júri ou carcerários, tendem a produzir efeitos imediatos, mas não se revelam sustentáveis no longo prazo e, desacompanhadas de certas cautelas e outras medidas, podem agravar o quadro em que buscaram intervir ou produzir para efeitos imprevistos e indesejáveis.

A abordagem sistêmica reclama um olhar para os muitos elementos que se situam e se interconectam nas estruturas do fenômeno em que se pretende intervir. Pensar sistemicamente, segundo David Stroh, é desenvolver a habilidade de compreender as conexões entre os elementos de um sistema, de forma a alcançar o propósito desejado.³¹

Albert Rutherford, ao explicar essa abordagem, faz uso da metáfora do *iceberg* para demonstrar os vários níveis de complexidade a serem considerados no tratamento de um problema:³²

Figura 3 – Iceberg – Níveis de intervenção em um sistema



Fonte: elaborado pela autora.

³¹ STROH, David Peter. **Systems thinking for social change**. Vermont: Chelsea Green Publishing, 2015.

³² RUTHERFORD, Albert. **The systems thinker: essential thinking skills for solving problems, managing chaos, and creating lasting solutions in a complex world**. [S. l.]: ARB Publications, 2018.

No nível da superfície, segundo o autor, estão os eventos que se pode captar, cujos sinais ou sintomas estão à vista.³³ Ao observar o fenômeno desse nível, a pergunta é: o que aconteceu? Trazendo um exemplo, pode-se figurar o caso do adolescente que se envolveu em um conflito na escola e que produziu lesões corporais em um colega.

Logo abaixo da superfície, porém, é possível identificar alguns padrões ou tendências de comportamento e constatar que o evento captado ao nível da superfície, na verdade não é algo isolado, que há um padrão.³⁴ A pergunta, aqui, é: esse comportamento vem se repetindo? No exemplo, ao nível dos padrões, buscar-se-ia avaliar se aquele adolescente vem se envolvendo sistematicamente em outros conflitos ou se naquela escola aqueles conflitos são comuns.

Um olhar ainda mais abaixo permite ir em busca do que possa estar sendo determinante para aquele padrão de comportamento. É nesse nível, na estrutura do *iceberg*, que estarão as interações entre os eventos,³⁵ os fatores que vêm determinando certas tendências. Há rituais, rotinas, normas, relações de hierarquia, pelos quais os sistemas complexos se autorregulam, para produzir determinados padrões e expectativas de comportamentos. Neste nível, a pergunta é: que interações estão influenciando os padrões de comportamento? No exemplo do adolescente que vem se envolvendo em conflitos na escola, chegando ao nível da estrutura, avaliar-se-ia, por exemplo, o que vem influenciando suas atitudes, de que grupo ele participa, como são as relações de poder nesse grupo, que papel sua família pode estar desempenhando nesse comportamento.

Por fim, na base dessa grande estrutura, estão os modelos mentais, os pressupostos, a identidade, os valores que condicionam

³³ RUTHERFORD, Albert. **The systems thinker**: essential thinking skills for solving problems, managing chaos and creating lasting solutions in a complex world. [S.l.]: ARB Publications, 2018. p. 205.

³⁴ *Ibid.*, p. 205.

³⁵ *Ibid.*, p. 206.

essas interações.³⁶ Aqui se indaga: quais crenças e condicionamentos mantêm o sistema funcionando de uma determinada forma? Voltando ao adolescente do exemplo, seria o momento de perguntar sobre aquilo que é mais importante para ele, o que valoriza, acredita ou mesmo teme.

Políticas públicas verdadeiramente preventivas são as que se dirigem às estruturas e à base do fenômeno criminal, vão além das suas manifestações aparentes,³⁷ alcançam os modelos mentais e as interações que se estabelecem a partir deles, e que produzem ou predis põem a determinados comportamentos. É nesse grau de profundidade que as intervenções podem produzir mudanças sustentáveis sobre o todo.

As ações de controle e repressão da criminalidade tendem a ser direcionadas aos sintomas e aos padrões de comportamento. Atuam apenas sobre os sinais que se exteriorizam ou que se situam mais próximos da superfície, por representarem tendências. Essa leitura do problema permite antecipar possíveis comportamentos e contê-los ou controlá-los. Permite, também, responder, com a persecução penal, aos crimes ou atos infracionais consumados.

É interessante perceber que nessas estratégias de atuação pressupõem-se relações simples e lineares de causa e efeito entre os eventos e entre esses e as intervenções. Desconsideram-se causas mais profundas. Se há muito roubo de carro em uma determinada região é porque as ruas são escuras e desertas, então se aumenta o policiamento ostensivo; se crescem os casos de violência de gênero é porque há muita impunidade ou porque as mulheres não conseguem denunciar a violência, então criam-se delegacias especializadas, aumentam-se penas ou medidas de proteção. São estratégias que consideram alguns padrões de comportamento, mas que não alcançam o que os vêm influenciando, e,

³⁶ RUTHERFORD, Albert. **The systems thinker**: essential thinking skills for solving problems, managing chaos and creating lasting solutions in a complex world. [S.l.]: ARB Publications, 2018. p. 206.

³⁷ FERRAZ, Tais Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil**. A insuficiência dos mecanismos de controle e repressão. Londrina: Thoth, 2022.

menos ainda, os modelos mentais que sustentam a teia de relações que mantém o fenômeno operando em toda a sua complexidade. Por isso mesmo, não raro, produzem efeitos inesperados, que prejudicam ou mesmo anulam os benefícios da intervenção.

Ainda que o tratamento de sintomas, em grande parte das vezes, seja necessário e mesmo imprescindível, como no caso das medidas de proteção frente à ameaça de violência, esse tratamento é insuficiente, porque não alcança o que, na gênese, motiva ou predispõe à prática de crimes e atos infracionais.

A efetiva prevenção pressupõe ir às inter-relações e ao *mindset* de todo o sistema. Em uma sociedade em que os estereótipos condicionam comportamentos, como no caso da violência contra a mulher, não basta proteger a vítima ou punir o autor. É necessário atuar sobre os valores e as crenças que mantêm ativo esse estereótipo. A expectativa de que o comportamento humano seja condicionado por ações na superfície, frustra-se no médio e no longo prazos, ainda que imediatamente possa gerar alívio. Trabalhar indefinidamente na busca de um agir ético pela via do adestramento, da imposição, do prêmio e da punição, não tem sustentabilidade. “Se nos animais mais evoluídos o amestrar se revela pouco eficiente, nos seres humanos é insustentável no médio e no longo prazo”.³⁸

A comunicação é a chave nas questões complexas. Não por outra razão, a abordagem sistêmica foca nas estruturas dos fenômenos, podendo ser identificadas e tratadas adequadamente as interações entre diversos elementos a serem considerados, buscando-se fluxos de influência e atuando-se para melhorar a qualidade e a consistência das relações entre os elementos, alcançando valores e crenças que sustentam toda essa teia de relações.

³⁸ FERRAZ, Taís Schilling . **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil**: a insuficiência dos mecanismos de controle e repressão. Londrina: Thoth, 2022, p. 281.

Por isso é que se deve investir e reforçar iniciativas que construam espaços de diálogo e integração, criando oportunidades de conexão.³⁹ Estratégias de Justiça Restaurativa têm esse potencial. As que envolvem educação e que permitem real inserção social também são fundamentais. Alcançar a base do fenômeno da criminalidade envolve reconhecer a sua complexidade e abrir espaço para que possam ser trabalhados os modelos mentais, não apenas daqueles que praticaram crimes ou atos infracionais, mas também de vítimas e de todos os atores do sistema de justiça e do sistema de garantia de direitos.

É nesse sentido que se pode concluir que a grande parte das ações que fazem parte do portfólio do programa Fazendo Justiça tem natureza preventiva e maiores chances de produção de efeitos no médio e no longo prazos.

Para tanto, é necessário que as iniciativas persistam e que as tradicionais trocas de gestão no Poder Judiciário não produzam solução de continuidade. A institucionalização de projetos de maior impacto, mediante resoluções e recomendações, tem sido um bom caminho para a sua manutenção ao longo do tempo. A criação e a divulgação de indicadores de impacto das ações do programa sobre os índices de criminalidade e reincidência entre os que foram por elas alcançados podem ser, também, um excelente método para que se demonstre a importância das iniciativas e se obtenha cada vez maior adesão.

³⁹ FERRAZ, Taís Schilling. Problemas complexos são organismos vivos: a adoção da perspectiva sistêmica na atuação dos centros de inteligência. In: LUNARDI, Fabrício Castagna; CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda (coord.). **Inovação judicial**: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Brasília, DF: ENFAM, 2021. p. 413-437.

6 CONCLUSÃO

Apresentou-se, neste capítulo, o programa Fazendo Justiça, avaliando-se suas características e as potencialidades de suas iniciativas como estratégias de prevenção da criminalidade.

Distinguindo-se das tradicionais abordagens de controle e repressão de crimes, pautadas no pensamento convencional, linear e cartesiano, a grande parte das iniciativas coordenadas pelo CNJ no programa tem natureza preventiva e potencial para abordar sistemicamente o fenômeno criminal, por estarem direcionadas a fatores que estão na sua gênese.

É fundamental que o programa persista, que se expanda e institucionalize, com a identificação de novos pontos de alavancagem, e que agregue cada vez mais parceiros e ideias, com foco na gênese do fenômeno da criminalidade. Nesse caminho, a criação de novos indicadores, reveladores do impacto social das iniciativas, poderá ser uma importante estratégia.

Estratégias de comunicação para maior disseminação do programa revelam-se também essenciais, em busca do engajamento de todo o Poder Judiciário, para que magistrados e servidores atuem, no âmbito das respectivas competências, na articulação de atores sociais e dos demais agentes do sistema de justiça e de garantia de direitos. Ainda que se trate de um programa voltado essencialmente ao campo da privação de liberdade, as 29 ações que o compõem projetam-se para muito além da seara penal, havendo espaços, sob diversas perspectivas, para a integração de iniciativas e construção de soluções criativas capazes de impactar positivamente os mensuráveis resultados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC/DF. Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário [...]. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intdo.: União; Estados; Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 31, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 17 jul. 2023.

CANO, Ignacio; ROJIDO, Emiliano; BORGES, Doriam. **Guia de evaluación para programas de prevención de homicidios em América Latina y el Caribe**. Montevideo: Susana Casales, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Boletim trimestral de monitoramento do programa Fazendo Justiça**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2023b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/principais-acoes/>. Acesso em: 17 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Plano estratégico do Conselho Nacional de Justiça: 2021-2026**. 5. versão. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, mar. 2023. Disponível em: [plano-estrategico-5a-versao-2023.pdf](#) Acesso em: 17 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Recomendação n. 98, de 26 de maio de 2021.** Recomendar aos tribunais e autoridades judiciais a adoção de diretrizes e procedimentos para realização de audiências concentradas para reavaliar as medidas socioeducativas de internação e semiliberdade. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2006312021052860b14d4733842.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório de gestão: 2020/2022: sistemas penal e socioeducativo: Fazendo Justiça.** Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2023c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gestao-2020-2022.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório final:** justiça, presente. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Relatorio_Gestao_web_121120.pdf. Acesso em: 17 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016.** Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 17 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019.** Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no Âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/>

original153009202001105e1898819c054.pdf. Acesso em: 17 jul. 2023.
CATAFESTA, Cláudia. **Direito de voz de adolescentes:** protagonismo juvenil nas audiências concentradas socioeducativas. Londrina: Thoth, 2023.

FAZENDO Justiça. **Conselho Nacional de Justiça.** Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2023]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/sobre-o-programa/>. Acesso em: 17 jul. 2023.

FERRAZ, Taís Schilling. Problemas complexos são organismos vivos: a adoção da perspectiva sistêmica na atuação dos centros de inteligência. In: LUNARDI, Fabrício Castagna; CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda (coord.). **Inovação judicial:** fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Brasília, DF: ENFAM, 2021. p. 413-437.

FERRAZ, Taís Schilling. **Um olhar sistêmico sobre a violência no Brasil:** a insuficiência dos mecanismos de controle e repressão. Londrina: Thoth, 2022.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Petrópolis: Vozes, 2016.

GUINDANI, Miriam Krenzinger A. Políticas municipais de segurança. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Crime, polícia e justiça no Brasil.** São Paulo: Contexto, 2014. p. 559-565.

LUNARDI, Fabrício Castagna; CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda (coord.). **Inovação judicial:** fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto. Brasília, DF: ENFAM, 2021.

MAILLO, Alfonso. **Introdução à criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOLINA, Antonio Garcia Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRINCIPAIS ações: Fazendo Justiça. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2023a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/principais-acoaes/>. Acesso em: 17 jul. 2023.

RUTHERFORD, Albert. **The systems thinker**: essential thinking skills for solving problems, managing chaos, and creating lasting solutions in a complex world. [S. l.]: ARB Publications, 2018.

SANTOS, Cláudio Camargo. **Audiência de custódia**: ressignificando vidas sob as lentes da justiça restaurativa. Londrina: Thoth, 2023.

SPANIOL, Marlene Inês. **Políticas municipais de prevenção à violência no Brasil**: desafios e experiências no campo da segurança pública. 2016. Tese (Doutorado em Ciências Sociais), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

STROH, David Peter. **Systems thinking for social change**. Vermont: Chelsea Green Publishing, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

| CAPÍTULO 2

PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE MENORES CON PROBLEMAS DE SALUD MENTAL, CONSUMO DE SUSTANCIAS O ALTERACIONES EN LA PERCEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL JUVENIL ESPAÑOL

TOMÁS MONTERO HERNANZ*

SUMARIO

1 Introducción. 2 La medida de internamiento terapéutico. 3 Los antecedentes del internamiento terapéutico en el Derecho español. 4 Aplicabilidad de las medidas terapéuticas; 4.1 Menores inimputables; 4.2 Los casos de eximente incompleta o atenuante analógica. 5 Régimen jurídico aplicable a las modalidades de internamiento terapéutico; 5.1 La aplicación de la medida de internamiento terapéutico; 5.1.1 La aplicación del internamiento terapéutico en régimen cerrado; 5.1.2 La aplicación al internamiento terapéutico en régimen cerrado de los períodos de seguridad; 5.2 La sustitución de las medidas de internamiento terapéutico; 5.2.1 La regresión al internamiento terapéutico en régimen cerrado 5.2.2

* Profesor asociado de la Universidad de Valladolid.

La sustitución del internamiento terapéutico en régimen semiabierto por internamiento terapéutico en régimen cerrado; 5.3 Cumplimiento de la medida de internamiento terapéutico. 5.3.1 Cumplimiento en un establecimiento penitenciario; 5.3.2 La suspensión de las actividades fuera del centro; 5.4 Los permisos de salida en las medidas de internamiento terapéutico; 5.4.1 Competencia para la concesión de permisos; 5.4.2 Requisitos para la concesión de permisos; 5.4.3 Suspensión y revocación de permisos de salida; 5.5 Régimen disciplinario; 5.6 Centros para el cumplimiento de medidas de internamiento terapéutico; 5.6.1 La elección del centro; 5.6.2 La separación dentro de los centros. 6 Reflexiones finales. Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo analizar la medida de internamiento terapéutico prevista en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM)¹ en aquellos casos en que los menores puedan sufrir o padecer algún tipo de problemática asociada a temas de salud mental, consumo de sustancias o alteraciones en la percepción.

La LORPM no solo supuso ese cambio en el ámbito subjetivo de aplicación², sino una importante modificación en lo referido a la imputabilidad y culpabilidad de los menores, y en consecuencia de la naturaleza de las medidas que se aplican a estos con ocasión de la comisión

¹ ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. **Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000.

² La LORPM modificó la edad de responsabilidad penal de los menores que se aplicaba a mayores de 12 años y menores de 16, pasando a aplicarse a mayores de 14 años y menores de 18.

de hechos tipificados en las normas penales. Así, en el marco penal anterior, contenido en la Ley Orgánica 4/1992³ y en el Código Penal de 1973, las medidas aplicables a los menores de 16 años tenían la naturaleza de medidas de seguridad, al señalar el art. 8.2 CP 1973 su exención de responsabilidad criminal, lo que determinaba su inimputabilidad y, en consecuencia, su ausencia de culpabilidad.

Con el Código Penal de 1995 la situación cambió, al señalarse en su art. 19 que los menores de 18 años no serán responsables criminalmente conforme al CP, sino que serán responsables con arreglo a lo que disponga la ley que regule la responsabilidad penal del menor. Ello significa que los menores de 18 años no están exentos de responsabilidad criminal, sino que solo están exentos de la responsabilidad que se les exige a los adultos. Este planteamiento está en correlación con la previsión del art. 5 de la LORPM que prevé la posibilidad de aplicar a los menores las causas de exención de responsabilidad criminal previstas en el CP. A modo de conclusión se puede señalar que mientras los menores de 14 años son plenamente inimputables, los mayores de 14 y menores de 18 son plenamente imputables, aunque se les va a someter a un tratamiento diferente al previsto para los adultos.

Esta diferente respuesta (pena-media) hizo que a nivel doctrinal se planteara la naturaleza de las medidas previstas en la LORPM. Para una parte importante de la doctrina se trata de medidas de seguridad. Otros autores, sin entrar en esa dualidad pena-medida de seguridad, señalan que las medidas imponibles a los menores tienen una naturaleza especial, distinta de la pena y con contenido educativo-sancionador, habiendo un general acuerdo en resaltar su naturaleza sancionadora, lo que hace que para algunos autores nos encontremos ante consecuencias jurídicas que sustancialmente constituyen penas, señalando que no es más que un

³ ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. **Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1992.

“fraude de etiquetas”, que esconden la voluntad de no llamar a las cosas por su nombre y un ajejo paternalismo.

Más allá de estos análisis doctrinales, donde sí parece existir un mayor punto de encuentro es que de todas las medidas previstas en la LORPM hay dos, como son el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio, las que en mayor medida pueden considerarse como medidas de seguridad y que son las que pueden imponerse en los casos de enfermedad mental, de adicciones o de alteraciones en la percepción. La LORPM prevé un tratamiento específico para aquellos menores aquejados de alguna de estas problemáticas, si bien, en la práctica, no es fácil deslindar los factores que están detrás de la causa del delito, especialmente en el caso de menores de edad, cuya personalidad está aún en formación y, por tanto, no resulta fácil un diagnóstico de los posibles trastornos que puedan sufrir.

2 LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO

La LORPM prevé un amplio catálogo de medidas que los Jueces de Menores pueden imponer a aquellos menores que hayan cometido un delito. Están recogidas en su art. 7 que las ordena según la restricción de derechos que suponen y que a efectos expositivos pueden sistematizarse en medidas privativas de libertad y medidas no privativas de libertad:

Clasificación de las medidas previstas en la LORPM

MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD	MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD
Internamiento en régimen cerrado.	Tratamiento ambulatorio.
Internamiento en régimen semiabierto.	Asistencia a un centro de día.
Internamiento en régimen abierto.	Libertad vigilada.
Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto.	Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.
Permanencia de fin de semana (en centro o en domicilio).	Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.
	Prestaciones en beneficio de la comunidad.
	Realización de tareas socio-educativas.
	Amonestación.
	Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.
	Inhabilitación absoluta.

Fuente: RLORPM

Se trata, por tanto, de un amplio catálogo de medidas en consonancia con las previsiones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)⁴, cuando en su art. 40.4 señala que se dispondrá

⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Convención sobre los derechos del niño**: adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. New York: ONU, 1989.

de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

La regulación de la medida de internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto se encuentra en los arts. 5.2, 7.1.d), 9.5, 28 y 29 de la LORPM y en los arts. 27, 50 y 59 de su Reglamento (RLORPM)⁵. Al respecto debe señalarse como la reforma de 2006 de la LORPM introdujo algunas modificaciones sobre esta medida, que no han contado con la posterior adaptación del RLORPM, por lo que es necesario llevar a cabo algunas interpretaciones, como más adelante se expone.

Las características más significativas de esta medida podemos resumirlas de la siguiente manera:

- Medida privativa de libertad, que puede adoptarse tanto con carácter firme como cautelar.
- No podrá aplicarse cuando los hechos sean calificados de falta (art. 9.1 LORPM)⁶.
- Esta medida, o la de tratamiento ambulatorio, serán obligatorias cuando concurra en el menor alguna de las circunstancias previstas en los números 1, 2 y 3 del art. 20 del CP (art. 5.2 LORPM).
- Tras la reforma de la L.O. 8/2006 el internamiento podrá ser en régimen cerrado, semiabierto o abierto.

⁵ El Reglamento de la LORPM fue aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio. ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. **Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2004.

⁶ La referencia a las faltas hay que entenderla hecha actualmente a los delitos leves, tras la reforma del CP de 2015.

- En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad.
- Podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en el art. 7 de la LORPM.
- Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

El internamiento terapéutico, según la exposición de motivos, está previsto inicialmente para aquellos casos en los que los menores, bien por razón de su adicción al alcohol o a otras drogas, bien por disfunciones significativas en su psiquismo, precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica, no dándose, ni, de una parte, las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni, de otra parte, las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación a aquel de un internamiento en régimen cerrado.

3 LOS ANTECEDENTES DEL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN EL DERECHO ESPAÑOL

El internamiento para menores con problemas de salud mental cuenta con antecedentes en el ordenamiento jurídico español que se remontan a 1929. Así, el Real Decreto-Ley de 3 de febrero de 1929, sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares para niños recogía entre las medidas a adoptar la de ingresar al menor en establecimientos especiales para menores enfermos, anormales o difíciles. La posibilidad

de ingresar a un menor en establecimiento especial para casos difíciles se limitaba a los supuestos en que los medios de corrección empleados en las demás instituciones reformadoras auxiliares del Tribunal resultaran ineficaces, dadas las condiciones de desmoralización o rebeldía del menor.

También en la Ley de 13 de diciembre de 1940 sobre Tribunales Tutelares de menores, se recogía la posibilidad de ingresar el menor en un establecimiento especial para menores anormales.

Igualmente, el Decreto de 11 de junio de 1948⁷, por el que se aprobó el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores preveía la posibilidad de ingresar el menor en un establecimiento especial para menores anormales.

Del mismo modo, la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio⁸, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, regulaba entre sus medidas el tratamiento ambulatorio o ingreso en un Centro de carácter terapéutico.

4 APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS TERAPÉUTICAS

Como tendremos ocasión de ver, el régimen jurídico del internamiento terapéutico no es uniforme y dependerá de diversas circunstancias:

- Si se impone por problemas o enfermedades mentales (anomalías o alteraciones psíquicas, o alteraciones en la percepción que determinen

⁷ ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores.

Boletín Oficial del Estado: Madrid, n. 201, p. 3306-3318, 19 jul. 1948.

⁸ ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. **Boletín Oficial del Estado:** Madrid, n. 140, p. 19794-19796, 11 jun. 1992.

una alteración grave de la conciencia de la realidad) o por adicciones (dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas). Desde esta perspectiva, los efectos del consentimiento del menor serán radicalmente distintos en uno y otro caso.

- Si se impone a un inimputable por apreciarse una eximente completa o a un menor imputable total o parcialmente (por concurrir semi eximente, atenuante analógica o pese a no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad).

Desde este enfoque, mientras que la medida impuesta a un inimputable debe estar inspirada por criterios exclusivamente terapéuticos, la medida impuesta a un imputable puede atender a otras consideraciones como la necesidad pedagógica de expresar al menor el reproche que su conducta merece.

Además, en el primer caso sólo cabrá imponer la medida terapéutica mientras que en el segundo cabrá imponer además otras medidas.

- Tras la reforma de 2006, el marco jurídico concreto dependerá de si el internamiento terapéutico ha sido impuesto en régimen cerrado, abierto o semiabierto.

4.1 Menores inimputables

Como ya hemos hecho referencia, la LORPM contempla con más detalle la medida de internamiento terapéutico en su art 7.1 d) que, a su vez es objeto de desarrollo en los arts. 27, 50 y 59 del RLORPM. Sin embargo, la aplicación práctica genera algunas dudas que no encuentran respuesta expresa ni en la Ley ni en su Reglamento.

El punto de partida desde el que llevar este análisis interpretativo se encuentra en el art. 5.2 de la LORPM, conforme al cual cuando en un

menor concurra alguna de las circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del art. 20 CP le serán aplicables, en caso necesario, las medidas de internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio. La previsión contenida en este art. será aplicable, consecuentemente, en supuestos en los que se aprecien:

- anomalías o alteraciones psíquicas que impidan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión,
- trastorno mental transitorio no provocado para delinquir,
- intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas,
- síndrome de abstinencia a causa de la dependencia a tales sustancias que impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, y
- alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia que alteren gravemente la conciencia de la realidad.

En estos casos previstos en el art. 5.2 LORPM sólo podrán aplicarse, en caso necesario, las medidas de internamiento terapéutico y de tratamiento ambulatorio, de conformidad con lo previsto en el art. 9.5 LORPM.

Por tanto, ante la apreciación de una causa de inimputabilidad sólo puede imponerse una medida terapéutica pero, como señala la Fiscalía General del Estado (FGE), tal imposición no es inexorable, toda vez que no hay necesidades preventivo generales ni retributivas que satisfacer. Por ello, en estos casos, la medida sólo debe imponerse si existe una necesidad objetiva. Será preciso que la necesidad de tratamiento, la peligrosidad del menor y la prevención especial positiva (finalidad de reintegración social) justifiquen en cada caso la imposición de la medida.

La imposición del internamiento terapéutico en los casos de inimputabilidad declarada no es preceptiva, ni siquiera cuando los hechos

en sí puedan subsumirse en tipos que integren supuestos de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM)⁹.

El internamiento terapéutico puede dividirse en dos categorías, em función de que la medida sea impuesta en caso de anomalías o alteraciones psíquicas, para cuya imposición se prescinde de la voluntad del menor, o para el tratamiento de las adicciones a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, que requiere para su imposición y ejecución el concurso voluntario del menor.

En los casos de tratamiento de adicciones, el rechazo sobrevenido en fase de ejecución implicará que el tratamiento no podrá seguirse coactivamente, y por tanto, habrá de ser suspendido y sustituido por otra medida (art. 27. 3 RLOPRM). Tal sustitución debe entenderse limitada cuando se ha aplicado una eximente, pues solo cabe la imposición de una medida terapéutica.

4.2 Los casos de eximente incompleta o atenuante analógica

Las medidas terapéuticas no son sólo aplicables a menores inimputables, pudiendo también imponerse en los supuestos en que dichas circunstancias se valoren como eximentes incompletas del art. 21.1^a o atenuantes analógicas del art. 21.7^a CP.

En supuestos de inimputabilidad incompleta o parcial, si la entidad jurídica de los hechos lo justifica, cabrá imponer una medida privativa de libertad (internamiento ordinario cerrado, semiabierto o abierto) y al mismo tiempo una medida de seguridad de internamiento terapéutico. En estos casos el cumplimiento seguiría el denominado sistema vicarial, de manera que se iniciaría con el cumplimiento inicial de la medida de

⁹ Delitos tipificados en el CP en los arts. 138 (homicidio), 139 (asesinato), 178, apartados 2 y 3 (agresión sexual), 179 (violación), (agresión sexual cuando concurren determinadas circunstancias) 180 (agresiones sexuales a menores de 16 años), 181, apartados 2, 4, 5 y 6, y 571 a 580 (terrorismo) y otros que tengan señalada pena de prisión igual o superior a quince años.

seguridad, con la posibilidad de su sustitución por otra o de su suspensión, y con el posterior cumplimiento -si es necesario- de la medida de internamiento ordinario.

Este mecanismo vicarial es, a juicio del FGE, especialmente adecuado en el sistema de justicia juvenil porque su flexibilidad permite una amplia gama de respuestas con base en la valoración de la situación terapéutica del sometido a la medida (evolución del tratamiento, modificaciones en el diagnóstico, actitud del sujeto, etc., ...), de modo que atendiendo a las necesidades concretas y al interés del menor, podría dejarse sin efecto la medida terapéutica e iniciar el internamiento ordinario, o agotarse la medida terapéutica y dejar sin efecto el internamiento ordinario, o reducir la medida terapéutica y sustituir el internamiento ordinario por una medida en medio abierto.

Las posibilidades son múltiples y permiten, conforme a los postulados de la justicia juvenil, adecuar la respuesta ante el delito a las necesidades del menor infractor. Incluso, a juicio de la FGE, debe mantenerse que estas medidas pueden aplicarse a los menores que las necesiten, aunque su enfermedad o adicción no haya determinado déficit de imputabilidad en relación con los hechos realizados.

5 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS MODALIDADES DE INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO

La reforma operada por LO 8/2006 ha introducido un cambio esencial en la regulación de la medida de internamiento terapéutico, dividiéndolo en tres regímenes distintos: cerrado, semiabierto o abierto. Tal estructuración de los internamientos terapéuticos carece de desarrollo normativo, pues la LO 8/2006 nada dice en cuanto al contenido de cada

una de las modalidades y tampoco se ha llevado a cabo una adaptación del RLORPM tras la reforma de 2006.

Por ello la interpretación debe tomar en consideración las previsiones contenidas para la medida de internamiento ordinario, que también puede tener distintas modalidades con idéntica denominación: régimen cerrado, semiabierto o abierto. Estas tres modalidades sí que están legalmente definidas y reglamentariamente desarrolladas:

- Las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen cerrado residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio (art. 7.1 a).
- Las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen semiabierto residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. (art. 7.1 b).
- Las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen abierto llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo (art. 7.1 c).

Por ello, la primera conclusión es que en todo lo que no sea incompatible con su naturaleza esencialmente terapéutica, los internamientos terapéuticos en régimen cerrado, semiabierto y abierto deben seguir las pautas respectivas, *mutatis mutandis*, de los internamientos ordinarios en régimen cerrado, semiabierto y abierto. Este criterio debe combinarse con el dato importante de que mientras que las diferentes modalidades de internamientos ordinarios se regulan dentro del art. 7.1 LORPM con autonomía en distintas letras (a, b y c), el internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto y abierto se

regula en una sola letra (d) lo que apunta a la idea de una única medida con tres regímenes distintos. El doctrinalmente denominado argumento de la constancia terminológica parte de la inteligencia de que el legislador emplea las palabras con el mismo significado al menos dentro del mismo sector normativo.

5.1 La aplicación de la medida de internamiento terapéutico

5.1.1 La aplicación del internamiento terapéutico en régimen cerrado

La primera interrogante que surge es si la aplicación de esta medida está limitada a los supuestos de aplicabilidad del internamiento en régimen cerrado recogidos en el art. 9.2 LORPM, es decir: que se trate de hechos tipificados como delito grave, hechos tipificados como delito menos grave cometidos con violencia, intimidación o grave riesgo, hechos cometidos en grupo o por banda.

La cuestión se vuelve más complicada si se tiene presente que el internamiento terapéutico puede imponerse no sólo a menores inimputables o parcialmente imputables, sino también a menores imputables respecto de los que se consideren apropiados los contenidos terapéuticos en razón de anomalías, enfermedades o adicciones, aunque las mismas no hubieran afectado a su imputabilidad.

Entiendo, al igual que la FGE, que la respuesta debe ser afirmativa, y es necesario que para la aplicación de la medida de internamiento terapéutico en régimen cerrado (tanto en los casos de inimputabilidad, como en el caso de menores declarados imputables o semi inimputables por concurrencia de eximente incompleta o atenuante analógica) debe concurrir alguna de las circunstancias previstas en el art. 9.2 LORPM.

5.1.2 La aplicación al internamiento terapéutico en régimen cerrado de los periodos de seguridad

Se plantea la aplicabilidad o no de los periodos de seguridad previstos en los arts. 10.1 b) y 10.2 de la LORPM como pauta y contenido específico del internamiento en régimen cerrado. Estas dos normas, referidas a los delitos de extraordinaria y máxima gravedad, establecen la obligatoriedad de la medida de internamiento en régimen cerrado y el establecimiento de un periodo de seguridad hasta el cumplimiento de la mitad de la medida o hasta transcurrido el primer año, respectivamente. Durante este periodo no se pueden producir modificaciones de la medida.

Varias cuestiones deben tenerse en consideración en el análisis de esta cuestión:

- Por un lado, la necesidad de ponderar a la hora de seleccionar el régimen concreto de internamiento terapéutico (abierto, semiabierto o cerrado), fundamentalmente los requerimientos terapéuticos específicos del caso, así como también otras circunstancias ajenas a finalidades retributivas, como son el riesgo de fuga o la necesidad de contención.
- Por otro, el hecho de que los periodos de seguridad en el cumplimiento de determinadas medidas de internamiento durante los cuales no puede llevarse a cabo la modificación de la medida pueden ser incompatibles con la índole y finalidad de los tratamientos que integran la medida de internamiento terapéutico.
- Por último, el principio de no discriminación del menor en la justicia juvenil, siempre de carácter especial y favorable respecto del derecho penal de adultos, recogidos en los arts. 37 y 40 de la CDN y en el párrafo 2º del art. 8 LORPM.

Las previsiones contenidas en el ámbito de adultos deben trasladarse también al ámbito que nos ocupa. Por ello, en la interpretación de condiciones de rigor de una medida (internamiento cerrado) como son los períodos de seguridad, no expresamente previstos en la medida de seguridad (internamiento terapéutico) que en concreto pudiera imponerse por los mismos hechos y en las mismas circunstancias a un adulto, debe ser el patrón a seguir.

Así se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional. La STC 36/1991, de 14 de febrero, se pronunció sobre la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase. La STC 61/1998, de 17 de marzo, declaró que se infringe el principio de legalidad al imponerse a un menor la medida de cuatro meses de internamiento en centro semiabierto por una falta de hurto frustrada, restando validez a la fundamentación del Juzgado de Menores sobre las necesidades del menor. Según el TC, debe tomarse como referencia, no superable, la correspondiente sanción prevista en el CP.

En el ámbito del Derecho Penal de adultos, las posibilidades de cese y modificación de la medida de seguridad no están sujetas a período de seguridad alguno (art. 97 CP). El Reglamento Penitenciario establece un amplio margen tanto de actividades rehabilitadoras como de relaciones con el exterior en los arts. 189 y 190 centrados en los programas individuales de rehabilitación, con exclusión de períodos de seguridad.

En consecuencia, no puede imponerse en el ámbito de menores un régimen más severo que el paralelamente previsto en la legislación de adultos. Por ello, las previsiones de los arts. 10.1 b) y 10.2 de la LORPM sobre períodos de seguridad del internamiento cerrado no deben considerarse aplicables al internamiento terapéutico en régimen cerrado.

5.2 La sustitución de las medidas de internamiento terapéutico

5.2.1 La regresión al internamiento terapéutico en régimen cerrado

Otro aspecto que genera dudas es la posibilidad de aplicar la previsión del art. 51.2 de la LORPM a los internamientos terapéuticos. Este artículo permite al Juez de Menores, cuando hubiera sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado si la evolución del menor es negativa. Esta regla, pese a que habilita para volver a un régimen más estricto de ejecución, no plantea ningún problema desde el punto de vista del principio de legalidad en la ejecución, en tanto opera sobre la base de una medida de internamiento cerrado, cuya ejecución se ha visto *ex post facto* atemperada.

Teniendo en cuenta la naturaleza de esta previsión legal, ningún obstáculo debe tener su traslación al internamiento terapéutico cerrado. Si una vez acordada la progresión a semiabierto o abierto se observa una evolución desfavorable y si las necesidades terapéuticas exigen una vuelta a un régimen de mayor contención, podrá acordarse la regresión.

Coincido con la FGE cuando señala que resultaría además adecuado, desde el interés de la intervención con el menor, que la propia resolución donde se acuerda la modificación de un internamiento terapéutico cerrado por internamiento en otro régimen, hiciera expresa referencia a que la misma podría quedar sin efecto si la evolución no fuera favorable. Esto, además del plus de certeza y seguridad jurídica que añadiría, supondría un reforzamiento en la ejecución y serviría de poderosa advertencia al menor para que mantuviera la buena disposición en el cumplimiento de la medida que venía mostrando.

5.2.2 La sustitución del internamiento terapéutico en régimen semiabierto por internamiento terapéutico en régimen cerrado

El último inciso del art. 51.2 de la LORPM establece que si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de Menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el art. 9.2.

La excepcionalidad de esta previsión, que supone una *reformatio in peius* de la medida impuesta en la sentencia aconseja, a juicio de la FGE, limitar su aplicación a los internamientos ordinarios, que son los expresamente previstos por la Ley.

5.3 Cumplimiento de la medida de internamiento terapéutico

5.3.1 Cumplimiento en un establecimiento penitenciario

El art. 14 de la LORPM establece la posibilidad de pase al sistema penitenciario de adultos de aquellos menores que cumplen medida de internamiento en régimen cerrado, una vez alcancen los 18 o los 21 años. Esta norma, para la FGE, no sería de aplicación en los casos de medidas de internamiento terapéutico en régimen cerrado.

El art. 14 de la LORPM se refiere expresa y exclusivamente a la medida de internamiento en régimen cerrado como medida susceptible, en determinados supuestos, de ser ejecutada en centro penitenciario. Por ello, no podría continuar el cumplimiento de un internamiento terapéutico en régimen cerrado en un centro penitenciario, ni siquiera en un establecimiento penitenciario de carácter psiquiátrico.

El cumplimiento en centro penitenciario sólo podría aplicarse el caso de medidas de internamiento en régimen cerrado, no siendo posible trasladar a un centro penitenciario a quienes al alcanzar los 18 o 21 años estuvieran cumpliendo otras medidas de internamiento, bien sea en régimen semiabierto, abierto, terapéutico o permanencias de fines de semana.

Esta interpretación concuerda plenamente con lo señalado por el Comité de Derechos del Niño (CRC) en su Observación General núm. 24¹⁰, referida a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, en sus párrafos 92 y 93, sobre la excepción contemplada en el párrafo c) del art. 37 de la CDN, respecto a la separación de los adultos. Al respecto el CRC señala que la separación deberá efectuarse “a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”, lo que debe interpretarse de manera restrictiva y esta alusión no se refiera a lo que sea conveniente para los estados, quienes deben establecer instalaciones separadas para los niños privados de libertad que cuenten con personal debidamente capacitado y que funcionen de conformidad con políticas y prácticas que respondan a las necesidades de los niños. Dice el CRC que esta norma no significa que una persona internada en un centro para niños deba ser trasladada a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir 18 años, sino que debería poder permanecer en dicho centro si ello redundaría en su interés superior y no atenta contra el interés superior de los niños internados en el centro.

Todo ello lógicamente debe entenderse sin perjuicio de que el internamiento terapéutico en régimen cerrado (al igual que el semiabierto o abierto) pueda continuar cumpliéndose en el correspondiente centro de menores o sociosanitario aun cuando el condenado rebase los 18 o los 21 años.

¹⁰ NACIONES UNIDAS. **Convención sobre los derechos del niño**: Observación general núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. Ginebra: Comité de los Derechos del Niño, 2019.

5.3.2 La suspensión de las actividades fuera del centro

El internamiento ordinario en régimen semiabierto se caracteriza por permitir a los menores sometidos a la medida realizar fuera del centro alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.

Ante la ausencia de un desarrollo específico del contenido del régimen semiabierto en las medidas de internamiento terapéutico, aquellas previsiones también deben hacerse extensivas a esta medida, y por tanto cabe también en este caso la suspensión de actividades fuera del centro en atención a la evolución del menor y al cumplimiento de los objetivos previstos, pero tal suspensión exigirá una decisión motivada del Juez de Menores. La decisión debiera fijar un plazo concreto de vigencia, aunque nada impediría que agotado el plazo establecido, pudiera prolongarse la suspensión si la evolución lo justifica.

La motivación de la medida puede obedecer a diferentes razones según la medida haya sido acordada. Cuando se ha impuesto a un menor amparado por una eximente, la suspensión de actividades deberá estar aconsejada desde una perspectiva terapéutica. Si la medida se ha impuesto a un menor no amparado por una eximente, la suspensión podrá estar justificada por otras razones, tales como el mal comportamiento del menor durante las salidas.

5.4 Los permisos de salida en las medidas de internamiento terapéutico

5.4.1 Competencia para la concesión de permisos

No existen dudas sobre las competencias en materia de permisos de quienes se encuentran cumpliendo una medida de internamiento en régimen ordinario. En el caso de medidas de internamiento en régimen cerrado, corresponde al Juzgado de Menores la aprobación de los permisos de salida ordinarios, permisos de fin de semana, salidas programadas y permisos extraordinarios. En el caso de medidas de internamiento en régimen semiabierto o abierto, corresponde al director del centro o al órgano establecido por la entidad pública en su normativa, la aprobación de los permisos de salida ordinarios, permisos de fin de semana, salidas programadas y permisos extraordinarios.

Las dudas se plantean en relación con la aprobación de los permisos de salida ordinarios, permisos de fin de semana, salidas programadas y permisos extraordinarios de menores sometidos a medidas, cautelares o definitivas, de internamiento terapéutico.

Una interpretación literal de las previsiones del RLORPM podría llevar a la conclusión de que la aprobación de estos permisos y salidas corresponde igualmente al Juzgado de Menores, pues conforme al art. 50.1 del RLORPM las salidas, permisos y comunicaciones con el exterior de los menores sometidos a internamiento terapéutico se autorizarán, en el marco del programa individual de tratamiento, por el Juez de Menores en los términos previstos en el art. 44 de la LORPM.

Sin embargo, el RLORPM no ha sido reformado para adaptarlo a las reformas introducidas por la LO 8/2006, lo que lleva a plantearse si tal reforma debe irradiar efectos sobre el régimen de permisos y, en su caso, cuáles sean éstos. Para resolver esta duda hay que partir del esquema general de que en todo lo que no sea incompatible con su naturaleza

esencialmente terapéutica, el régimen jurídico de los internamientos terapéuticos en régimen cerrado, semiabierto y abierto se asimila, *mutatis mutandis*, al de los internamientos ordinarios en régimen cerrado, semiabierto y abierto.

En este contexto, la previsión reglamentaria de unificación del régimen jurídico de autorización de todos los permisos y salidas en el internamiento terapéutico ha de entenderse parcialmente modificada por la posterior reforma legislativa de 2006. Deberán por ello distinguirse:

- el régimen de permisos y salidas en el internamiento terapéutico en régimen cerrado, respecto del que la previsión de autorización judicial sigue teniendo sentido, por asimilación al régimen del internamiento ordinario cerrado; y
- el régimen de permisos y salidas en los internamientos terapéuticos en régimen semiabierto y abierto, respecto de los que ningún sentido tiene someterlos a autorización judicial, debiendo pues, entenderse que en estos casos la competencia se atribuye al director del centro o al órgano establecido por la entidad pública en su normativa.

–

Mantener la necesidad en todo caso de autorización judicial supondría no dotar de eficacia a una norma posterior en el tiempo y superior en rango jerárquico.

5.4.2 Requisitos para la concesión de permisos

El desarrollo que hace el RLORPM de la medida de internamiento terapéutico lo concibe como medida de seguridad *strictu sensu*, de contenido esencialmente terapéutico, estableciendo un régimen de contactos con el exterior extraordinariamente flexible, sin sujeción a pautas predeterminadas ni a plazos.

Las salidas y permisos se conectan con el abordaje terapéutico del menor, de manera que debiera entenderse que no son de aplicación los requisitos contenidos en los arts. 45 a 48 del RLORPM.

El disfrute de los permisos gira sobre la evolución del menor y sus necesidades terapéuticas, plasmadas en el programa individual. Por ello, y por ser contrario a la esencia terapéutica de la medida, debe entenderse que no es aplicable al internamiento terapéutico en régimen cerrado el requisito de haber cumplido un tercio de la medida para poder disfrutar de permisos. En estos casos, si el programa individualizado de ejecución de la medida considera conveniente desde la perspectiva terapéutica la concesión de estos permisos antes del transcurso del primer tercio de la medida sería admisible su concesión. Del mismo modo, a fin de salvaguardar el núcleo terapéutico de la medida, tampoco debieran entenderse aplicables los toques máximos de días de permiso.

Este planteamiento es coherente con el párrafo 118 de las Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas de 2008¹¹, donde se señala que el tratamiento para los problemas de salud mental en los centros deberá determinarse exclusivamente sobre bases médicas, deberá seguir los estándares nacionales reconocidos y prescritos para centros de salud mental y deberá estar regido por los principios contenidos en los instrumentos internacionales aplicables. En concordancia con lo anterior, el párrafo 119 señala que en los centros de salud mental los estándares de seguridad y protección para menores infractores deberán estar determinados fundamentalmente sobre bases médicas.

Aplicar las disposiciones restrictivas de las salidas previstas para los internamientos ordinarios supondría una desnaturalización del carácter terapéutico de la medida.

¹¹ ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. **Recomendación (2008) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, adoptada en fecha 5 de noviembre de 2008**. Madrid: Fiscalía General del Estado, 2008.

5.4.3 Suspensión y revocación de permisos de salida

El art. 52.1 del RLORPM dispone que, cuando antes de iniciarse el disfrute de un permiso ordinario, de un permiso extraordinario o de las salidas a los que hacen referencia los arts. 45 a 48 se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión, la entidad pública podrá suspenderlos motivadamente. Si el permiso o la salida se hubiese autorizado por el Juez de Menores, la suspensión tendrá carácter provisional y se pondrá inmediatamente en conocimiento del juez para que resuelva lo que proceda.

A la hora de determinar la competencia para revocar, habrán de aplicarse *mutatis mutandis* los criterios antes expuestos: en el internamiento terapéutico cerrado será necesaria la resolución judicial para la revocación de permisos, mientras que en los internamientos terapéuticos en régimen semiabierto y abierto la competencia será del director del centro o del órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

5.5 Régimen disciplinario

El art. 59.2 del RLORPM declara con carácter general que el régimen disciplinario se aplicará a todos los menores que cumplan medidas de internamiento en régimen cerrado, abierto o semiabierto y terapéuticos.

Seguidamente, en el núm. 3, exceptúa del régimen disciplinario a los menores a los que se haya impuesto una medida de internamiento terapéutico como consecuencia de una anomalía o alteración psíquica o de una alteración en la percepción que les impida comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a aquella comprensión, mientras se mantengan en tal estado.

Por tanto, sólo se prevén peculiaridades en el régimen disciplinario para menores inimputables por problemas de salud mental. Del art. 59.3 del RLORPM, a sensu contrario, cabe concluir que si la medida de internamiento terapéutico se ha impuesto por la dependencia a bebidas alcohólicas, drogas o sustancias psicotrópicas, el menor estará sometido al régimen disciplinario común sin especialidad alguna. Esto mismo será predicable respecto de otros menores a los que no se hayan apreciado eximentes o a los que sólo se hayan aplicado eximente incompleta o atenuante analógica. Incluso en los casos exentos de sometimiento al régimen disciplinario, tal exención sólo se prolonga en tanto el menor continúe imposibilitado en sus facultades intelectivas y/o volitivas.

Esta disposición no precisa ni la competencia ni el procedimiento para decidir si el menor se mantiene o no en tal estado. Tal silencio debiera interpretarse, a juicio de la FGE, en el sentido de que no se modifican las normas generales de competencia y procedimiento para imponer la sanción si bien en el propio expediente sancionador, como presupuesto ineludible, habrá de hacerse constar la superación de la anomalía o alteración psíquica.

5.6 Centros para el cumplimiento de medidas de internamiento terapéutico

5.6.1 La elección del centro

Con carácter general la LORPM establece que las medidas privativas de libertad y las medidas cautelares se ejecutarán en centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los mayores de edad penal (art. 54.1).

Partiendo de esta regla general, el art. 54.2 de la LORPM prevé que las medidas de internamiento podrán ejecutarse en centros sociosanitarios cuando la medida impuesta así lo requiera, con autorización del Juez de Menores. Esta previsión se desarrolla en el art 27.4 del RLORPM que señala que cuando la entidad pública, en atención al diagnóstico realizado por los facultativos correspondientes o a la evolución en la medida considere que lo más adecuado es el internamiento en un centro sociosanitario, lo solicitará al Juez de Menores.

Por tanto se posibilita la ejecución en centros que no sean específicamente centros del sistema de justicia juvenil, previa autorización judicial, que lógicamente estará subordinada a la comprobación de que el centro designado sea adecuado para el cumplimiento de los fines terapéuticos de la medida.

5.6.2 La separación dentro de los centros

Aunque solo de manera testimonial, creo también necesario hacer un pequeño apunte sobre la separación de los menores al interior de los centros. Sobre tal cuestión la LORPM ha sido muy parca, limitándose a prever que las medidas privativas de libertad se ejecutarán en centros diferentes de los penitenciarios, pero sin señalar las condiciones que deberán reunir estos centros, salvo su división en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados (art. 54.3). A esta previsión el RLORPM ha añadido la separación de aquellos menores que por cualquier circunstancia personal requieran de una protección especial de aquellos que les puedan poner en situación de riesgo o de peligro (art. 33).

Se trata, por tanto, de criterios de separación más flexibles que los recogidos en el art. 16 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), donde se establece la separación de hombres y mujeres, detenidos y presos

de penados, primarios de reincidentes, jóvenes de adultos, enfermos de personas sanas y detenidos y presos por delitos dolos de quienes lo estén por delitos imprudentes.

La FGE no se pronuncia a favor de la existencia de centros específicos para el cumplimiento de medidas de internamiento terapéutico, admitiendo la posibilidad de que puedan cumplirse en un centro de internamiento ordinario, siempre y cuando cuente al menos con una unidad terapéutica autónoma.

Desde ámbitos doctrinales se ha demandado la oportunidad de que la LORPM hubiera introducido otros criterios como la separación de quienes se hallen cumpliendo una medida cautelar privativa de libertad y de quienes se hallen cumpliendo una medida firme, la separación atendiendo al tipo de medida de internamiento, o la separación de hombres y mujeres.

Personalmente comparto la practicidad con que la LORPM ha regulado los criterios de separación interior, priorizando perfiles personales sobre perfiles jurídicos, lo que no es óbice para que en su redacción se hubieran incorporado como criterios a tener presentes, en la medida que las circunstancias lo permitieran, la situación procesal o el sexo.

Esta practicidad puede ser debida a las dudas sobre la aplicación efectiva de unos criterios más exhaustivos y detallados que podrían requerir de mayores inversiones en infraestructuras, sin que la LORPM hubiera querido asumir un compromiso de tales características en nombre de las Comunidades Autónomas que son a quienes atribuye las competencias para la ejecución de las medidas, contando, además, con la experiencia del ámbito penitenciario, donde los criterios de separación establecidos en el art. 16 de la LOGP no siempre se mantienen.

6 REFLEXIONES FINALES

Desde un punto de vista valorativo, el internamiento terapéutico es quizá la medida que mayores dificultades de ejecución presenta de todas las previstas en el art. 7 de la LORPM.

De una parte, el término “terapéutico” suscita importantes confusiones, existiendo serias dudas a la hora de determinar cómo se configura un centro de esta naturaleza, cuando muchas veces no existen centros de estas características en las redes de salud mental, atención a toxicómanos o de atención sociosanitaria, que presten a menores de edad que padecen estos problemas una atención especializada, limitando los ingresos a momentos de “crisis” y no siempre separados de los adultos. En el ámbito de las adicciones, donde más extendida está la atención en programas residenciales, las comunidades terapéuticas para problemas de adicción generalmente atienden personas mayores de edad incorporándose los menores a los mismos dispositivos. Pretender que los sistemas de justicia juvenil creen recursos asistenciales diferentes a los existentes para menores no infractores genera importantes interrogantes, que exige de una reflexión más profunda, donde además se plantee a quién debiera corresponder su gestión, si a las entidades públicas de reforma o a las entidades públicas asistenciales de cada ámbito¹².

Otro aspecto que merece una reflexión guarda relación con las pretensiones de esta medida. Si lo que con ella se desea es dar a estos menores una atención especializada, resulta imprescindible que la medida venga precedida de un diagnóstico¹³, algo para lo que los equipos

¹² Al respecto es importante recordar que las Reglas Europeas para Menores sujetos a Sanciones o Medidas establecen que los menores que estén sufriendo enfermedad mental y que deban estar privados de libertad habrán de ser custodiados en instituciones de salud mental (regla 57).

¹³ Señala de la Rosa Cortina que uno de los problemas para aplicar esta medida terapéutica en Derecho penal juvenil es la dificultad de llegar a un diagnóstico clínico de una persona en formación. Vid. ROSA CORTINA, José Miguel de la. Imputabilidad y medidas terapéuticas en el sistema de justicia juvenil. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, [s. l.], n. 26, p. 107-134, 2011.”, p. 11.

técnicos dependientes funcionalmente de los Juzgados de Menores y de las fiscalías de menores carecen de cualificación y posiblemente de la capacidad necesaria¹⁴. La imposición de una medida de esta naturaleza tiene importantes efectos estigmatizantes y etiquetadores, por lo que su adopción al margen de un claro diagnóstico actualizado no debiera darse en ningún supuesto. La necesidad de un diagnóstico previo ha sido tomada en cuenta por algunos juzgados para no acordar una medida de esta naturaleza.

Pero, al margen de estas reflexiones que vienen a cuestionar la necesidad de una medida específica con esta denominación, postura por otro lado que no cuenta refrendo doctrinal, creo que el enfoque del problema debería haber sido otro y desligar, dentro de una misma medida, seguridad y terapia.

Dado que lo que en esta medida predomina es el carácter terapéutico, derivado de un diagnóstico previo, en orden a abordar la problemática que presenta el menor, deberían ser los especialistas que van a llevar la intervención los que en cada caso programaran las relaciones de todo tipo con el exterior (salidas para actividades, permisos, comunicaciones y visitas, etc.) incorporándolo al programa individual de ejecución que posteriormente deberá ser aprobado por el Juez de Menores. Vincular de antemano un régimen de vida a la medida puede interferir en la intervención terapéutica que se pretende llevar.

En este marco, sería en los centros de carácter sociosanitario de la red asistencial correspondiente donde deberían llevarse a cabo los tratamientos, en consonancia con el principio de utilización preferente de los recursos normalizados en el ámbito comunitario (art. 6 RLORPM), y en congruencia con el principio de excepcionalidad del internamiento previsto en los textos internacionales. La LORPM contempla esta posibilidad cuando establece que las medidas de internamiento, previa

¹⁴ Entraríamos en la difícil problemática de delimitar quién tiene capacidad para emitir diagnósticos.

autorización judicial, podrán ejecutarse en centros sociosanitarios. Sin embargo, el recurso a esta opción es casi nulo.

Si, junto a las necesidades terapéuticas, existen razones de seguridad que aconsejan que el menor deba permanecer internado en estos casos la medida a adoptar no debería ser de internamiento terapéutico, sino de internamiento en el régimen adecuado que corresponda, complementándose la medida con el tratamiento específico que pueda precisar, filosofía esta que parecía estar detrás de la inicial redacción de la LORPM, como de su exposición de motivos ya vista se puede desprender, y que encuentra su referente en el apartado d) del art. 7.1 de la LORPM, en relación al internamiento terapéutico, y en el apartado e) del mismo art., en relación al tratamiento ambulatorio, que prevén que ambas medidas puedan aplicarse solas o como complemento de otras.

REFERENCIAS

ABEL SOUTO, Miguel. Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 57, p. 77-106, enero 2004.

ABEL SOUTO, Miguel. Las medidas del nuevo derecho penal juvenil: consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor. **Actualidad Penal**, n. 6, p. 105-164, 2002.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. **Convención sobre los derechos del niño**: adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. New York: ONU, 1989.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. **Ley de la responsabilidad penal de los menores**. Madrid: Trivium, 2001.

CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. **La medida de internamiento y sus alternativas en el derecho penal juvenil**. Madrid: Dykinson, 2007.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; POZUELO PÉREZ, Laura. **Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores**. Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Circular 3/2013, de 13 de marzo, sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil. **Boletín Oficial del Estado**: Madrid, n. 00003, 13 marzo 2013.

ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores. **Boletín Oficial del Estado**: Madrid, n. 201, p. 3306-3318, 19 jul. 1948.

ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. **Boletín Oficial del Estado**: Madrid, n. 140, p. 19794-19796, 11 jun. 1992.

ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. **Boletín Oficial del Estado**: Madrid, n. 11, 13 enero 2000.

ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. **Boletín Oficial del Estado**: Madrid, n. 209, p. 31127-30149, 30 agosto 2004.

ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Justicia y **Relaciones con las Cortes. Recomendación (2008) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, adoptada en fecha 5 de noviembre de 2008**. Madrid: Fiscalía General del Estado, 2008.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. La práctica de los juzgados de menores en la aplicación de las sanciones, su evolución y eficacia. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, [s. l.], n. 12, p. 1-36, 2010.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. El régimen de medidas aplicables a los menores de edad: Las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000. **Anuario de justicia de menores**, Madrid, n. 1, p. 279-311, 2001.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Introducción al derecho penal de menores**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MACHADO RUIZ, María Dolores. Minoría de edad e imputabilidad penal. **Actualidad Penal**, [s. l.], n. 1, p. 93-137, 2003.

MARTÍN RÍOS, María del Pilar. La situación procesal del menor infractor con anomalías o alteraciones psíquicas. **Anuario de justicia de menores**, Madrid, n. 3, p. 195-241, 2003.

MONTERO HERNANZ, Tomás. **La privación de libertad de menores y los estándares Internacionales**. Madrid: Editorial La Ley, 2018.

NACIONES UNIDAS. **Convención sobre los derechos del niño**: Observación general núm. 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. Ginebra: Comité de los Derechos del Niño, 2019.

OLAIZOLA NOGALES, Inés. La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM: ¿estamos ante un derecho penal de la seguridad? **Revista Penal**, [s. l.], n. 31, p. 190-220, 2013.

ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario. **Derecho penal de menores**: comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y a su reglamento aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2003.



ROSA CORTINA, José Miguel de la. Imputabilidad y medidas terapéuticas en el sistema de justicia juvenil. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, [s. l.], n. 26, p. 107-134, 2011.

VENTAS SASTRE, Rosa. **La minoría de edad penal**. Madrid: Universidad Complutense, 2002.

CAPÍTULO 3

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA JUDICIÁRIA DE EXECUÇÃO PENAL

ROSIMEIRE VENTURA LEITE*

FÁTIMA AURORA GUEDES AFONSO ARCHANGELO**

TAÍS DE PAULA SCHEER***

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Execução penal no Brasil; 2.1 O regime jurídico subjacente ao cumprimento da pena; 2.2 A apreensão da realidade: a ultratividade da seletividade penal sistêmica. 3 Justiça Restaurativa como política

* Pós-doutora em Direito pela Universidade de Bologna – Itália. Doutora em Processo Penal pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Professora do PPGPD/Enfam. Pesquisadora do GP/Enfam Poder Judiciário, Direitos Fundamentais e Jurisdição Penal. Juíza de direito do Tribunal de Justiça da Paraíba – TJPB.

** Doutoranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito e Poder Judiciário pelo PPGPD/Enfam. Integrante do GP/Enfam Poder Judiciário, Direitos Fundamentais e Jurisdição Penal. Coordenadora do Centro Judiciário de Conciliação da Subseção Judiciária de Uberaba-MG e respectivo Núcleo de Práticas Restaurativas. Juíza federal do Tribunal Regional Federal da 6ª Região – TRF6.

*** Mestre em Direito e Poder Judiciário pelo PPGPD/Enfam. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – Emap/PR. Integrante da Coordenadoria Estadual de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – CEVID/TJPR. Juíza de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR.

pública judiciária; 3.1 Aspectos fáticos, teóricos e normativos; 3.2 Justiça Restaurativa aplicada na execução penal: adequação e potencialidades. 4 Experiências restaurativas em execução penal no contexto brasileiro; 4.1 Breve panorama da Justiça Restaurativa na execução penal; 4.2 Estudo de casos. 5 Para reforço à eventual proposta de *lege ferenda*. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Desde 2016, a Justiça Restaurativa – JR foi incorporada como Política Nacional no âmbito do Poder Judiciário, por meio da Resolução n. 225,¹ do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, como forma alternativa ou concorrente de solução de conflitos e violência. Como política pública judiciária, o atendimento restaurativo foi normativamente previsto para alcançar qualquer fase dos procedimentos e processos judiciais, e segue em franca implantação país afora, com inúmeras práticas mapeadas com a quase totalidade dos tribunais brasileiros.

Ao considerarmos o encarceramento massivo no país, e seus efeitos altamente seletivos, evidenciados em dados oficiais e pesquisas públicas e privadas, é desejável que a aplicação de alternativas que componham os conflitos ocorra serodidamente, arredando a possibilidade de sanção prisional e operando a pacificação social de modo célere e eficaz.

Nesse contexto, programas de Justiça Restaurativa desenvolvidos a par da Justiça Consensual Penal têm alcançado resultados com potencial de impactar positivamente na redução dos números de custódia cautelar

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2016c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160827202007275f1efbfbf0faa.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

e definitiva. Essa potência da aplicação liminar traduz a máxima eficácia restaurativa: promete pôr termo à situação de conflito, coibir o incremento do encarceramento e evitar recidivas.

Por outro lado, como assentado na Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, a aplicação de procedimento restaurativo não é circunscrita a prevenir a persecução penal. E se o processo penal é por si estigmatizante a qualquer acusado, o desfecho condenatório alarga distâncias sociais² e assevera o viés discriminatório do sistema de justiça criminal, integrado por agentes estatais de instituições cuja ação concertada culmina com a execução de eventual pena (membros das forças policiais, das secretarias de segurança pública, do Ministério Público e do Poder Judiciário). Sob essa perspectiva, muito interessa perquirir a adequação e as possibilidades de práticas restaurativas aplicadas na fase de execução penal, seja qual for a espécie da sanção, privativa de liberdade ou a ela substitutiva.

Para responder a essa problemática, pretende-se alinhar o estudo à crítica criminológica em seu aspecto mais amplo, estendendo a crítica antcarcerária aos substitutivos penais e sindicando se há espaço para a estruturação de modelo de justiça restaurativa na fase da execução penal, observados os eixos estruturantes indicados por Carvalho e Achutti,³ a despeito do discurso restaurativo antipunitivista.

Esse é o fio condutor do presente estudo: analisar a adequação e as potencialidades da Justiça Restaurativa como política judiciária de execução penal no Brasil. Cuida-se de trabalho exploratório sobre prática jurídica interdisciplinar, cujo primeiro passo desenvolve-se por pesquisa

² MISSE, Michel. Sobre a construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação. In: MISSE, Michel (org.). **Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 13-32.

³ CARVALHO, Salo; ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça Restaurativa em risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 1-39, ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/74694/47003>. Acesso em: 5 jun. 2022.

bibliográfica e documental temática. A seguir, descrevem-se duas práticas restaurativas selecionadas dentre as implantadas na fase da execução penal no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, cotejando-a com o modelo restaurativo crítico sustentado por Carvalho e Achutti⁴.

Por fim, o artigo culmina com proposta de *lege ferenda*, pretendendo contribuir para que a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário seja estruturada com descentralização e redistribuição de atribuições, e para que possa contrapor-se aos efeitos discriminatórios e excludentes da execução penal.

2 EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Grande é o desafio de escrever e refletir sobre execução penal sem abordar a crítica criminológica aos discursos de legitimação da pena e à instrumentalidade do cárcere na atualidade (pautas negativas). Mas os estreitos limites deste trabalho aconselham que a análise crítica assuma problematização restrita à pauta positiva da criminologia crítica (políticas alternativas), que, ao lado daquela, também merece ser reafirmada por inúmeras razões, como asseveram Carvalho e Achutti.⁵

Assim, sem desconsiderar o relevo e a atualidade de tais críticas criminológicas negativas, este capítulo adota recorte centrado no modelo brasileiro atual para execução penal: após abordar o regime jurídico vigente, contextualiza-se as mazelas decorrentes da seletividade penal sistêmica.

⁴ CARVALHO, Salo; ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa em risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 1-39, ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/74694/47003>. Acesso em: 5 jun. 2022.

⁵ *Ibid.*

Posterga-se para o segundo capítulo a análise da Justiça Restaurativa como política pública judiciária de execução penal, tendo por norte o modelo restaurativo crítico proposto por Carvalho e Achutti.⁶

A execução penal deve extrair de tratados internacionais de direitos humanos e da Constituição Federal as balizas normativas para se ajustar minimamente ao plexo de direitos humanos inerentes a todo indivíduo. Entre os tratados internacionais, importa aqui mencionar as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos – Regras de Mandela;⁷ as Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade – Regras de Tóquio⁸ e os Princípios de Yogyakarta, em especial os de n. 9, 10 e 12.⁹

Retribuição e prevenção são as finalidades da pena admitidas pelos atores do sistema de justiça criminal estatal. Legisladores, membros do Ministério Público, magistrados e agentes de segurança pública sustentam o discurso da pena como resposta punitiva legítima a desvios de conduta, pareando-a a múltiplos fins preventivos. Nucci¹⁰ desdobra o caráter preventivo da pena em geral, que compreende os aspectos preventivo

⁶ CARVALHO, Salo; ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa em risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 1-39, ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/74694/47003>. Acesso em: 5 jun. 2022.

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília, DF: CNJ, 2016. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Regras_de_Mandela_2020-08-21.pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília, DF: CNJ, 2016a. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

⁹ COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução Jones de Freitas. [Yogyakarta]: Comissão Internacional de Juristas, 2006. Disponível em: https://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 6-7.

positivo (que reafirma a importância do Direito Penal para a sociedade) e preventivo negativo (no qual a pena reforça o poder punitivo estatal); e especial, que abrange a perspectiva preventiva positiva (que preconiza o caráter ressocializador da pena) e o preventivo negativo (que pretende impedir a reincidência delitiva).

No aspecto normativo, além da Resolução CNJ n. 225/2016, mencionada na introdução, estão a Resolução CNJ n. 288/2019¹¹ e a recente Resolução CNJ n. 391, de 10 de maio de 2021.¹²

Essa delimitação do arcabouço jurídico da execução penal é suficiente para nortear este trabalho, que segue, no tópico seguinte, com a apreensão da realidade e a contextualização fática do fenômeno do cumprimento da pena neste país.

2.1 A apreensão da realidade: a ultratividade da seletividade penal sistêmica

Como asseverado inicialmente, este estudo não assume a pretensão de tecer análise crítica da pena, ou da atividade executória penal, cingindo-se a investigar a possibilidade de política alternativa ser introjetada no Estado Penal com vocação para acrescentar premissas humanistas ao desfecho executório penal.

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 288, de 25 de junho de 2019**. Define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_288_25062019_02092019174344.pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 391, de 10 de maio de 2021**. Estabelece procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição de pena por meio de práticas sociais educativas em unidades de privação de liberdade. Brasília: DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original12500220210511609a7d7a4f8dc.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

Segundo a publicação *Justiça em Números 2023* do CNJ¹³, existiam, no Poder Judiciário, em 2022, um total de 8,9 milhões de processos criminais em trâmite, sendo 6,4 milhões na fase de conhecimento e 2,5 milhões em execução penal. As execuções penais em tramitação cresceram tanto entre as privativas de liberdade (1,3 milhão ações pendentes), quanto entre as não privativas (1,2 milhão ações pendentes). Se observada a série histórica das execuções penais desde 2009, embora em 2020 a curva tenha tido ligeira descendência, essa discreta redução no ritmo de crescimento dos índices não reverteu a ascendência contínua e não impacta o fato de mais de 2 milhões de pessoas estar em cumprimento de pena, seja qual for o regime de cumprimento ou o tipo de sanção penal.

Para apreensão da realidade prisional no Brasil, este estudo reporta-se a dados publicados pela Secretaria Nacional de Políticas Penais – SENAPPEN referentes ao segundo semestre do ano de 2023,¹⁴ que descrevem o perfil da população penitenciária brasileira: grande parte dos prisioneiros é composta por homens jovens negros e com formação educacional insuficiente (ou ausente).

A seletividade penal opera com efeitos ultrativos que retroalimentam a exclusão social de pessoas jovens, negras e pobres. Se suas vidas eram precárias antes de possuírem registros criminais, qualquer que seja a infração penal que venham a cometer, mesmo que despida de qualquer periculosidade ou significância lesiva, aniquila a remota possibilidade de romperem com a marginalização social. Alargam-se as distâncias entre a juventude negra e os espaços sociais em que são acessíveis os direitos fundamentais individuais e sociais prometidos

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em Números 2023*. Brasília, DF: CNJ, 2023. p. 303. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/02/justica-em-numeros-2023-16022024.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2024.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de Informações Penais: 15º Ciclo SISDEPEN – 2º Semestre de 2023**. Brasília, DF: SENAPPEN, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2024.

indistintamente a todos. Potencializa-se o recrutamento para a recidiva criminosa, reforçando a seletividade sistêmica.

Afora tal ultratividade da seletividade penal, é de se considerar que a vivência intramuros não condiz com as finalidades preventivas, geral ou especial, propaladas para a pena privativa de liberdade. As condições inumanas de cárceres superlotados, há mais de uma década radiografadas e escancaradas por equipe da própria Justiça Criminal,¹⁵ foram reconhecidas como “realidade perversa” pelo então presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal – STF, Ministro Cezar Peluso.

A sinistra tríade descrita acima (seletividade penal, sua ultratividade e condições degradantes do cárcere) desafia reflexões e a tomada de decisões reformistas com efeitos concretos e inadiáveis. É um desafio complexo e sistêmico que não se resolve com ação pontual, mas que comporta a implementação conjunta de diversas iniciativas que possam reverter a perversidade atual. Alternativas penais ao cárcere, audiências de custódia e escritórios sociais são exemplos fomentados pelos atores do sistema de justiça penal (Depen-MJSP, CNJ) e apoiados pelo PNUD/ONU, que indicam a assunção institucional de uma postura reformista.

Sob o prisma da execução penal, a realidade exige a implantação de medidas humanistas concretas que promovam a dignidade, a reabilitação e a reinserção social das pessoas presas sob a custódia estatal. E o eixo central deste estudo, detidamente tratado nos tópicos seguintes, consiste em investigar a adequação da aplicação da Justiça Restaurativa como política pública judiciária de execução penal, aquilatando sua potência como via humanista para a fase de cumprimento da pena.

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Mutirão carcerário**: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/mutirao_carcerario.pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA JUDICIÁRIA

A partir do recorte temático deste trabalho, este item narra a introdução da Justiça Restaurativa como política pública judiciária no Brasil, apresentando aspectos fáticos, teóricos e normativos, para, então, analisar especificamente a adequação e potencialidades de práticas restaurativas no âmbito da execução penal.

3.1 Aspectos fáticos, teóricos e normativos

Embora praticada em outros países desde a década de 1970,¹⁶ a Justiça Restaurativa tem sua implantação no Brasil em 2005, após ser regulamentada no âmbito do direito internacional pela Organização das Nações Unidas – ONU,¹⁷ por meio de três projetos-piloto implantados por parceria entre os tribunais de justiça de São Paulo, do Rio Grande do Sul e do Distrito Federal, a então Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.¹⁸

Em 2010, a Justiça Restaurativa era prevista como tema integrante da formação de facilitadores (conciliadores e mediadores) na Resolução

¹⁶ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 56.

¹⁷ Organização das Nações Unidas - Conselho Econômico e Social: Resolução n. 1999/26 de 28 de julho de 1999 (Desenvolvimento e implementação de medidas de mediação e justiça restaurativa na justiça penal); Resolução n. 2000/14 de 27 de julho de 2000 (Princípios básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria penal); Resolução n. 2002/12 de 27 de julho de 2000 (Seguimento do X Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e o Tratamento dos Infratores).

¹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Seminário justiça restaurativa: mapeamento dos programas de justiça restaurativa**. Brasília, DF: CNJ, 2019. p. 5. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

CNJ n. 125/2010,¹⁹ que dispõe sobre o tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Ao final de 2015, a implementação de projeto e o oferecimento de práticas restaurativas foram aprovados como Meta 8 do CNJ,²⁰ destinada apenas à Justiça estadual. No ano seguinte, a Justiça Restaurativa foi oficialmente absorvida como política pública judiciária no âmbito do Poder Judiciário, em nível nacional, com a publicação da Resolução CNJ n. 225/2016.²¹

Em relação ao modelo de Justiça Restaurativa Judicial adotado pelo Brasil, Carvalho e Achutti²² apresentam dados e razões para sustentar o ceticismo da criminologia crítica em relação às alternativas penais, que surgem como iniciativas descarcerizadoras, mas culminam por ampliar e afinar a rede “que se forma ao redor do arquipélago prisional”.²³ Essa preocupação dos criminólogos é endossada por achados na pesquisa “Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário”, coordenada por

¹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Meta 8: Implementar projeto com equipe capacitada para oferecer práticas de Justiça Restaurativa, implantando ou qualificando pelo menos uma unidade para esse fim, até 31/12/2016. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório: Metas nacionais do Poder Judiciário: 2016**. Brasília, DF: CNJ, abr. 2017. p. 41-43. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/64acb190bee63682ea4b7f7805f5acce.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2024.

²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2016c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160827202007275f1efbfbf0faa.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

²² CARVALHO, Salo; ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa em risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 29, ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/74694/47003>. Acesso em: 5 jun. 2022.

²³ *Ibid.*, p. 29.

Vera Regina Pereira de Andrade,²⁴ que identificou que a justiça punitiva continua se impondo como modelo ao exigir que a Justiça Restaurativa atue dentro dos paradigmas da repressão penal, prevenção e reincidência.

Apesar das ambiguidades da Justiça Restaurativa Judicial, o modelo emerge no contexto brasileiro, se não rumo ao abolicionismo, ao menos como caminho viável para conduzir ao minimalismo penal. A partir dessa premissa, interessa a análise da política judiciária de Justiça Restaurativa, como substrato normativo para o fio condutor deste estudo.

A definição de Justiça Restaurativa para fins da política judiciária consta no art. 1º da Resolução CNJ n. 225/2016, como sendo um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado.²⁵

A escolha institucional por uma definição ampla visou estimular a implementação da Justiça Restaurativa como política pública que abrangesse as três dimensões do conflito e da violência: a relacional, a institucional e a social.

Para este estudo, importa ainda destacar dois aspectos: as medidas restaurativas não são reservadas apenas a delitos de menor gravidade e nem sempre representam recurso à substituição da via jurisdicional. Pelo contrário, é “possível que o procedimento alternativo atue paralelamente ao processo criminal, buscando a reparação extrajudicial, a reinserção

²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório analítico propositivo:** justiça pesquisa: direitos e garantias fundamentais: pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2018. p. 144. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422fooe726fbbee709398.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016.** Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2016. Cap. I, art. 1º, caput. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160827202007275f1efbfbfofaa.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

social do acusado e o desenvolvimento de uma relação mais positiva entre autor do fato e vítima”.²⁶

O CNJ adota essa visão ampliada de Justiça Restaurativa, recomendando sua aplicação inclusive como “enfoque restaurativo” a procedimentos processuais penais, como normatizado na Resolução CNJ n. 288/2019,²⁷ em que instituiu a política institucional do Poder Judiciário para promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade.

E é justamente essa possibilidade de agregar restauratividade a políticas criminais que deflagra a pergunta deste trabalho: qual a adequação e a potência da justiça restaurativa para arredar a ultratividade da seletividade penal, quando aplicada na execução penal?

3.2 Justiça Restaurativa aplicada na execução penal: adequação e potencialidades

Ao início deste estudo, apresentou-se dados que evidenciam a seletividade penal sistêmica em nosso país e chamou-se a atenção para os efeitos penais ultrativos que retroalimentam a exclusão social de pessoas, em sua maioria, jovens, negras e pobres. Diante desse contexto, estudos analisam criticamente qual o momento mais adequado de aplicação de práticas restaurativas.

A respeito, Pallamolla²⁸ lembra que não há nenhum sistema de justiça inteiramente restaurativo, “mas apenas sistemas de justiça

²⁶ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 55.

²⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 288, de 25 de junho de 2019**. Define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à provação de liberdade. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_288_25062019_02092019174344.pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

²⁸ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 99.

criminal permeados por práticas ora inseridas no procedimento criminal, ora levadas a cabo fora dele, mas que surtem efeitos no processo penal” e destaca que os “momentos de encaminhamento dos casos aos programas restaurativos variam entre e dentro dos países”,²⁹ podendo se dar na: a) fase policial, pré-acusação; b) na fase pós-acusação, mas antes do processo; c) na etapa judicial, tanto antes do julgamento quanto a tempo da sentença; ou d) na fase de punição, “como alternativa ao cárcere, como parte dele, ou somada à pena de prisão”.

Parece inconteste que quanto mais imediata a aplicação de procedimentos restaurativos para composição de conflitos maior sua eficácia como alternativa penal, arredando a possibilidade de sanção prisional e operando a pacificação social de modo célere e eficaz. Sob a perspectiva de aplicação liminar, a Justiça Restaurativa traduz sua máxima eficácia restaurativa: promete pôr termo à situação de conflito, coibir o incremento do encarceramento e evitar recidivas. E, assim, atende plenamente sua vocação de “prática anticriminológica (abolicionista)”, tal como defendido por Carvalho e Achutti,³⁰ a contento das críticas anticarcerária e anti-institucional, com maior aderência aos princípios antiburocratizantes e antiprofissionalizantes.

No outro extremo, quanto mais tardia a aplicação de práticas restaurativas, maiores os riscos de sua ineficácia,³¹ de sobreposição e acumulação dos modelos restaurativo e retributivo, revitimização e incongruência sistemática.³²

²⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 99.

³⁰ CARVALHO, Salo; ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa em risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 29, ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/74694/47003>. Acesso em: 5 jun. 2022.

³¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. *op. cit.* p. 102.

³² SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 30.

Nesse mesmo sentido, são as considerações do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent (ILANUD/Brasil), que ao sistematizar e avaliar as primeiras experiências de Justiça Restaurativa brasileiras, recomendou que, considerando o processo penal brasileiro, “os lugares por excelência de aplicação da justiça restaurativa no interior do sistema são o momento anterior ao início do processo ou o momento inicial do processo”.³³

A partir da indagação “Crime e Justiça Restaurativa: antes, durante, depois ou nunca?”, Rosas³⁴ encontra as mesmas respostas acima, apontando como resposta que o momento ideal é a fase pré-processual, mas também reconhece que “não deixa de ser extremamente interessante do ponto de vista humano e de se dar significado à experiência da pena a aplicação da Justiça Restaurativa na fase de execução da pena”, por exemplo, para preparação para o retorno à sociedade, como indicado também por Bezerra.³⁵

Não obstante a pertinência das críticas, há notícias de iniciativas restaurativas na fase da execução penal, inclusive em países ditos centrais, cujos impactos humanistas não podem ser desconsiderados. Nas experiências estrangeiras, Pallamolla registra que o encaminhamento é feito pelos encarregados da *probation* (substitutivo à pena privativa de liberdade típica do sistema anglo-saxão), por órgãos correccionais ou pelo próprio órgão prisional; e quando a prática é aplicada após o cumprimento

³³ INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. **Sistematização e avaliação de experiências de justiça restaurativa**: relatório final. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 34. Disponível em: <https://erc.undp.org/evaluation/documents/download/3752>. Acesso em: 5 jun. 2022.

³⁴ ROSAS, Patrícia Melhem. **Justiça criminal restaurativa e empoderamento no Brasil**: experiências, possibilidades e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 261.

³⁵ BEZERRA, Virgínia Rêgo. Aplicabilidade da justiça restaurativa à justiça criminal no Brasil: perspectivas em torno de um diálogo harmonioso. In: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPÍÑERA, Bruno (org.). **Justiça restaurativa**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 166.

de parte da pena, o encaminhamento é feito pela agência de *parole* (liberdade condicional) e/ou organismos não governamentais.³⁶

No Brasil, como assentado na Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, a aplicação de procedimento restaurativo não é circunscrita a prevenir a persecução penal,³⁷ e o tópico seguinte apresenta algumas iniciativas restaurativas implementadas na execução penal. Para análise crítica dessas iniciativas, este estudo adota como modelo restaurativo o proposto por Carvalho e Achutti,³⁸ que deve observar os seguintes eixos estruturantes: 1) autonomia dos núcleos ou serviços de Justiça Restaurativa; 2) singularização dos casos; 3) participação ativa das partes na decisão sobre o encaminhamento dos casos e na resolução dos conflitos; 4) refutação de estereótipos que possam ser atribuídos às partes; 5) obrigatoriedade da presença de profissionais metajurídicos na condução dos procedimentos; 6) atenção à satisfação das necessidades dos envolvidos (vítima, ofensor, comunidade), com o comprometimento coletivo para resolução do problema e cumprimento de eventual acordo; e 7) subsidiariedade da relação com a Justiça Criminal e da participação dos profissionais do Direito, enquanto houver obrigatoriedade legal.³⁹

Como asseverado desde o início, se o processo penal é por si estigmatizante a qualquer acusado, o desfecho condenatório alarga distâncias sociais e assevera o viés discriminatório do sistema de justiça

³⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 101.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 225 de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2016c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160827202007275f1efbfbf0faa.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

³⁸ CARVALHO, Salo; ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa em risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 31-33, ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/74694/47003>. Acesso em: 5 jun. 2022.

³⁹ *Ibid.*, p. 30-31.

criminal. Toda vida importa e merece atenção. E enquanto não vigora um modelo restaurativo ideal, a aplicação de práticas restaurativas na fase da execução penal pode minimizar os efeitos ultrativos da seletividade penal? Em que medida tais práticas se aproximam de modelo restaurativo fundado na crítica criminológica? Essas serão as questões tratadas nos tópicos seguintes.

4 EXPERIÊNCIAS RESTAURATIVAS EM EXECUÇÃO PENAL NO CONTEXTO BRASILEIRO

No Brasil, há diversas iniciativas que aplicam a Justiça Restaurativa, no âmbito judicial e extrajudicial. A grande maioria dos projetos de Justiça Restaurativa Judicial é na área da infância e juventude, especialmente na socioeducação, o que foi bastante incentivado com a promulgação da Lei n. 12.594/2012, que criou o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase. As práticas restaurativas na esfera extrajudicial são realizadas por meio da iniciativa de diversos atores do sistema de justiça criminal ou até mesmo em escolas e outras instituições sociais.⁴⁰ Na execução penal, as práticas restaurativas ainda possuem tímida aplicação nos tribunais brasileiros.

⁴⁰ Por exemplo: “Justiça e Educação: parceria para a cidadania” e “Restaurando Justiça na Família e na Vizinhança: Justiça Restaurativa e Comunitária no bairro Nova Gerty” ambos em São Caetano do Sul/SP; “Diálogos no cárcere” em São Paulo. JURINIC, Francieli Fernanda. **Alterações necessárias à execução penal com vistas à humanização do sistema penitenciário brasileiro**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2017. p. 44.; PRUDENTE, Neemias Moretti; SABADELL, Ana Lucia. Mudança de paradigma: justiça restaurativa. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 8, n. 1, p. 56-57, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/719>. Acesso em: 5 jun. 2022.

As práticas judiciais no âmbito da execução penal serão sucintamente descritas no próximo item, a fim de mapear, ainda que de forma resumida, o cenário dessas experiências restaurativas no contexto brasileiro (não se pretende realizar um levantamento exaustivo sobre o tema). No item 3.2, dois projetos (Projeto Travessia e Jornada Florescer) do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR serão analisados sob a perspectiva dos eixos estruturantes que compõem o modelo restaurativo proposto por Carvalho e Achutti.⁴¹

4.1 Breve panorama da Justiça Restaurativa na execução penal

De acordo com o mapeamento do CNJ realizado entre os meses de fevereiro a abril de 2019, dos 31 tribunais que responderam aos questionários, apenas três responderam que não possuem nenhum tipo de iniciativa de Justiça Restaurativa (TJRR, TRF2 e TRF5) e somente o Tribunal de Justiça do Piauí – TJPI reconheceu a execução penal como área de aplicação das práticas restaurativas, e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS considerou que a área da execução penal como rede é fortalecida com a iniciativa da justiça restaurativa.⁴²

O Programa Justiça Restaurativa para o Século 21 na 2ª Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre foi implantado em 2009 e realiza

⁴¹ CARVALHO, Salo; ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa em risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 30-31, ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/74694/47003>. Acesso em: 5 jun. 2022.

⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Seminário Justiça Restaurativa: mapeamento dos programas de justiça restaurativa**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

duas práticas de Justiça Restaurativa no espaço do Presídio Central: os círculos de construção de paz e os círculos vítima-ofensor.⁴³

Na Vara de Execuções Criminais em Caxias do Sul, a prática restaurativa implantada é o círculo de sensibilização, que tem por objetivo promover reflexão sobre a violência e estimular os participantes para o diálogo. Eles são realizados no fórum exclusivamente com os apenados que estejam em prisão domiciliar ou em monitoramento eletrônico.⁴⁴

O modelo de Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – Apac possui cerca de 40 unidades, a maioria no Estado de Minas Gerais, local em que o projeto é apoiado pelo Programa Novos Rumos, do Tribunal de Justiça do estado. As Apacs são unidades externas aos presídios, nas quais os condenados têm a possibilidade de estudar, desenvolver trabalhos, aprender novas profissões e participar de grupos de apoio.

O Projeto Aplicações de círculos restaurativos nas ações penais e execuções penais, de Araguaína, Estado do Tocantins, visa à aplicação da Justiça Restaurativa nas progressões de regime e nos processos administrativos disciplinares; a diminuição da sensação de injustiça na aplicação dos procedimentos administrativos disciplinares; e a criação de espaços para que o ofendido e o agressor possam minimizar as consequências da conduta criminosa.⁴⁵

No projeto de Justiça Restaurativa desenvolvido em Porto Alegre pela Pastoral Carcerária, em parceria com a Superintendência dos Serviços Penitenciários – Susepe, por meio do programa Começar de

⁴³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório analítico propositivo:** justiça pesquisa: direitos e garantias fundamentais: pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2018. p. 196. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01efice422fooe726fbbee709398.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 202.

⁴⁵ OLIVEIRA, Tarsis Barreto; SOARES, Paulo Sérgio Gomes; BRITO, Fabrício Silva. Execução penal restaurativa: a apuração das faltas disciplinares nos estabelecimentos penais e a justiça restaurativa como alternativa de solução de conflitos. **Confluências Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, v. 23, n. 1, p. 233, abr./jul. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/47010/28758>. Acesso em: 5 jun. 2022.

Novo, foi ministrado curso básico de fundamentos e práticas em Justiça Restaurativa aos presos com o objetivo de controle da raiva, do rancor e dos desejos de vingança, estimulando a resolução de conflitos do cotidiano e problemas de relacionamento sem o uso da violência, mediante círculos de discussão.

Em São Paulo o Centro de Direitos Humanos e Educação Popular – CDHEP conta com o Núcleo Comunitário de Práticas de Justiça Restaurativa, por meio do qual promove a formação de facilitadores, assessora, supervisiona e facilita casos. Com a Pastoral Carcerária, realiza ações relacionadas à Justiça Restaurativa dentro do sistema prisional e cursos de capacitação direcionados aos servidores do sistema prisional e pessoas privadas de liberdade, fomenta o atendimento humanizado no cárcere e divulga as práticas restaurativas passíveis de implementação no sistema prisional.

O Projeto Travessia da Comarca de Ponta Grossa no Estado do Paraná faz parte das atividades e da proposta de funcionamento da Unidade Penal de Progressão de Regime, a fim de aprimorar as condições de cumprimento de pena e qualificar a reinserção social dos sentenciados do sexo masculino. Do mesmo modo, o projeto Jornada Florescer da Vara de Execuções Penais da Comarca de Foz do Iguaçu do Estado do Paraná, mas voltado para o público feminino encarcerado.

A seguir, esses dois últimos projetos do TJPR serão estudados sob a perspectiva crítica do modelo restaurativo proposto por Carvalho e Achutti.⁴⁶ A seleção dessas duas experiências seguiu alguns critérios: a) capacitação e experiência: no TJPR, a metodologia restaurativa é

⁴⁶ CARVALHO, Salo; ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça Restaurativa em risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 30-31, ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/74694/47003>. Acesso em: 5 jun. 2022.

aplicada desde 2015,⁴⁷ com significativo aporte de ações formativas em Justiça Restaurativa, tanto de facilitadores como dos agentes do Sistema de Justiça; e b) acesso documental: para os estreitos limites técnicos desta pesquisa, o acervo público sobre as práticas paranaenses possui suficiência para ancorar as reflexões críticas pretendidas.

4.2 Estudo de casos

Ao início deste tópico, serão detalhados os procedimentos seguidos pelos dois projetos paranaenses, Travessia e Jornada Florescer, para, a seguir, analisar essas práticas relativas à execução penal por meio dos seis eixos estruturantes do modelo restaurativo formulado por Carvalho e Achutti.⁴⁸

No Projeto Travessia da Comarca de Ponta Grossa-PR, após a seleção dos presos pela equipe do estabelecimento prisional, que previamente define os critérios para ingresso na unidade de progressão, os apenados são divididos em grupos de 15 pessoas, cada grupo participa de quatro encontros de círculos de construção de paz, com o objetivo de integrar os presos e apresentar a nova proposta da unidade de progressão, fortalecer vínculos e o relacionamento interpessoal. Todos os presos que passam a integrar a Unidade de Progressão participam dos círculos, como etapa importante para fortalecer os objetivos da Unidade de Progressão.

⁴⁷ BACELLAR, Roberto Portugal; GOMES, Jurema Carolina da Silveira; MUNIZ, Laryssa Angélica Copack. Implementação da justiça restaurativa no Poder Judiciário: uma experiência do Estado do Paraná. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da (coord.) **Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225**. Brasília, DF: CNJ, 2016. p. 319-338. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/347/Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20-%20Horizontes%20a%20Partir%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CNJ%20225.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 5 jun. 2022.

⁴⁸ CARVALHO, Salo; ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa em risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 30-31, ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/74694/47003>. Acesso em: 5 jun. 2022.

Para a execução do projeto, a Vara de Execuções Penais e a Defensoria Pública devem atuar de forma integrada, a fim de identificar quais os presos do regime semiaberto que possuem condições de antecipação de benefício de progressão de pena para regime aberto ou monitoramento eletrônico.

Em perspectiva semelhante, o projeto Jornada Florescer da Vara de Execuções Penais da Comarca de Foz do Iguaçu-PR foi implantado na Penitenciária Feminina de Foz do Iguaçu, que também é uma Unidade de Progressão, com apoio do Grupo de Monitoramento e Fiscalização dos Sistemas Carcerário e Socioeducativo do TJPR – GMF/TJPR, sendo que neste modelo de estabelecimento prisional, as presas que estão em cumprimento de pena em regime fechado estão prestes a progredir de regime de cumprimento de pena.⁴⁹

A duração da Jornada Florescer é de 16 horas, podendo ser realizada em cinco encontros. Participará de cada jornada de cinco encontros entre 14 e 16 presas e entre 4 e 5 alunos. A metodologia utilizada na jornada consiste, além da técnica dos círculos, em processos dialógicos e de contação de histórias, em vivências e exposição de conteúdo.

A Jornada Florescer possibilita às pessoas privadas de liberdade um espaço para o desenvolvimento da inteligência socioemocional, por meio de uma jornada de autoconhecimento, na qual é possível também identificar a rede social pessoal, qualificando-a a partir da identificação das relações de apoio e afeto, o que visa contribuir para o planejamento da saída do sistema prisional, fase essa que pode ser denominada como “construção do projeto de vida e redes de apoio”.

⁴⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Relatório anual**: 2021: grupo de monitoramento e fiscalização dos sistemas carcerário e socioeducativo do TJPR (GMF/PR). Curitiba: 2022. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/61545999/Relatorio+do+GMF+2021-11.pdf/fd15279c-500f-9ecb-500a-f7b289146a26>. Acesso em: 3 jun. 2022.

Diante desse breve esboço, analisa-se a adequação dos projetos aos eixos estruturantes do modelo restaurativo proposto por Carvalho e Achutti.⁵⁰

Nas duas iniciativas, vislumbra-se relativa autonomia do serviço de Justiça Restaurativa integrado por servidores do estabelecimento prisional e do Judiciário, uma vez que os requisitos para ingressar no programa se confundem com os requisitos para progressão da pena; o que também limita a análise singular dos casos.

Não há participação ativa das partes na decisão sobre o encaminhamento dos casos e na resolução dos conflitos. E sem a participação de todos os envolvidos nos fatos, a refutação de estereótipos fica, ao menos em parte, prejudicada. Entretanto, os projetos têm o potencial de minimizar a sujeição criminal, fenômeno observado por Misse,⁵¹ que usualmente acompanha o egresso do sistema prisional e que excede a sua relação com a vítima, impactando sua (res)socialização.

Ponto de confluência dos projetos com o modelo de estudo é a participação de profissionais metajurídicos na condução das práticas restaurativas. Observa-se, ainda, que o foco dos projetos se cinge às necessidades do apenado e de seus familiares, sem o envolvimento da vítima ou da comunidade.

Não se trata de mecanismo subsidiário, mas integrado à justiça criminal tradicional, especificamente para progressão do regime de cumprimento da pena imposta. E, embora os projetos não se justaponham aos eixos do paradigma desta análise, representam importante aporte restaurativo em momento decisivo para a vida da pessoa apenada,

⁵⁰ CARVALHO, Salo; ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa em risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 30-31, ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/74694/47003>. Acesso em: 5 jun. 2022.

⁵¹ MISSE, Michel. Sobre a construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação. In: MISSE, Michel (org.). **Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 23-24.

oportunizando-lhe escuta, visibilidade, orientação socioemocional e a (re)construção de sua rede de apoio.

Nesse breve panorama, vislumbra-se que, apesar de a Justiça Restaurativa ainda não ter se difundido no âmbito da execução penal, há iniciativas em andamento que consubstanciam esforço de experimentação dessas práticas na fase pós-condenatória, com foco na ressocialização e refazimento de laços familiares, sociais e comunitários. E, a despeito de não se subsumirem inteiramente aos eixos estruturantes do modelo adotado como paradigma para este estudo, são importantes para reduzir, ainda que minimamente os impactos do sistema prisional na vida dos egressos.

5 PARA REFORÇO À EVENTUAL PROPOSTA DE *LEGE FERENDA*

Ao comentar as experiências com as Leis n. 9.099 e 11.340, pontuando os desacertos de sua aplicação em relação a um modelo consensual de justiça criminal, Achutti⁵² alerta que um passo importante para “não aplacar o potencial do mecanismo restaurativo de justiça” é que a edição de uma lei seja “acompanhada da estrutura necessária para a sua implementação, que não utilize a linguagem criminalizadora do direito penal e que determine a intervenção de operadores metajurídicos” na administração dos conflitos.

Assim, após a investigação empreendida neste estudo, em vez de propor *lege ferenda*, pretende-se reforçar o apelo para que eventual proposta normativa de implementação da Justiça Restaurativa na execução penal evite desacertos, desvios da rota conducente à Justiça Criminal Consensual.

⁵² ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e abolicionismo penal**. Editora Saraiva. Edição do Kindle. 2. ed. rev. Atual. 2016, p. 239.

Recomenda-se que eventual iniciativa normativa observe com atenção os achados da pesquisa do CNJ Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário para que sejam evitados os equívocos lá apontados.

E dois pontos trazidos na pesquisa merecem destaque: mitigação dos princípios e do binômio responsabilização-prevenção; e fortalecimento do princípio e do valor da participação e empoderamento das partes, bem como a efetivação do inciso I do art. 1º da Resolução n. 225 do CNJ.⁵³ Em relação ao primeiro ponto, é importante que os programas não sejam voltados exclusivamente para o apenado, com foco exclusivo no binômio responsabilização-prevenção, que se restringe a práticas de ressocialização e prevenção, a fim de evitar a reincidência; o que acaba transformando a Justiça Restaurativa em mero instrumento do punitivismo.

O fortalecimento de princípio e valor da participação e do empoderamento das partes e a efetivação do inciso I do art. 1º da Resolução n. 225 do CNJ⁵⁴ exigem programas voltados para o tripé ofensores-ofendidos-comunidade, que democratiza a prática e altera substancialmente o protagonismo do sistema de justiça criminal para as partes afetadas e a comunidade; bem como amplia sua aplicação para qualquer delito, não apenas os de menor potencial ofensivo.

Propõe-se que eventual texto normativo preveja que as práticas da Justiça Restaurativa na execução penal sejam disponibilizadas desde o início do cumprimento da pena, por meio da construção de círculos de paz ou vítima-ofensor, voltados para as necessidades de ambos, desde que

⁵³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório analítico propositivo:** justiça pesquisa: direitos e garantias fundamentais: pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2018. p. 166. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01efce422f00e726fbbee709398.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

⁵⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016.** Dispõe sobre a política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2016c. Art. 1º. I. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

haja voluntariedade. E que, em paralelo, recomendem o desenvolvimento, de acordo com as necessidades do preso, de círculos com familiares e com membros da comunidade de residência do apenado para refazimento de laços, o que pode auxiliar a retomada da vida social e a construção do projeto de vida e redes de apoio.

Não há como este tópico propositivo se descurar da seletividade penal e correlata criminalização da pobreza, especialmente pelo superencarceramento em razão de delitos envolvendo drogas.

A esse respeito, entende-se que, na execução penal decorrente de tráfico de drogas e outros crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, por se tratarem de delitos cujo bem jurídico tutelado é a saúde pública, é imprescindível construir práticas restaurativas com participação das comunidades com maiores índices de encarceramento, para se incluir na discussão a política criminal sobre drogas e políticas públicas de saúde e cidadania.

Essa articulação comunitária exigirá a atuação, por exemplo, do Conselho da Comunidade, Pastorais Carcerárias e organizações da sociedade civil das comunidades com vínculo residencial ou de emprego com o apenado.

A fim de evitar o “protagonismo personalizado”,⁵⁵ que prejudica a continuidade e sustentabilidade dos programas e inviabiliza a avaliação por indicadores de forma contínua, propõe-se que sejam formulados protocolos e fluxos de atendimento, para serem observados pelas Varas de Execuções Penais.

A Justiça Restaurativa na execução penal deve primar pela construção de práticas voltadas para o tripé ofensores-ofendidos-comunidade, evitando qualquer resquício do punitivismo, com um olhar

⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório analítico propositivo**: justiça pesquisa: direitos e garantias fundamentais: pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2018. p. 153 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422fooe726fbbee709398.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

voltado para o futuro. Ressalte-se que a participação do ofendido deve observar o princípio da voluntariedade, a fim de evitar a revitimização, mas atenta às necessidades também do ofendido.

6 CONCLUSÃO

O processo penal é por si estigmatizante a qualquer acusado, o desfecho condenatório reforça distâncias sociais e assevera o viés discriminatório do sistema de justiça criminal. Toda vida importa e merece atenção. A partir desse pano de fundo, este trabalho optou pela problematização restrita à pauta positiva da criminologia crítica (políticas alternativas), sem desconsiderar o relevo e a atualidade das críticas criminológicas negativas.

Apresentou-se o arcabouço jurídico da execução penal no Brasil, para, a seguir, dar ênfase à ultratividade da seletividade penal sistêmica. Ponderou-se que essa realidade descortina desafio complexo e sistêmico, que demanda o concerto de múltiplas ações para reversão desse cenário perverso e inumano.

Defende-se que, a par das reflexões críticas quanto ao modelo institucional de resolução de conflitos, a política pública judiciária de aplicação de Justiça Restaurativa na execução penal merece atenção e desafia estudos.

Argumentou-se que, enquanto não vigora modelo restaurativo ideal, a aplicação de práticas restaurativas na fase da execução penal pode minimizar os efeitos ultrativos da seletividade penal e contribuir para conduzir os egressos do sistema a assumirem o protagonismo de suas vidas. A seguir, descreveu-se duas práticas restaurativas selecionadas dentre as implantadas na fase da execução penal no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, contrastando-as com o modelo restaurativo crítico.

Por fim, buscou-se apresentar proposições para que a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário seja estruturada com descentralização e redistribuição de atribuições, e para que possa contrapor-se aos efeitos discriminatórios e excludentes da execução penal.

A perspectiva prospectiva da Justiça Restaurativa na execução penal trará benefícios aos ofensores, às vítimas e à comunidade, desde que esse tripé seja devidamente valorizado em práticas que não foquem apenas na ressocialização do preso.

Além disso, a Justiça Restaurativa na execução penal deve encarar o desafio do superencarceramento e da seletividade penal, valorizando a participação efetiva das vítimas e das comunidades nas práticas restaurativas, especialmente, no último caso, nos delitos envolvendo drogas.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e abolicionismo penal.**

Editora Saraiva. Edição do Kindle. 2. ed. rev. Atual. 2016. 378 p.

BACELLAR, Roberto Portugal; GOMES, Jurema Carolina da Silveira;

MUNIZ, Laryssa Angélica Copack. Implementação da justiça

restaurativa no Poder Judiciário: uma experiência do Estado

do Paraná. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da (coord.) **Justiça**

Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília:

Conselho Nacional de Justiça, 2016. p. 319-338. Disponível em: [https://](https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/347/Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20-%20Horizontes%20a%20Partir%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CNJ%20225.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

[bibliotecadigital.cnj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/347/](https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/347/Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20-%20Horizontes%20a%20Partir%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CNJ%20225.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

[Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20-%20Horizontes%20a%20](https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/347/Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20-%20Horizontes%20a%20Partir%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CNJ%20225.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

[Partir%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CNJ%20225.](https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/347/Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20-%20Horizontes%20a%20Partir%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CNJ%20225.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

[pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/347/Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20-%20Horizontes%20a%20Partir%20da%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CNJ%20225.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 5 jun. 2022.

BEZERRA, Virgínia Rêgo. Aplicabilidade da justiça restaurativa à justiça

criminal no Brasil: perspectivas em torno de um diálogo harmonioso.

In: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPIÑERA,

Bruno (org.). **Justiça restaurativa.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

p. 151-171.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa**

do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988].

Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

[Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 31 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução

Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm.

Acesso em: 26 jun. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de Informações Penais: 15º Ciclo SISDEPEN – 2º Semestre de 20023**. Brasília, DF: SENAPPEN, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC/DF. Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário [...]. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intdo: União; Estados; Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 set. 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 31, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 5 jun. 2022.

CARVALHO, Salo; ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa em risco: a crítica criminológica ao modelo judicial brasileiro. **Sequência Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 1-39, ago. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/74694/47003>. Acesso em: 5 jun. 2022.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. **Princípios de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução Jones de Freitas. [Yogyakarta]: Comissão Internacional de Juristas, 2006. Disponível em: https://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números 2023**. Brasília, DF: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/02/justica-em-numeros-2023-16022024.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Meta 8: Implementar projeto com equipe capacitada para oferecer práticas de Justiça Restaurativa, implantando ou qualificando pelo menos uma unidade para esse fim, até 31/12/2016. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório**: Metas nacionais do Poder Judiciário: 2016. Brasília, DF: CNJ, abr. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/64acb190bee63682ea4b7f7805f5acce.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Mutirão carcerário**: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/mutirao_carcerario.pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Regras_de_Mandela_2020-08-21.pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília, DF: CNJ, 2016a. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/>

arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório analítico propositivo**: justiça pesquisa: direitos e garantias fundamentais: pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbee709398.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2016c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160827202007275f1efbfbfofaa.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 288, de 25 de junho de 2019**. Define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_288_25062019_02092019174344.pdf. Acesso em: 5 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 391, de 10 de maio de 2021**. Estabelece procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição de pena por meio de práticas sociais educativas em unidades de privação de liberdade. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original12500220210511609a7d7a4f8dc.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Seminário justiça restaurativa**: mapeamento dos programas de justiça restaurativa. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2022.

ESTATÍSTICA de execução penal: dados carregados em tempo real pelos tribunais que operam o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU). **Conselho Nacional de Justiça**. [Brasília, DF]: CNJ, 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f8f79a16-35a2-43fe-a751-34ba131ffc1f&sheet=74a59799-5069-461d-a546-91259016a931&lang=pt-BR&opt=cursel>. Acesso em: 26 jun. 2022.

FAZENDO Justiça. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, DF: CNJ, [20-]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/>. Acesso em: 5 jun. 2022.

INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE.
Sistematização e avaliação de experiências de justiça restaurativa:

relatório final. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <https://erc.undp.org/evaluation/documents/download/3752>. Acesso em: 5 jun. 2022.

JURINIC, Francieli Fernanda. **Alterações necessárias à execução penal com vistas à humanização do sistema penitenciário brasileiro**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2017.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MISSE, Michel. Sobre a construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação. In: MISSE, Michel (org.). **Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 13-32.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto; SOARES, Paulo Sérgio Gomes; BRITO, Fabrício Silva. Execução penal restaurativa: a apuração das faltas disciplinares nos estabelecimentos penais e a justiça restaurativa como alternativa de solução de conflitos. **Confluências Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, v. 23, n. 1, p. 217-241, abr./jul. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/47010/28758>. Acesso em: 5 jun. 2022.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Relatório**

anual: 2021: grupo de monitoramento e fiscalização dos sistemas carcerário e socioeducativo do TJPR (GMF/PR). Curitiba: 2022.

Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/61545999/Relatorio+do+GMF+2021-11.pdf/fd15279c-500f-9ecb-500a-f7b289146a26>. Acesso em: 3 jun. 2022.

PRUDENTE, Neemias Moretti; SABADELL, Ana Lucia. Mudança de paradigma: justiça restaurativa. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 8, n. 1, p. 49-62, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/719>. Acesso em: 5 jun. 2022.

ROSAS, Patrícia Melhem. **Justiça criminal restaurativa e empoderamento no Brasil:** experiências, possibilidades e limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. A justiça restaurativa como alternativa à expansão penal e ao encarceramento em massa. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 1, p. 227-242, maio 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5059>. Acesso em: 2 jun. 2022.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal:** o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPÍTULO 4

JUSTICIA RESTAURATIVA APLICADA A LA EJECUCIÓN PENAL: RELATO DE UNA EXPERIENCIA EN LA JUSTICIA FEDERAL

CRISTINA DE ALBUQUERQUE VIEIRA*

SUMARIO

1 Introducción. 2 Relato del Caso. 3 Concepto de Justicia Restaurativa. 4 Efectos Documentados del Caso. 5 Reflejo de Los Principios y Valores Restaurativos en el Caso Relatado. 6 Conclusión. Referencias.

* Jueza Federal del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, Brasil. Máster por ENFAM.

1 INTRODUCCIÓN

Ante el creciente aumento de la criminalidad, alimentado por una serie de cuestiones, incluyendo un modelo de justicia retributiva que prácticamente excluye a los actores directamente involucrados en el conflicto criminal del proceso de resolución y considera la pena como la única forma de restituir el derecho, la Justicia Restaurativa ha surgido como una valiosa alternativa para el sistema de justicia y la sociedad en general. En la actualidad, no solo representa una herramienta para la resolución consensuada de conflictos, sino también para la pacificación de las relaciones sociales, ya que ve el conflicto como una oportunidad para transformar la forma en que se construyen las relaciones, permitiendo la creación de una sociedad estructurada en una cultura de paz, basada en la restauración y el cuidado mutuo, en lugar de la simple retribución vertical y alejada de los deseos de la víctima y la sociedad.

Tal es así que el Consejo Nacional de Justicia, además de haber implementado en junio de 2016 la Política Nacional de Justicia Restaurativa en el ámbito del Poder Judicial (Resolución n.º 225 del 31/05/2016¹), estableció un plazo para que los Tribunales de Justicia y los Tribunales Regionales Federales de Brasil presentaran un plan de implementación, difusión y expansión de la Justicia Restaurativa (artículo 28-A, Resolución n. 300 del 29/11/2019²). Ese plazo expiró en 2020, y, a

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n.º 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 91, p. 28-33, 02 jun. 2016. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acceso en: 28 nov. 2021.

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n.º 300, de 29 de novembro de 2019. Acrescenta os artigos 28-A e 28-B à Resolução CNJ no 225, de 31 de maio de 2016, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 269, p. 4-5, 31 dez. 2019. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3144>. Acceso en: 5 enero 2022.

pesar de eso, quedan aún dos³ de los seis tribunales federales de Brasil que no han cumplido institucionalmente con la meta hasta el momento.

Surge la pregunta: ¿por qué la adhesión a la determinación del Consejo Nacional de Justicia no fue completa en la esfera federal?

Ciertamente, la respuesta no es sencilla, ya que hay una multiplicidad de factores, algunos de los cuales son desconocidos, que justifican esta inercia. Entre los factores previsibles se encuentra la ignorancia, tanto sobre en qué consiste la Justicia Restaurativa como en la forma en que sus metodologías pueden aplicarse en la esfera federal, así como su alcance.

Junto con la falta de conocimiento, existe también el prejuicio y el temor al cambio, ya que algunos consideran que el sistema actual de justicia representa lo mejor que se ha logrado en la actualidad y existen metas numéricas para evaluar su eficiencia. Por otro lado, en la esfera penal federal, para muchos, los enfoques alternativos como la Justicia Restaurativa van en contra de lo que la sociedad exige y necesita, argumentando que los medios de represión de los delitos deben ser más

³ Solo los Tribunales Regionales Federales de la 3ª y 6ª Región aún no han implementado oficialmente la Política de Justicia Restaurativa, mientras que los demás lo han hecho a través de los siguientes actos no legales: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Resolução Presi n. 18, de 24 de maio de 2021.** Dispõe sobre a implantação e disciplina da Política de Justiça Restaurativa na Justiça Federal da 1ª Região. Disponible en: <https://portal.trf1.jus.br/dspace/handle/123/262593>. Acceso en: 6 enero 2022. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Resolução n. TRF2-RSP-2021/00044, de 2 de junho de 2021.** Cria o Núcleo de Justiça Restaurativa da Segunda Região, disciplina a política judiciária de Justiça Restaurativa do Tribunal Regional Federal da Segunda Região - TRF2 e dá outras providências. Disponible en: <https://www10.trf2.jus.br/portal/wp-content/uploads/sites/28/2021/06/trf2rsp202100044a.pdf>. Acceso en: 18 jun. 2022. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução n.º 87, de 20/07/2021.** Dispõe sobre a implantação e a disciplina da Política de Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região. Disponible en: https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/jvb07_sei_trf4---5602361---resolucao.pdf. Acceso en: 4 ago. 2022. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ato Conjunto n. 1/2022.** Determina a instalação e o funcionamento de Centros de Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça Federal da 5ª Região, bem como Centros Especializados de Atenção às Vítimas. Disponible en: https://arquivos.trf5.jus.br/TRF5/Conciliacao_Diversos/2022/04/20/20220420_A6839C_Conciliacao_Ato_Conjunto_n_012022_Centros_de_Justica_Restaurativa.PDF. Acceso en: 12 ago. 2023.

severos y las penas más largas para satisfacer las demandas de justicia de aquellos que son víctimas diariamente del aumento de la criminalidad.

En este contexto, el presente trabajo tiene como objetivo informar sobre un proyecto piloto desarrollado en la Justicia Federal de Rio Grande do Sul, que se convirtió en el caso pionero, o como se le ha llamado, el “Caso Cero” de la aplicación práctica de la Justicia Restaurativa en el ámbito de la Justicia Federal de la 4ª Región. A partir de este caso se formó un Grupo de Trabajo sobre Justicia Restaurativa⁴ y posteriormente se promulgó y publicó la Resolución n.º 87 del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región⁵, que institucionalizó la política de Justicia Restaurativa en la Justicia Federal de la 4ª Región.

2 RELATO DEL CASO

Con la llegada de *internet*, la conexión virtual, los programas de intercambio, las redes sociales, etc., el delito de divulgación de fotos e imágenes pornográficas que involucran a niños y adolescentes, tipificado

⁴ Verifique la Ordenanza n.º 2.199 del 13 de diciembre de 2019 (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Portaria n.º 2.199, de 13/12/2019**. DOC. 4937516, SEI n.º 0003793-84. 2019.4.04.8001. Disponible en: https://sei.trf4.jus.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pesquisa_rapida&id_protocolo=10000003877410&infra_sistema=100000078&infra_unidade_atual=110000092&infra_hash=9fc327d7eb5c23bbdea99b28a14c04f935492af757e54dfb996203e24ff06234. Acceso en: 22 jul. 2023.).

⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução n.º 87, de 20/07/2021**. Dispõe sobre a implantação e a disciplina da Política de Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região. Disponible en: https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/jvb07_sei_trf4---5602361---resolucao.pdf. Acceso en: 4 ago. 2022.

en el artículo 241-A del ECA (Ley n.º 8.069/90⁶), se ha difundido en proporciones gigantescas en comparación con la realidad experimentada antes del mundo virtual. Esto ha adquirido una visibilidad social prácticamente desconocida⁷ hasta entonces y ha afectado profundamente el trabajo de los operadores del sistema de justicia penal⁸.

Cuando la comisión del delito se limita a una red social cerrada y a contactos privados, la competencia para el procesamiento y juicio del crimen recae en la Justicia Estatal. Sin embargo, cuando el delito se extiende más allá de esta barrera y afecta a contactos internacionales en

⁶ El artículo 241-A establece lo siguiente: “Ofrecer, intercambiar, “poner a disposición, transmitir, distribuir, publicar o divulgar por cualquier medio, incluido un sistema informático o telemático, fotografías, videos u otros registros que contengan escenas de sexo explícito o pornográficas que involucren a niños o adolescentes: Penalización: Reclusión de 3 (tres) a 6 (seis) años y multa. Este artículo está contenido en la Ley n.º 8.069 del 13/07/1990 de Brasil, que trata sobre el Estatuto del Niño y del Adolescente y establece medidas de protección para los menores (BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acceso en: 18 nov. 2021.).

⁷ El número total de denuncias de imágenes de abuso y explotación sexual infantil compartidas por SaferNet con las autoridades ha aumentado un 70% en los primeros cuatro meses de 2023 en comparación con el mismo período del año anterior. Este es el mayor crecimiento de denuncias de este tipo en este período del año desde 2020. Desde el 1º de enero hasta el 30 de abril de 2023, SaferNet recibió 23.777 denuncias únicas, en comparación con las 14.005 denuncias únicas recibidas en el mismo período del año anterior. Las denuncias únicas se refieren a contenidos que no habían sido denunciados previamente y que están siendo analizados por el Ministerio Público Federal (MPF) para determinar si hay indicios de un delito. Desde 2019, el número de enlaces únicos compartido por SaferNet con las autoridades ha aumentado en los primeros cuatro meses del año en comparación con el mismo período del año anterior, con la excepción de 2022. El: 18 DE MAYO es el Día Nacional de Enfrentamiento al Abuso y la Explotación Sexual de Niños y Adolescentes. Obtenga información sobre cómo denunciar. Disponible en: <https://new.safernet.org.br/content/denuncias-de-imagens-de-abuso-e-exploracao-sexual-infantil-online-compartilhadas-pela>. Acceso en: 12 ago. 2023.

⁸ “En Brasil, el problema de la pornografía infantil y juvenil es muy grave y debe ser abordado adecuadamente. Aunque es difícil definir el alcance exacto de este problema, es cierto que esta desgracia ha aumentado significativamente con el surgimiento de internet, y en el año 2009 se señalaba como uno de los delitos más comunes cometidos en la web.” (PINHEIRO, 2010 citado en CAIADO, Felipe B.; CAIADO, Marcelo. Combate à pornografia Infantojuvenil com aperfeiçoamentos na identificação de suspeitos e na detecção de arquivos de interesse. In: BRASIL. Ministério Público Federal. 2. Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. **Crimes cibernéticos: coletânea de artigos.** Brasília, DF: MPF, 2018. v. 3. p. 8-24.

una red abierta de acceso libre en todo el mundo, la competencia para el procesamiento y juicio recae en la Justicia Federal⁹, según lo establece el

⁹ RECURSO ORDINARIO EN HÁBEAS CORPUS. INTERCAMBIO DE IMÁGENES PORNOGRÁFICAS CON ADOLESCENTE A TRAVÉS DE WHATSAPP Y SKYPE. ART. 241-1 DE LA LEY 8.069/90. ÁMBITO PRIVADO DE LOS MENSAJES. COMPETENCIA ESTADUAL. ALEGACIÓN DE LITISPENDENCIA. NO COMPROBADO. DETENCIÓN PREVENTIVA. NECESIDAD DE GARANTIZAR LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. PREVENCIÓN DE REINCIDENCIA DELICTIVA. FUNDAMENTACIÓN ADECUADA. CIRCUNSTANCIAS PERSONALES FAVORABLES EVENTUALES. IRRELEVANCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIENCIA. NO SE EVIDENCIA COACCIÓN ILEGAL. RECURSO DESIERTO. **1.** La justicia Federal es competente, de acuerdo con lo establecido en el inciso V del artículo 109 de la Constitución de la República, cuando se trata de infracciones previstas en tratados o convenciones internacionales, como es el caso del racismo, previsto en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de la cual Brasil es signatario, así como en los delitos de guarda de moneda falsa, tráfico internacional de estupefacientes, tráfico de mujeres, envío ilegal y tráfico de menores, tortura, pornografía infantil y pedofilia, corrupción activa y tráfico de influencias en transacciones comerciales internacionales. **2.** Al abordar este tema, el Pleno del Tribunal Supremo Federal, en el caso del Recurso Extraordinario n.º 628.624/MG, en el marco de la repercusión general, estableció que la determinación de la competencia de la Justicia Federal para juzgar el delito del artículo 214-A del Estatuto de la Niñez y la Adolescencia (divulgación y publicación de contenido de pornografía infantil) requiere la posibilidad de identificar el atributo de internacionalidad del resultado obtenido o pretendido. **3.** A su vez, la constatación de la internacionalidad del delito requeriría solamente que la publicación de material pornográfico se haya realizado en “un entorno virtual de sitios de amplio y fácil acceso para cualquier individuo en cualquier parte del planeta que esté conectado internet” y que “el material pornográfico que involucra a niños o adolescentes haya estado accesible para alguien en el extranjero, incluso si no hay estado accesible para alguien en el extranjero, incluso si no hay evidencia de que este acceso realmente haya ocurrido” (RE 628.624, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator para el acuerdo: Min. EDSON FACHIN, Pleno, fallado el 29/10/2015, sentencia electrónica REPERCUSIÓN GENERAL – MÉRITO Dje 062 DIVULG 05-04-2016 PUBLIC 06-04-2016. **4.** En este caso, no se alega que el contenido pornográfico se haya divulgado en sitios web de amplio y fácil acceso en internet, ya que los mensajes se habrían intercambiado a través de las aplicaciones WhatsApp y Skype, aplicaciones en las cuales la comunicación se produce entre destinatarios elegidos por el remitente del mensaje. Se trata de un intercambio de información privada que no está disponible para cualquier persona. **5.** “Así, al no haberse cumplido el requisito establecido por la Corte Suprema de que la publicación de contenido de pornografía infantil se haya realizado en un entorno propicio para el libre acceso, no se sostiene la alegación de incompetencia de la Justicia estatal para el juicio del caso. (TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA – STJ). **RECURSO ORDINARIO EN HÁBEAS CORPUS 2017/0139017-4.** Quinta Sala. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Fecha de Juicio: 26/09/2017. Fecha de publicación: 02/10/2017. Disponible en: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2785605%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2785605%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2785605%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2785605%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 10 ago. 2023.).

artículo 109, inciso V de la Constitución Federal¹⁰.

En este contexto, considerando que gran parte de la divulgación de material pornográfico se realiza a través de programas de intercambio P2P¹¹, que generalmente implican la disponibilidad de archivos en redes abiertas, la competencia material para juzgar este delito suele recaer en la esfera federal. Esto ha convertido a esta área en un campo fértil para el estudio de las implicaciones de la respuesta estatal a este tipo de delito.

Por esta razón, a mediados de 2017, algunos funcionarios públicos de la Justicia Federal de Rio Grande do Sul (que ya tenían conocimiento de la existencia de la Justicia Restaurativa y habían completado cursos de formación para actuar como facilitadores en prácticas restaurativas) propusieron un proyecto sin precedentes al Juzgado de la Vara de

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acceso en: 8 dic. 2021.

¹¹ El principal concepto de las redes punto a punto (P2P) es la independencia de servidores centrales para el intercambio de información, es decir, cada cliente de la red también actúa como un servidor, en contraposición a la arquitectura tradicional cliente/servidor, donde hay una dependencia de un punto central de control. A pesar del nombre, muchas de las redes punto a punto en uso no siguen completamente el paradigma mencionado anteriormente, dependiendo en cierta medida de uno o varios servidores dedicados para su funcionamiento. Un ejemplo sería la red eDonkey utilizada por la aplicación eMule, en la que existe una lista dinámica de servidores, cuyas direcciones se incluyen con la instalación de la aplicación, a los cuales se conectan los clientes para acceder a servicios específicos, como la búsqueda de archivos. Estos servidores utilizan software específico para este propósito, diferente al utilizado en los clientes. Por otro lado, la red Kad, también utilizada por la misma aplicación eMule, sigue perfectamente el paradigma P2P, ya que cada cliente también actúa como un servidor, y hay una completa descentralización. La red Kas es una implementación de Kademlia, un protocolo de tabla hash distribuida para redes punto a punto (DALPIAN, Guilherme M.; BENITES, Carlos A. Ferramenta para monitoramento de redes P2P: EspiaMule. **Proceedings of the Second International Conference of Forensic Computer Science**, Guarujá, v. 2, n.1, p. 70-72, 2007.).

Ejecución Penal Federal de la capital de Río Grande del Sur¹². Este proyecto permitiría que hombres condenados por la Justicia Federal de Río Grande do Sul por haber difundido en *Internet* imágenes y videos de pornografía infantil tengan la oportunidad de participar voluntariamente en Círculos de Construcción de Paz. Las horas invertidas en estos círculos podrían ser descontadas del tiempo de condena pendiente por cumplir.

La idea surgió de la experiencia práctica restaurativa adquirida por el Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul en casos de diversos tipos de delitos¹³. Esta experiencia indicaba que la Justicia Restaurativa no solo era un enfoque más humanizado en su proceso, sino también más eficaz en su objetivo de resocialización del delincuente. Además, daba visibilidad al daño causado y voz a la víctima, una figura que a menudo se relega a un segundo plano en el sistema de justicia tradicional o retributivo, y que necesita una atención diferenciada por parte del Poder Judicial.

¹² La Justicia Federal de Río Grande del Sur forma parte de la Justicia Federal de la 4ª Región, que también abarca las jurisdicciones federales de Santa Catarina y Paraná. En el año 2017 ninguna experiencia práctica de Justicia Restaurativa se había experimentado en ninguna de estas tres jurisdicciones federales, y la Política de Justicia Restaurativa en el ámbito de la Justicia Federal de la 4ª Región se implementó oficialmente solo en el año 2021, a través de la publicación de la ya mencionada BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução n. 87, de 20/07/2021**. Dispõe sobre a implantação e a disciplina da Política de Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região. Disponible en: https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/jvbo7_sei_trf4---5602361---resolucao.pdf. Acceso en: 4 ago. 2022..

¹³ “El proceso de institucionalización de la Justicia Restaurativa en el Poder Judicial del Estado de Río Grande del Sur comenzó con la adopción de prácticas restaurativas en el Centro de Prácticas Restaurativas (CPR) del Juzgado de Infancia y Juventud de Porto Alegre, establecido mediante la Resolución del Consejo de la Magistratura (Comag/TJRS) n.º 822, del 05/02/2010, cuando el tema de la justicia restaurativa todavía estaba en discusión embrionaria, tanto en el Estado do Río Grande del Sur como en todo el Brasil.” (FLORES. Ana Paula Pereira. O Programa Justiça Restaurativa para o Século 21 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: relatos da experiência do processo de institucionalização da justiça restaurativa no Poder Judiciário do RS. **Revista Ciências da Sociedade**, v. 3, n. 6, p. 34-55, jul./dez. 2019. Disponible en: <http://www.ufopa.edu.br/portaldeperiodicos/index.php/revistacienciasdassociedade/article/view/1300/704>. Acceso en: 9 ago. 2023.).

Así, con la aprobación de ambos jueces federales que actuaban en la Vara de Ejecución Penal Federal de Porto Alegre/RS¹⁴ en ese momento, se implementó el proyecto. Básicamente, consistió en la aplicación de la metodología restaurativa de los Círculos de Construcción de Paz¹⁵ para hombres condenados, cuyas sentencias ya eran definitivas y no provisionales, por lo menos¹⁶, por el delito de difusión de archivos con contenido pornográfico infantil (artículo 241-A, ECA)¹⁷.

Estos condenados estaban cumpliendo penas de acuerdo con el modelo retributivo y en un contexto definitivo, no provisional. El enfoque restaurativo se ofrecería a ellos de manera paralela a la fase de ejecución penal. En esta etapa del proceso y de acuerdo con los criterios del programa, lo máximo que se podía ofrecer a cambio de la participación de los delincuentes en el programa y la conclusión del proceso restaurativo

¹⁴ Juez Federal Roberto Schaan Ferreira y Juez Federal Substituto Ricardo Borne.

¹⁵ Los Círculos son procesos de contar historias. Movilizan la historia y la experiencia de todos los participantes con el objetivo de comprender la situación y buscar una buena solución para el futuro, no a través de reprensiones, consejos y órdenes, sino compartiendo historias de lucha, dolor, alegría, desesperación y victoria. Las narrativas personales son la fuente de revelación y sabiduría en los Círculos [...] A medida que los participantes revelan aspectos desconocidos o ignorados sobre sí mismos a través de una orientación positiva, lo que otros habían asumido como negativo comienza a desmoronarse y perder fuerza. Cuando los participantes cuentan sus historias, descubren que comparten aspectos inesperados (PRANIS, Kay. **Processos circulares de construção de paz: teoria e prática**. São Paulo: Palas Athena. 2010.).

¹⁶ En algunas situaciones, el delito del artículo 241-A del ECA (Estatuto de la Niñez y la Adolescencia) fue juzgado junto con otro(s) delito(s) debido a la conexión de pruebas, siendo en la mayoría de los casos el delito de almacenamiento de imágenes/películas con contenido de naturaleza idéntica, establecido en el artículo 214-A del ECA (BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acceso en: 18 nov. 2021.).

¹⁷ Vea información en: PROPUESTA PROYECTO PILOTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA JRFS. Documento n.º 3476328. **SEI n.º 0003793.209.4.04.8001**. Disponible en: https://sei.trf4.jus.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pesquisa_rapida&id_protocolo=10000003719864&infra_sistema=100000078&infra_unidade_atual=110001383&infra_hash=6f04d047d32df8b134b7c50e82a311c9410aeca017f066424618d4f3a0809661. Acceso en: 11 ago. 2023.

era la reducción del tiempo de pena a cumplir en función del número de horas asistidas a las sesiones restaurativas. Nada más.

En total, se llevaron a cabo **18 encuentros**, cada uno con una duración de dos horas, que se llevaron a cabo en la sede de la Justicia Federal de Porto Alegre/RS, mediados por facilitadores restaurativos tanto del personal interno como externo, además de dos psicólogas contratadas exclusivamente para el proyecto, debido a su amplia experiencia en delitos sexuales contra niños y adolescentes.

La idea de reunir a los condenados por el mismo tipo de delito era permitirles hablar no solo sobre los delitos que habían cometido, sino también sobre los problemas subyacentes y ver la situación desde la perspectiva del otro. El objetivo principal era hacer que comprendieran la magnitud del daño causado por sus actos no solo a las víctimas, sino también a sus relaciones afectivas cercanas, lo que podría impulsar su voluntad de asumir la responsabilidad y reparar los daños sufridos por todas las personas afectadas por las consecuencias de sus acciones.

Antes de los encuentros, los facilitadores realizaron entrevistas individuales con cada delincuente (llamado “causante del daño a la víctima”¹⁸ en la literatura y la normativa nacional e internacional vigente sobre Justicia Restaurativa) para proporcionar información sobre el formato, el procedimiento y el propósito del proyecto. Esto buscaba obtener el consentimiento informado de cada uno de ellos para participar en el proyecto.

Después de superar esta etapa individual, se invitó a los delincuentes a participar en los encuentros, donde todos (en este caso, un total de 4 delincuentes) se sentaron juntos en un gran círculo, mediados

¹⁸ Véase artículo 1º, inciso I, de la Resolución n.º 225/16, del CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil)). Resolução n.º 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 91, p. 28-33, 2 jun. 2016. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acceso en: 28 nov. 2021.

por facilitadores, para experimentar la práctica restaurativa de acuerdo con la metodología de los Círculos de Construcción de Paz.

Los encuentros con el grupo grande siempre contaron con la presencia de al menos dos facilitadores, una psicóloga y todos los delinquentes involucrados en el proyecto.

Para proteger a las víctimas menores de edad del riesgo de revictimización y después de haberse puesto en contacto con el CRAI¹⁹ de la capital gaúcha, los implementadores del proyecto decidieron transmitir a los delinquentes la dimensión simbólica de las víctimas a través de relatos de vida de niños y adolescentes que habían sido víctimas de violencia sexual y que habían recibido tratamiento en el CRAI.

Dado que las historias de vida contadas eran reales y habían conmovido profundamente a la persona que las relató, se logró que los delinquentes comprendieran los daños.

3 CONCEPTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA

La Justicia Restaurativa carece de un concepto uniforme y funcional. A veces se define a partir de su procedimiento y otras veces a partir de sus objetivos. La diversidad de marcos de referencia que se le aplican demuestra su carácter flexible, mutable y muy amplio en su aplicación.

¹⁹ El CRAI es un Centro de Referencia en Atención infantojuvenil, resultado de la colaboración entre la Municipalidad de Porto Alegre y la Secretaría de Seguridad Pública, a través del Instituto General de Pericias y la Policía Civil. Su objetivo es garantizar la asistencia en casos de sospecha o confirmación de abuso sexual en el grupo de edad de cero a dieciocho años. También se brinda atención a menores que han presenciado casos de feminicidio. INSTITUTO-GERAL DE PERÍCIAS (Rio Grande do Sul). **CRAI**: Centro de Referencia en Atendimento Infanto-juvenil. Disponible en: <https://igp.rs.gov.br/crai-centro-de-referencia-em-atendimento-in#:~:text=O%20Centro%20de%20Refer%C3%Aancia%20em,da%20art%C3%A7%C3%A3o%20entre%20as%20institui%C3%A7%C3%B5es>. Acceso en: 15 ago. 2023.

La autora *gaúcha* Raffaella Pallamolla, en su tesis de maestría, afirma que las mismas dificultades y complejidades observadas en la definición de la Justicia Restaurativa también se aplican a los propósitos de este modelo, que se centran en la conciliación y la reconciliación entre las partes, la resolución del conflicto, la reconstrucción de los lazos rotos por el delito, la prevención de la reincidencia y la responsabilización, entre otros. Esto genera dudas sobre la necesidad de alcanzar o buscar todos estos objetivos de manera simultánea en un solo procedimiento restaurativo²⁰.

La falta de definición y la variedad de objetivos plantean dos críticas relevantes: primero, existe el riesgo de que las prácticas que no respetan los principios de la justicia restaurativa sean utilizadas para evaluar negativamente el modelo; segundo, dificultan la evaluación de los programas, ya que no se sabe exactamente qué se pretende lograr con ellos²¹.

Debido a la falta de una definición operativa uniforme del concepto de Justicia Restaurativa, muchos autores intentan definirla a *contrario sensu* del sistema convencional de justicia, colocando ambos modelos en contraposición y destacando las diferencias entre ellos. Ejemplos de esto son las opiniones de Petronella Maria Boonen²² y Howard Zehr²³.

La primera afirma que el punto de partida de la Justicia Restaurativa es el momento en que los protagonistas toman o retoman el caso, su conflicto o su proceso en sus propias manos. Es diferente de la justicia convencional, en la que se entrega el asunto a un tercero, una

²⁰ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática: relações com o sistema de justiça criminal e Implementação no Brasil**. 2008. Dissertação (Mestre em Direito) – Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

²¹ *Ibid.*

²² BOONEN, Petronella Maria. Diálogos entre subjetividades na construção da justiça restaurativa. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 6, p. 101-116, 2014.

²³ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa: Teoria e Prática**. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2020.

institución estatal, que lleva a cabo la investigación, presenta la denuncia, conduce el proceso y emite un juicio. En el sistema convencional, un abogado es nombrado para articular argumentos en favor de la persona involucrada, exclusivamente en función de sus intereses. La Justicia Restaurativa también se diferencia de la justicia convencional en que no pretende ser universal. La justicia convencional busca tratar los casos de manera abstracta, sin tener en cuenta las particularidades de las personas involucradas. Por otro lado, la Justicia Restaurativa se enfoca en resolver situaciones específicas y solo puede ser llevada a cabo por las personas involucradas en esa situación, lo que la diferencia de la justicia convencional²⁴.

El segundo, a su vez, destaca que la Justicia Restaurativa nació del esfuerzo por corregir algunas de las debilidades del sistema legal occidental y, al mismo tiempo, construir sobre sus cualidades. La mayor preocupación ha sido la negligencia hacia las víctimas y sus necesidades. El sistema judicial se ha centrado principalmente en qué hacer con los infractores y en responsabilizar realmente a quienes causan daño. Reconociendo que la sanción a menudo es ineficaz, la Justicia Restaurativa busca ayudar a los infractores a reconocer el daño que han causado y fomentar que reparen ese daño en la medida de lo posible. En lugar de obsesionarse con el castigo que merecen los infractores, la Justicia Restaurativa se centra en la reparación del daño causado por el delito y en la participación de las personas y la comunidad en ese proceso²⁵.

Estas formas de delimitar la Justicia Restaurativa, además de ser pedagógicas, brindan herramientas para que los críticos del sistema tradicional defiendan un modelo restaurativo cerrado en contraposición a otro modelo abierto. No hay una respuesta definitiva, ya que existe una gran diversidad de enfoques en este sentido.

²⁴ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa: Teoria e Prática**. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2020.

²⁵ *Ibid.*

La primera posición, conocida como minimalista, opta por mantener la Justicia Restaurativa alejada del sistema penal, creyendo que esto permite cambiar gradualmente el sistema sin adoptar la lógica punitiva del sistema penal, priorizando los procesos sobre los resultados. La segunda posición, llamada maximalista, aboga por la incorporación de la Justicia Restaurativa en el sistema de justicia penal, con el objetivo de transformar el sistema punitivo, centrándose en los resultados restaurativos y aceptando que la reparación a la víctima se imponga al infractor²⁶.

En el contexto del Caso Cero analizado aquí, la aplicación de prácticas restaurativas solo en la fase de ejecución penal puede verse como un modelo restaurativo real (**posición maximalista**) o como una mera ejecución de la pena de manera humanizada (**posición minimalista**). Independientemente de la corriente adoptada, el objetivo en este estudio no es clasificar ni cuestionar, sino simplemente describir el caso práctico en cuestión y verificar si se respetaron los principios y valores restaurativos.

4 EFECTOS DOCUMENTADOS DEL CASO

A pesar de la falta de práctica y el limitado conocimiento teórico sobre este nuevo enfoque de tratamiento adecuado de conflictos, los responsables de la ejecución del primer proyecto de Justicia Restaurativa en la Justicia Federal de la 4ª Región se sorprendieron positivamente con los resultados alcanzados, lo que indica el verdadero potencial transformador de las prácticas restaurativas.

Esto se debe a que, a lo largo de las sesiones restaurativas, incluso en casos de delitos ética y socialmente altamente condenables, se notó que los ofensores no solo carecían de **conciencia sobre el daño** causado

²⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justicia restaurativa**: da teoría a prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

a los niños y adolescentes abusados, sino también de la **ilicitud de sus acciones**. Pensaban que, al no figurar en los archivos obscenos como los abusadores de los menores, no estaban causando daño ni haciendo nada mal, ya que simplemente estaban compartiendo imágenes y videos disponibles para su consumo virtual en Internet.

Sin embargo, incluso si no eran los productores del material obsceno, sus acciones están prohibidas por la legislación nacional²⁷ y causan tanto daño como los perpetrados por los abusadores en sí. Alimentan una industria perversa de producción de imágenes de pornografía infantil²⁸ de alcance internacional, en proporciones enormes y con un perfil altamente lucrativo. Esto estimula la comisión de nuevos abusos contra niños y adolescentes en todo el mundo, con el fin de crear contenido dañino inédito para su distribución y consumo.

Por lo tanto, brindar a los ofensores la oportunidad, a través de prácticas restaurativas, de tomar conciencia de la ilegalidad de su comportamiento delictivo y del daño causado a las víctimas, ya es un avance significativo. En el sistema punitivo tradicional, no se les permite reflexionar críticamente sobre sus acciones ni sobre las consecuencias negativas de las mismas para terceros y la sociedad en general. De hecho,

²⁷ Véase artículo 241-A, del ECA, citado anteriormente.

²⁸ Sin embargo, es importante destacar que el término pedofilia representa una enfermedad (OMS, 1993), un trastorno mental o una desviación sexual caracterizada por la atracción hacia niños o adolescentes, por lo que no debe confundirse con la pornografía infantil. Por lo tanto, como señala SILVA (2017), “no existe el delito de pedofilia, como suele entenderse popularmente”, y también destaca que “el delito de pornografía infantil no siempre es cometido por pedófilos”, ya que algunas organizaciones criminales buscan obtener beneficios económicos con esta actividad. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). **Clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud**: CIE-11: Classificação Internacional de Enfermedades, 11. revisão: estandarização mundial de la informação de diagnóstico em el âmbito de la salud. Disponible en: <https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases>. Acceso en: 12 ago. 2023.; SILVA, 2017 citado en CAIADO, Felipe B.; CAIADO, Marcelo. Combate à pornografia Infantojuvenil com aperfeiçoamentos na identificação de suspeitos e na detecção de arquivos de interesse. In: BRASIL. Ministério Público Federal. 2. Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. **Crimes cibernáticos**: coletânea de artigos. Brasília, DF: MPF, 2018. v. 3. p. 8-24.

en contra de lo que comúnmente se piensa, muchos de los acusados judicialmente por delitos de esta naturaleza sienten un sentimiento de injusticia hacia el sistema y la norma individual y concreta impuesta por el poder judicial, precisamente debido a su ignorancia (parcial o completa) de la ilegalidad y la gravedad de sus acciones.

Por lo tanto, facilitar esta doble toma de conciencia (sobre la ilegalidad y el daño) representa un avance significativo en el proceso de hacer justicia, ya que saca al infractor del papel de víctima del sistema y le permite cumplir la pena para la cual fue condenado, liberándolo del sentimiento de incompreensión y deseos de revuelta. Sin salir de este papel, el infractor no puede reconocer su error ni recuperar la autonomía para decidir si reunirá fuerzas para repararlo. Por lo general, termina repitiendo los mismos errores del pasado y reincidiendo en su comportamiento delictivo.

Los efectos positivos logrados en el caso relatado no se detuvieron aquí. Además de esta doble toma de conciencia, las prácticas restaurativas despertaron en los infractores un genuino deseo de asumir la responsabilidad por la reparación de los daños causados por sus acciones dañinas, buscando alternativas para repararlos e incluso pensando en formas creativas de prevenirlos a nivel colectivo, como se detallará en el siguiente apartado.

5 REFLEJO DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES RESTAURATIVOS EN EL CASO RELATADO

El relato presentado demuestra claramente cómo los principios y valores de la Justicia Restaurativa se reflejaron en el caso en cuestión. Destacaremos cómo se observaron estos principios y valores:

Independientemente de la metodología aplicada, la definición adoptada o la corriente seguida, se entenderá como práctica restaurativa

solo aquella que cumpla con ciertos principios y valores uniformes y obligatorios.

En este sentido, Howard Zehr afirma que la principal salvaguardia contra desviaciones y deformaciones de la Justicia Restaurativa es prestar la debida atención a los principios y valores fundamentales. Solo una comprensión clara de su importancia puede proporcionarnos la brújula para mantenernos en el camino correcto²⁹.

Partiendo de la normativa nacional vigente en relación con los programas de Justicia Restaurativa, es posible identificar en el artículo 2 y sus párrafos de la Resolución n. 225/16 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) los principios y valores que respaldan y estructuran un enfoque como práctica restaurativa, como se observa en la siguiente cita:

Artículo 2. Los principios que orientan la Justicia Restaurativa son: la corresponsabilidad, la reparación de daños, la atención a las necesidades de todos los involucrados, la informalidad, la voluntariedad, la imparcialidad, la participación, el empoderamiento, la consensualidad, la confidencialidad, la celeridad y la urbanidad. § 1. Para que el conflicto se aborde en el ámbito de la Justicia Restaurativa, es necesario que las partes reconozcan, incluso en un entorno confidencial incommunicable con la instrucción penal, los hechos esenciales como verdaderos, sin que esto implique una admisión de culpa en caso de un eventual retorno del conflicto al proceso judicial. § 2. Es una condición fundamental para que se lleve a cabo la práctica restaurativa el consentimiento previo, libre y espontáneo de todos sus participantes, garantizando la posibilidad de retractación

²⁹ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa: Teoria e Prática**. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2020. p. 15. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n.º 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 91, p. 28-33, 02 jun. 2016. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acceso en: 28 nov. 2021.

en cualquier momento, hasta la homologación del procedimiento restaurativo. § 3. Los participantes deben ser informados sobre el procedimiento y las posibles consecuencias de su participación, así como de su derecho a solicitar asesoría legal en cualquier etapa del procedimiento. § 4. Todos los participantes deben ser tratados de manera justa y digna, garantizando el respeto mutuo entre las partes, las cuales serán ayudadas a construir, a través de la reflexión y la asunción de responsabilidades, una solución adecuada y eficaz, siempre orientada hacia el futuro. § 5. El acuerdo resultante del procedimiento restaurativo debe ser formulado a partir de la libre actuación y expresión de la voluntad de todos los participantes, y sus términos, aceptados voluntariamente, deben contener obligaciones razonables y proporcionadas, que respeten la dignidad de todas las personas involucradas³⁰ (énfasis añadido).

Basándonos en el relato del caso concreto mencionado en los párrafos anteriores, se puede concluir que tanto la forma de ejecución como los objetivos logrados en esa iniciativa estuvieron orientados por los principios y valores restaurativos mencionados anteriormente.

De acuerdo con el contenido del Informe de Evaluación de las Acciones del Proyecto Piloto de Prácticas Restaurativas en la JFRS, elaborado por la servidora y Trabajadora Social Luisanna Semeraro y la Psicóloga Cristina Scalabrin, el plan se llevó a cabo de la siguiente manera:

Siguiendo lo preconizado por la Resolución, se utilizó una metodología autocompositiva, y en este caso se llevaron a cabo Círculos de Construcción de Paz, en los que se crearon espacios de diálogo para

³⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 91, p. 28-33, 2 jun. 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 28 nov. 2021.

la resolución de conflictos de manera no violenta. El objetivo fue crear condiciones para superar los conflictos relacionados con el delito y despertar la conciencia para establecer relaciones más significativas, fomentando la empatía y la comprensión de los procesos implicados en los delitos cometidos. También se buscó rescatar los valores y desarrollar habilidades para construir relaciones saludables no solo en el círculo, sino también en otras dimensiones de la vida.

El trabajo con los infractores comenzó con una Evaluación Psicosocial y la presentación del proyecto en una entrevista realizada por la trabajadora social de la JFRS y la psicóloga designada, configurando la actividad de precírculo de acuerdo con la metodología autocompositiva de los círculos de construcción de paz adoptada para la realización de este proyecto. Se produjo un informe que se incluyó en el proceso de ejecución penal, informando sobre la adhesión al proyecto.

Los círculos de construcción de paz comenzaron el 24/04/17 y concluyeron el 18/12/17. Se llevaron a cabo reuniones quincenales de dos horas durante un período de nueve meses, lo que totalizó 36 horas. El trabajo fue facilitado por dos psicólogas con formación en la metodología y el tema en cuestión, con el perfil adecuado para trabajar en la propuesta diseñada.

Después de la undécima reunión, se realizó una evaluación preliminar a través de un instrumento específico construido por el equipo técnico del proyecto, compuesto por una Trabajadora Social y una Psicóloga, basándose en los principios que orientan la Justicia Restaurativa, como se preconiza en la Resolución 225/2016 del CNJ, en una entrevista realizada por la psicóloga contratada³¹.

³¹ INFORMADEEVALUACIÓNDELASACCIONESDELPROYECTOPILOTODEPRÁCTICASRESTAURATIVAS DE LA JFRS. Documento n.º 4689328. SEI n.º 003793-84.209.4.8001. Disponible en: https://sei.trf4.jus.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pesquisa_rapida&id_protocolo=10000003719864&infra_sistema=100000078&infra_unidade_atual=110001383&infra_hash=6f04d047d32df8b134b7c50e82a311c9410aeca017f066424618d4f3a0809661. Acceso en: 11 ago. 2013.

Como se puede observar en el texto anterior, el procedimiento se basó en las directrices de la metodología restaurativa de los Círculos de Construcción de Paz. Inicialmente, se llevaron a cabo los precírculos individuales con el objetivo de obtener el consentimiento libre e informado para la adhesión (principio de la voluntariedad). Luego, se brindó la oportunidad de reunir a los involucrados en círculos donde se desarrollaron diálogos mediados por facilitadores, caracterizados por la confidencialidad, informalidad, horizontalidad y respeto mutuo. En estos círculos se rescataron valores restaurativos con el fin de ayudar a los participantes a desarrollar habilidades para superar los conflictos presentes y futuros.

Además, se menciona en el informe que, a lo largo del proceso de los *Círculos de Construcción de Paz*, se comprendió la posibilidad de reparar los daños causados, y se ofrecieron sugerencias para la **prevención y reparación** de estos daños. Estas sugerencias incluyeron la creación de dispositivos tecnológicos para bloquear sitios web, campañas de educación en *línea dirigidas a consumidores de material pornográfico infantil*, campañas informativas sobre los delitos del ECA (Estatuto del Niño y del Adolescente) y sus implicaciones, donaciones financieras a instituciones de protección de la infancia y la adolescencia, campañas de educación y prevención para niños y adolescentes, y grupos de apoyo.

Hubo un cambio significativo en la **percepción de la justicia** por parte de la mayoría de los participantes del grupo, ya que **se sintieron respaldados por una justicia más humanizada que mostró interés en verlos como seres humanos**.³² (énfasis nuestro).

³² INFORMA DE AVALIAÇÃO DE LAS ACCIONES DEL PROYECTO PILOTO DE PRÁCTICAS RESTAURATIVAS DE LA JFRS. Documento n.º 4689328. SEI n.º 003793-84.209.4.8001. Disponible en: https://sei.trf4.jus.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pesquisa_rapida&id_protocolo=10000003719864&infra_sistema=100000078&infra_unidade_atual=110001383&infra_hash=6f04d047d32df8b134b7c50e82a311c9410aeca017f066424618d4f3a0809661. Acceso en: 11 ago. 2013.

Es evidente que a lo largo del procedimiento se observaron también los principios de la consensualidad, la participación y el empoderamiento, ya que los infractores colaboraron de manera consciente y voluntaria en la elaboración del acuerdo restaurativo.

Además, en lo que respecta al contenido de los compromisos incluidos en dicho acuerdo, es importante destacar que el proyecto piloto logró objetivos que superaron lo que normalmente se busca en prácticas esencialmente restaurativas (responsabilidad activa y reparación del daño³³). Esto se debe a que no solo se logró que los infractores asumieran la responsabilidad por los daños causados, con la indicación de acciones para su reparación, sino que también se elaboraron iniciativas destinadas a la **prevención colectiva** del delito en cuestión, como la creación de “dispositivos tecnológicos de bloqueo de sitios web” por parte de los infractores³⁴.

Esta circunstancia por sí sola demuestra cuán restauradora fue la experiencia vivida por los participantes del proyecto, ya que se observaron los principios y valores restaurativos en su esencia. Esto permitió que los infractores no solo tomaran conciencia de los daños causados a las víctimas, sino que también buscaran alternativas y medios para evitar que otras personas cometieran este delito altamente deplorable, lo que indica una auténtica restauración del tejido social afectado por el conflicto y una transformación real de sus implicaciones para el futuro.

Además, el proyecto piloto permitió la creación de un espacio seguro para la expresión, donde los participantes tuvieron la oportunidad de plantear cuestiones subyacentes al conflicto penal y, a través de las historias de vida de los otros infractores, pudieron identificarse y encontrar

³³ Vide Art. 1º, inciso III de la Resolución n.º 225/16 (SELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n.º 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 91, p. 28-33, 02 jun. 2016. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acceso en: 28 nov. 2021.).

³⁴ INFORMA DE EVALUACIÓN... *op. cit.*

explicaciones similares para cometer los mismos errores. Compartieron miedos, tristezas, desgracias y secretos que nunca habían revelado a nadie, ni siquiera a personas cercanas, debido al temor al prejuicio y al juicio.

Según lo informado por los infractores, fue a través de la adhesión al programa de Justicia Restaurativa que pudieron ser escuchados de manera activa, comprendidos y atendidos en sus necesidades por parte del sistema de justicia. Esta experiencia generó un sentimiento de justicia que hasta entonces no habían experimentado en sus procesos judiciales, a pesar de estar en la fase de ejecución penal. Solo después de experimentar en la práctica el enfoque diferenciado de la Justicia Restaurativa, los infractores pudieron reconocer la validez del proceso y del acto de hacer justicia, especialmente debido al trato humanizado que recibieron y al interés de la justicia en “verlos como **seres humanos**”³⁵.

6 CONCLUSIÓN

Con la masificación del acceso a Internet y la diversificación de las formas de compartir archivos, los contenidos que antes se compartían con grupos pequeños, cerrados y específicos de personas pasaron a estar disponibles para cualquier persona conectada a la red mundial de computadoras³⁶. Esto ha aumentado de manera exponencial, en las últimas décadas, la necesidad de que el sistema de justicia responda a los

³⁵ INFORMA DE AVALIAÇÃO DE LAS ACCIONES DEL PROYECTO PILOTO DE PRÁCTICAS RESTAURATIVAS DE LA JFRS. Documento n.º 4689328. SEI n.º 003793-84.209.4.8001. Disponible en: https://sei.trf4.jus.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pesquisa_rapida&id_protocolo=10000003719864&infra_sistema=100000078&infra_unidade_atual=110001383&infra_hash=6f04d047d32df8b134b7c50e82a311c9410aeca017f066424618d4f3a0809661. Acceso en: 11 ago. 2013.

³⁶ SCALABRIN, Cristina. Justiça restaurativa: uma nova perspectiva para o enfrentamento dos crimes cibernéticos relacionados à pornografia infantil. In: BRASIL. Ministério Público Federal. 2. Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. **Crimes cibernéticos**: coletânea de artigos. Brasília, DF: MPF, 2018. v. 3. p. 264-275.

delitos cibernéticos, en especial aquellos tipificados en el Estatuto de la Niñez y la Adolescencia.

Esta circunstancia, junto con la implementación y difusión de la política nacional de Justicia Restaurativa por parte del Poder Judicial (Resolución n.º 225/16 del CN)), impulsó a la Justicia Federal de Rio Grande do Sul a crear en 2017 un proyecto piloto orientado a la aplicación sin precedentes del enfoque restaurativo en casos penales que involucraban a condenados por la divulgación de imágenes/videos que contenían pornografía infantil, un delito tipificado en el artículo 241-A del Estatuto de la Niñez y la Adolescencia.

Además de los desafíos inherentes a la complejidad de este tipo de delito, el llamado “Caso Cero” de Justicia Restaurativa en la Justicia Federal de la 4ª Región tuvo que conciliar el enfoque restaurativo con el sistema de justicia retributiva, ya que los casos seleccionados para formar parte del programa piloto estaban en la fase de ejecución penal. En esta etapa procesal no existía la posibilidad de que un acuerdo restaurativo afectara o reemplazara la pena legalmente establecida para el delito examinado, ya que estas penas estaban individualizadas en sentencias condenatorias firmes y no podían modificarse de ninguna manera.

Entonces, la única compensación que quedó para los condenados/participantes del proyecto fue la posibilidad de que se les otorgara una reducción de la pena por las horas dedicadas a las sesiones restaurativas.

A pesar del enorme esfuerzo realizado por los implementadores del proyecto piloto, debido a la falta de experiencia y al escaso conocimiento teórico sobre Justicia Restaurativa en ese momento, parte de la corriente doctrinaria sobre el tema no considera que la aplicación de su metodología en la fase de ejecución procesal sea una verdadera práctica restaurativa (corriente minimalista), sino más bien una aplicación humanizada de la pena. Esto se debe a que entienden que la lógica de la Justicia Restaurativa no puede adherir ni convivir con el sistema punitivo de la política criminal tradicional.

No obstante, la clasificación teórica señalada por esta corriente doctrinaria, es cierto que el llamado “Caso Cero” de la Justicia Restaurativa en la Justicia Federal de la 4ª Región cumplió con los principios y valores restaurativos esenciales establecidos en la normativa nacional vigente sobre la Política de Justicia Restaurativa. Además, logró los objetivos restaurativos de responsabilidad activa y reparación del daño, y demostró ser un excelente enfoque de respuesta penal de un sistema de justicia genuinamente preocupado por la prevención no solo a nivel individual, sino también a nivel colectivo, del delito en cuestión.

Por otro lado, a través del proyecto mencionado en este ensayo, se pudo observar el potencial transformador del enfoque restaurativo en el camino hacia la pacificación de las relaciones sociales. Los facilitadores se esforzaron por desarrollar habilidades en los participantes que les permitieran resolver conflictos futuros de manera humanizada.

En el caso concreto, este potencial transformador se reflejó en la retroalimentación proporcionada por los infractores/participantes, quienes informaron que cambiaron su percepción del sistema de justicia después de experimentar la Justicia Restaurativa. Esto se debió al trato humanizado que recibieron durante todo el proceso restaurativo, lo que generó un sentimiento genuino de justicia que no habían experimentado antes en el proceso judicial tradicional.

REFERENCIAS

BOONEN, Petronella Maria. Diálogos entre subjetividades na construção da justiça restaurativa. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 6, p. 101-116, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acceso en: 8 dic. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.: Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acceso en: 18 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Resolução Presi n. 18, de 24 de maio de 2021**. Dispõe sobre a implantação e disciplina da Política de Justiça Restaurativa na Justiça Federal da 1ª Região.. Disponible en: <https://portal.trf1.jus.br/dspace/handle/123/262593>. Acceso en: 6 enero 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Resolução n. TRF2-RSP-2021/00044, de 2 de junho de 2021**. Cria o Núcleo de Justiça Restaurativa da Segunda Região, disciplina a política judiciária de Justiça Restaurativa do Tribunal Regional Federal da Segunda Região - TRF2 e dá outras providências. Disponible en: <https://www10.trf2.jus.br/portal/wp-content/uploads/sites/28/2021/06/trf2rsp202100044a.pdf>. Acceso en: 18 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução n. 87, de 20/07/2021**. Dispõe sobre a implantação e a disciplina da Política de Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/jvb07_sei_trf4---5602361---resolucao.pdf. Acesso em: 4 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Portaria n. 2.199, de 13/12/2019**. DOC. 4937516, SEI n.º 0003793-84.2019.4.04.8001. Disponível em: https://sei.trf4.jus.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pesquisa_rapida&id_protocolo=10000003877410&infra_sistema=100000078&infra_unidade_atual=110000092&infra_hash=9fc327d7eb5c23bbdea99b28a14c04f935492af757e54dfb996203e24ff06234. Acesso em: 22 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ato Conjunto n.º 1/2022**. Determina a instalação e o funcionamento de Centros de Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça Federal da 5ª Região, bem como Centros Especializados de Atenção às Vítimas. Disponível em: https://arquivos.trf5.jus.br/TRF5/Conciliacao_Diversos/2022/04/20/20220420_A6839C_Conciliacao__Ato_Conjunto_n_012022__Centros_de_Justica_Restaurativa.PDF. Acesso em: 12 ago. 2023.

CAIADO, Felipe B.; CAIADO, Marcelo. Combate à pornografia Infantil com aperfeiçoamentos na identificação de suspeitos e na detecção de arquivos de interesse. In: BRASIL. Ministério Público Federal. 2. Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. **Crimes cibernáticos**: coletânea de artigos. Brasília, DF: MPF, 2018. v. 3. p. 8-24.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n.º 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 91, p. 28-33, 02 jun. 2016. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acceso en: 28 nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n.º 300, de 29 de novembro de 2019. Acrescenta os artigos 28-A e 28-B à Resolução CNJ no 225, de 31 de maio de 2016, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 269, p. 4-5, 31 dez. 2019. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3144>. Acceso en: 5 enero 2022.

DALPIAN, Guilherme M.; BENITES, Carlos A. Ferramenta para monitoramento de redes P2P: EspiaMule. **Proceedings of the Second International Conference of Forensic Computer Science**, Guarujá, v. 2, n.1, p. 70-72, 2007.

FLORES. Ana Paula Pereira. O Programa Justiça Restaurativa para o Século 21 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: relatos da experiência do processo de institucionalização da justiça restaurativa no Poder Judiciário do RS. **Revista Ciencias da Sociedade**, v. 3, n. 6, p. 34-55, jul./dez. 2019. Disponible en: <http://www.ufopa.edu.br/portaldeperiodicos/index.php/revistacienciasdasociedade/article/view/1300/704>. Acceso en: 9 ago. 2023.

INFORMA DE EVALUACIÓN DE LAS ACCIONES DEL PROYECTO PILOTO DE PRÁCTICAS RESTAURATIVAS DE LA JFRS. Documento n. 4689328. SEI n. 003793-84.209.4.8001. Disponible en: https://sei.trf4.jus.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pesquisa_rapida&id_protocolo=10000003719864&infra_sistema=100000078&infra_unidade_atual=110001383&infra_hash=6f04d047d32df8b134b7c50e82a311c9410aeca017f066424618d4f3a0809661. Acceso en: 11 ago. 2013.

INSTITUTO-GERAL DE PERÍCIAS (Rio Grande do Sul). **CRAI – Centro de Referência no Atendimento Infanto-juvenil**. Disponible en: <https://igp.rs.gov.br/crai-centro-de-referencia-em-atendimento-in#:~:text=O%20Centro%20de%20Refer%C3%AAncia%20em,da%20artricula%C3%A7%C3%A3o%20entre%20as%20institui%C3%A7%C3%B5es>. Acceso en: 15 ago. 2023.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). **Clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud**: CIE-11: Classificación Internacional de Enfermedades, 11. revisión: estandarización mundial de la información de diagnóstico em el ámbito de la salud. Disponible en: <https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases>. Acceso en: 12 ago. 2023.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**: relações com o sistema de justiça criminal e Implementação no Brasil. 2008. Dissertação (Mestre em Direito) – Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justicia restaurativa**: da teoria a prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PRANIS, Kay. **Procesos circulares de construção de paz**: teoria e prática. São Paulo: Palas Athena. 2010.

PROPUESTA PROYECTO PILOTO DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA JRFS. Documento n. 3476328. SEI n. 0003793.209.4.04.8001. Disponible en: https://sei.trf4.jus.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pesquisa_rapida&id_protocolo=10000003719864&infra_sistema=100000078&infra_unidade_atual=110001383&infra_hash=6f04d047d32df8b134b7c50e82a311c9410aeca017fo66424618d4f3a0809661. Acceso en: 11 ago. 2023

SAFERNET. **Denúncias de imagens de abuso e exploração sexual infantil online compartilhadas pela SaferNet com as autoridades têm aumento de 70% em 2023**: 18 de maio é o dia nacional de enfrentamento ao abuso e à exploração sexual de crianças e adolescentes; saiba como denunciar. Disponible en: <https://new.safernet.org.br/content/denuncias-de-imagens-de-abuso-e-exploracao-sexual-infantil-online-compartilhadas-pela>. Acceso en: 12 ago. 2023.

SCALABRIN, Cristina. Justiça restaurativa: uma nova perspectiva para o enfrentamento dos crimes cibernéticos relacionados à pornografia infantil. In: BRASIL. Ministério Público Federal. 2. Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. **Crimes cibernéticos**: coletânea de artigos. Brasília, DF: MPF, 2018. v. 3. p. 264-275.



ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**: Teoria e Prática. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2020.

PARTE 4

EJECUCIÓN PENAL, REEDUCACIÓN Y HUMANISMO: UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD



CAPÍTULO 1

PRISÕES E DIREITOS HUMANOS EM PORTUGAL: DA PENA DE MORTE À PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

NUNO POIARES*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Do modelo retribucionista ao modelo penal verde. 3 Prisões e direitos humanos em Portugal. 4 Um futuro (provável) da execução das penas. 5 Conclusão. Referências.

* Pós-doutor em Direitos Humanos (U. Coimbra), doutor em Sociologia do Direito Penal (ISCTE-IUL) e especialista em Direito Penal (Decreto-Lei n.º 206/2009, de 31 de agosto). Professor no Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, na Universidade Lusófona de Lisboa e no Instituto Politécnico de Beja (Portugal) e investigador do ICPOL-ISCPSI.

1 INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios civilizacionais nas sociedades contemporâneas – e Portugal não é exceção – é perceber se as prisões são a resposta adequada ao crime e se têm o efeito esperado nos condenados, evitando a reincidência, ou se, por outro lado, é possível (ou utópico) equacionar um futuro sem prisões, com medidas sancionatórias alternativas, que cumprem os fins do Direito Penal e permitem uma efetiva reintegração do agente na sociedade¹.

Em Portugal, a salvaguarda dos direitos humanos ganhou particular expressão após a revolução de 25 de abril de 1974, depois do derrube de 41 anos da ditadura do Estado Novo, *maxime* quando foi aprovada, em 1976, a Constituição da República Portuguesa (CRP), que começa por referir, nos seus artigos 1.º e 2.º, que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa, solidária e que respeita o pluralismo de expressão e garante a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais. Acresce que, nos termos do art. 16.º, n.º 2 da CRP, os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Neste âmbito, o sistema prisional português, enquanto marco estruturante da democracia portuguesa, representa o reflexo dos hábitos sociais herdados e do sistema jurídico, político, cívico e mediático², tendo verificado avanços muito positivos, em diálogo com os fins das penas e os direitos fundamentais dos(as) reclusos(as). No entanto, quando analisamos a efetiva aplicação prática dos valores constitucionais, verificamos que continuamos longe de uma avaliação global positiva, face à alegada

¹ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 239.

² MACHADO, Helena. **Manual de sociologia do crime**. Porto: Afrontamento, 2008. p. 114.

omissão e incapacidade do poder político e judicial³ (Fróis, 2020; Dore, 2010), tornando-se pertinente, por isso, apresentar alguns exemplos de boas práticas, identificar os desafios mais prementes e projetar um futuro provável face ao crescendo de uma política generalizada de *tolerância zero* na Europa.

2 DO MODELO RETRIBUCIONISTA AO MODELO PENAL VERDE

No século XVIII, a sociedade humana assistiu a duas indelévels e profundas revoluções (americana e francesa), precipitadas pela revolução inglesa no século anterior, que também foi marcado pelos tratados *vestefalianos* que procuraram a paz duradoura através do equilíbrio de poderes. Foi, por isso, inevitável o surgimento de um novo ambiente de liberdade e favorável ao pensamento crítico, como o de Cesare Beccaria (ainda que anonimamente), que inspirou o Direito Penal moderno, ao defender que só a pena necessária era legítima⁴, ideia também protagonizada por Ludwig Feuerbach, período em que pontificaram figuras como Jean-Jacques Rousseau, John Howard e Jeremy Bentham que descreveu *O Panótico*⁵, tornando-se, com a análise de Foucault⁶, o paradigma dos sistemas sociais de controlo e vigilância total, tema atual na sociedade em rede⁷, apesar de os estudos de vigilância terem expandido somente após os ataques de 11 de setembro de 2001⁸. O século XVIII

³ FRÓIS, Catarina. **Prisões**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2020; DORES, António Pedro. **Espírito de proibir**. Lisboa: Argusnauta, 2010.

⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

⁵ BENTHAM, Jeremy. **O panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

⁷ CASTELLS, Manuel. **A Era da informação**: economia, sociedade e cultura: a sociedade em rede. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

⁸ FRÓIS, Catarina. Dos estudos de vigilância, videovigilância e tecnologia: reflexão sobre o estado da arte. In: CUNHA, Manuela Ivone (org.). **Do crime e do castigo**: temas e debates contemporâneos. Lisboa: Editora Mundos Sociais, 2015. p. 147-161.

apresentou, assim, condições favoráveis para a mudança de paradigma, tendo precipitado, a partir do século XIX, os primeiros projetos das prisões, como atualmente as conhecemos, inspirados nos sistemas inglês, irlandês e Elmira.

Nessa senda, Portugal acompanhou as *tendências* internacionais: a pena de morte foi abolida em 1852 para os crimes políticos, em 1867 para os crimes civis e em 1911 para os crimes militares, tendo sido um dos primeiros países do mundo a decretar o fim da pena capital e o primeiro a inscrever essa proibição na sua Constituição, em 1911, apesar de ter sido reposta, em 1916, no quadro da I Grande Guerra. Contudo, a abolição da pena de morte para todos os crimes só voltou a ser consagrada na Constituição de 1976⁹. Até então, o sistema penal português situou-se entre o modelo azul, puramente retribucionista, onde a pena se focava apenas no passado, sem quaisquer preocupações com o futuro do agente do crime; e o modelo vermelho ou preventivo-especial, com penas tendencialmente perpétuas ou capitais e sem preocupações com a dignidade humana; até chegar ao modelo verde, baseado na prevenção geral, reposição da confiança da sociedade na lei penal, atuação da pena sobre a população com efeito de intimidação e submissão do controlo da criminalidade aos princípios constitucionais, *i.e.*, legalidade, culpa, proporcionalidade e necessidade da pena, descriminalização, desjudicialização, socialização e diversificação, com penas e sanções alternativas¹⁰; modelo que se consolidou a partir da discussão nas Cortes (1844) do projeto de introdução do sistema de Auburn, bem como, a partir de 1867, do esforço legislativo sobre o direito penitenciário, revogando, pontualmente, o sistema de execução das

⁹ PORTUGAL. Assembleia da República. **Abolição da pena de morte em Portugal (1867)**. Disponível em: <https://x.gd/N9YUP>. Acesso em: 5 jan. 2023. Art. 24.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

¹⁰ LEITE, Inês Ferreira. **Resumo para estudo da UC medida da pena e direito de execução da pena**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Prática Jurídica/Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. LEITE, Inês Ferreira. **Medida da pena e direito de execução da pena**: guião: determinação da medida da pena: paroxismo da constituição penal. Lisboa: AAFDL, 2021.

penas¹¹. Contudo, as penas corporais só foram substituídas pela pena de prisão, tornando-se a sanção criminal mais comum, a partir do Código Penal de 1852¹².

No início do século XX (1901) foi aprovado o Regulamento das cadeias civis que visou a melhoria das condições de reclusão (educação, religião e saúde). Mais tarde, em 1936, assistiu-se à reforma da organização prisional e o surgimento de vários tipos de estabelecimentos em função das idades, com tratamentos diferenciados dos agentes e, em consequência, o aparecimento de prisões-maternidade, prisões-escola, manicómios criminais, estabelecimentos de detenção para preventivos, colónias penitenciárias, casas de trabalho para mendigos, vadios ou equiparados, e estabelecimentos destinados a medidas de segurança. No entanto, as suas características estavam mais fixadas na perigosidade, prorrogação da pena, prisão de menores e regime de medidas aplicáveis a alcoólicos e equiparados, do que num equilíbrio entre a ideia de ressocialização do agente e os seus direitos, segurança e ordem prisionais¹³.

Assim, após a queda do *Antigo Regime*, assistiu-se, em 1979¹⁴, a uma reforma que se traduziu no reconhecimento dos direitos dos(as) reclusos(as), através da definição do alojamento, alimentação, vestuário e higiene pessoal, distribuição dos(as) reclusos(as) em função do sexo, idade e situação jurídica, consideração pela reinserção social e criação de métodos de trabalho análogo ao verificado fora do estabelecimento prisional (EP), com planos individuais de readaptação. Finalmente, em

¹¹ PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 265/79, de 1 de agosto**. Reestrutura os serviços que têm a seu cargo as medidas privativas de liberdade. Disponível em: <https://x.gd/Objkf>. Acesso em: 05 jan. 2023.

¹² VÉSTIAS, Paula. **Prisões em Portugal**: análise das (des)vantagens da privatização do sistema prisional. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciências Policiais) - Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2020. ROSEIRA, Ana. **As principais reformas do sistema prisional**: consequências no trabalho dos guardas prisionais. 2014. VIII Congresso Português de Sociologia, Évora, 2014. Disponível em: <https://x.gd/MoVdJ>. Acesso em: 05 jan. 2023.

¹³ PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 265/79, de 1 de agosto**. Reestrutura os serviços que têm a seu cargo as medidas privativas de liberdade. Disponível em: <https://x.gd/Objkf>. Acesso em: 05 jan. 2023.

¹⁴ *Ibid.*

2009, foi aprovado o *Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade* (CEP), com um foco na dignidade do recluso e, em 2011, o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (RGEp). Atualmente, à luz da Constituição¹⁵, Portugal é uma República baseada na dignidade e na igualdade da pessoa humana (art. 1.º e 13.º), onde a vida humana é inviolável e em caso algum haverá pena de morte (art. 24.º), a integridade moral e física das pessoas é inviolável e ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos (art. 25.º) e não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com caráter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (art. 30.º). Neste contexto, o atual modelo punitivo apresenta uma concordância axiológica constitucional, baseado no princípio da intervenção mínima, na defesa de bens jurídicos, na preferência por penas não privativas da liberdade, rejeição de penas perpétuas, importância (teórica) da ressocialização, e humanismo na execução da pena (contactos com o exterior, saídas precárias, regimes abertos e semiabertos, visitas íntimas e possibilidade de manutenção de crianças pequenas); preferência por molduras penais amplas, sem limites mínimos demasiado elevados, o que permite que a pena seja uma resposta à medida da gravidade do crime e a culpa do agente, orientada em função das necessidades de prevenção¹⁶. Por isso, no Código Penal em vigor¹⁷, a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade e em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa (art. 40.º), e a pena de prisão tem, em regra, a duração mínima de um

¹⁵ PORTUGAL. **Decreto de Aprovação da Constituição, de 10 de abril de 1976** Aprova a Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://x.gd/m6Vld>. Acesso em: 5 jan. 2023.

¹⁶ LEITE, Inês Ferreira. **Resumo para estudo da UC medida da pena e direito de execução da pena**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Prática Jurídica/Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. LEITE, Inês Ferreira. **Medida da pena e direito de execução da pena**: guião: determinação da medida da pena: paroxismo da constituição penal. Lisboa: AAFDL, 2021.

¹⁷ PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 400/82, de 23 de setembro**. Aprova o Código Penal. Disponível em: <https://x.gd/rxnID>. Acesso em: 3 jan. 2023.

mês e a duração máxima de 20 anos, mas pode ir até aos 25 anos nos casos previstos na lei (art. 41.º), sem prejuízo de um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça ter decidido que, desde que haja sucessão de crimes ou um crime continuado, um arguido pode cumprir diversas penas de 25 anos de prisão¹⁸. Acresce que a execução da pena de prisão, servindo a defesa da sociedade e prevenindo a prática de crimes, deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes (art. 42.º).

Adicionalmente, o CEP¹⁹ regula as penas em estabelecimentos prisionais e locais de internamento de inimputáveis, determinando que a sua execução visa a reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, a proteção de bens jurídicos e a defesa da sociedade²⁰, devendo assegurar o respeito pela dignidade da pessoa humana e pelos demais princípios consagrados na CRP, nos instrumentos de direito internacional e nas leis (arts. 2.º e 3.º). A execução respeita a personalidade do recluso e os seus direitos e interesses jurídicos não afetados pela sentença condenatória (art. 3.º, n.º 2); é imparcial e não pode privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever nenhum recluso, em razão do sexo, raça, língua, território de origem, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual; e deve evitar as consequências nocivas da privação da liberdade e aproximar-se das condições benéficas da vida em comunidade, promovendo o sentido de responsabilidade do recluso, estimulando-o a participar no planeamento e na execução do seu tratamento prisional e no seu processo de reinserção

¹⁸ PORTUGAL. Acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça** de 23-02-2012, CJ, T1, 2012, p. 237.

¹⁹ PORTUGAL. **Lei n. 115/2009, de 12 de outubro**. Aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Disponível em: <https://x.gd/qIMPB>. Acesso em: 9 jan. 2023.

²⁰ Art. 40º n. 1 e 42º n. 1 do Código Penal; ANTUNES, Maria João; PINTO, Inês Horta. **Código da execução das penas e medidas privativas da liberdade**: anotado: legislação complementar. Coimbra: Almedina, 2019.

social, através de ensino, formação, trabalho e programas, realizando-se, se possível, em cooperação com a comunidade²¹.

O CEP estipula ainda que se deve respeitar as necessidades específicas dos maiores de 65 anos e mulheres, permitir a expressão cultural a estrangeiros e a minorias étnicas; e a execução das penas aplicadas a jovens até aos 21 anos deve favorecer a reinserção social e fomentar o sentido de responsabilidade através do desenvolvimento de atividades e programas nas áreas do ensino, orientação e formação profissional, aquisição de competências pessoais e sociais e prevenção e tratamento de comportamentos aditivos (art. 4.º). As penas e medidas privativas da liberdade devem ser executadas em regime comum, aberto ou de segurança, privilegiando-se o que mais favoreça a reinserção social (art. 12.º). O regime comum decorre em estabelecimento ou unidade de segurança alta e caracteriza-se pelo desenvolvimento de atividades em espaços de vida comum no interior do estabelecimento (art. 13.º); o regime aberto decorre em estabelecimento ou unidade prisional de segurança média e favorece os contactos com o exterior e a aproximação à comunidade (art. 14.º) que pode ter duas modalidades: regime aberto no interior, com atividades no perímetro do estabelecimento prisional, e regime aberto no exterior, com atividades de ensino e formação profissional; e, por fim, o regime de segurança decorre em estabelecimento ou unidade prisional de segurança especial e limita a vida em comum e os contactos com o exterior (art. 15.º). O ingresso na prisão deve ser feito sem que haja presença de outros reclusos e com respeito pela privacidade, devendo ser comunicados os direitos e deveres e ser entregue um documento onde constem os mesmos. A revista pessoal deve respeitar a dignidade, integridade e o sentimento de pudor do recluso (art. 16.º). Após o ingresso é feita uma avaliação ao recluso para determinar os cuidados

²¹ Artigos 1º, 2º, 8º, 9º, 12º, 13º, 18º, 25º, 26º, 30º, 32º, 34º, 37º, 41º, 43º, 58º, 59º, 63º, 64º, 73º, 74º, 78º e 79º da CRP; ANTUNES, Maria João; PINTO, Inês Horta. **Código da execução das penas e medidas privativas da liberdade**: anotado: legislação complementar. Coimbra: Almedina, 2019.

de saúde a prestar ao mesmo, as exigências de segurança face ao perigo de fuga e o apoio a prestar em questões pessoais (art. 19.º). Os reclusos são alojados em celas individuais, podendo, em casos excepcionais, ser alojados em celas comuns, devendo respeitar a dignidade do recluso e satisfazer as exigências de segurança e habitabilidade, como a higiene (art. 26.º). Os serviços prisionais em articulação com os serviços públicos de emprego ou formação profissional devem realizar ações que facilitem a futura colocação laboral dos reclusos, que podem estar inscritos nos centros de emprego durante a reclusão (art. 53.º). O recluso pode manifestar o interesse em desenvolver determinada atividade laboral através de requerimento mas a decisão de colocação do recluso no posto de trabalho cabe ao diretor do estabelecimento prisional, podendo ser permitida a colocação laboral a tempo parcial, de modo a possibilitar a frequência da escola ou de outro tipo de programas (art. 79.º do RGE²²). Relativamente ao ensino, a escolaridade obrigatória é assegurada a reclusos jovens ou iletrados e, em caso de necessidade educativas especiais, estas são asseguradas. A frequência deste ensino é através de meios de ensino à distância (art. 38.º do CEP). A frequência assídua de cursos de ensino considera-se tempo de trabalho, sendo atribuído ao recluso um subsídio de montante fixado por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça. O aproveitamento escolar, a assiduidade e o comportamento no espaço educativo são tidos em conta para efeitos de flexibilização da execução da pena e para efeito de atribuição de prémios (art. 39.º do CEP). As faltas injustificadas determinam a perda do subsídio previsto, bem como as que resultem de cumprimento de medidas disciplinares ou de medidas cautelares. O recluso que pretenda frequentar níveis de ensino não disponíveis no

²² PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 51/2011, de 11 de abril.** Aprova o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, em cumprimento do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Disponível em: <https://x.gd/x1GYE>. Acesso em: 7 jan. 2023.

estabelecimento prisional, é apoiado pelos serviços responsáveis pelo acompanhamento da execução da pena (art. 73.º do RGEF).

Acresce que as atividades socioculturais e desportivas são organizadas através da existência de bibliotecas, de serviço de leitura, de videotecas e de programas de animação cultural, e atividades desportivas que assegurem o bem-estar físico e psíquico do recluso e favoreçam o espírito de convivência social (art. 49.º do CEP). Os reclusos, e o seu agregado familiar em casos de necessidade, têm direito a apoio social e económico para manter os vínculos sociais e familiares e reforçar as condições para a reinserção social (art. 52.º do CEP). Por fim, no Código de Processo Penal, também surge vertida a execução da pena de prisão (art. 467.º e ss), cabendo ao Ministério Público, nos termos do art. 477.º, n.º 1, enviar ao Tribunal de Execução das Penas e aos serviços prisionais e de reinserção social, no prazo de cinco dias após o trânsito em julgado, cópia da sentença que aplicar pena privativa da liberdade²³.

3 PRISÕES E DIREITOS HUMANOS EM PORTUGAL

Em 1976, Portugal tornou-se o 19.º Estado-Membro do Conselho da Europa: 31 anos após o estabelecimento da ONU, 28 anos após a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e 26 anos após a assinatura da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²⁴. Acresce que, nos termos da Constituição (art. 16.º, n.º 2), os preceitos

²³ PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 78/87, de 17 de fevereiro**. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n. 16489, de 15 de Fevereiro de 1929 I. Disponível em: <https://x.gd/d1LPS>. Acesso em: 8 jan. 2023.

²⁴ SANTOS, Nuno Ricardo Pica dos. Conselho da Europa: direitos fundamentais e direitos do homem e os estados de exceção. **Janus**: Anuário de Relações Exteriores, Lisboa, n. 19, p. 88-89, 2019.; POIARES, Nuno. **Polícia e direitos humanos**: multiculturalismo, género, saúde mental e LGBTQIA+. Coimbra: Almedina, 2023.

constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a DUDH; são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8); e não são consentidas organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista (art. 46.º, n.º 4). Em paralelo, Portugal aderiu à *Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, à *Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, ao *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*; as *Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos*; e as *Regras da ONU para o tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*.

Atualmente, existem 49 estabelecimentos prisionais em Portugal, ocupados por quase 12.000 pessoas, com uma percentagem de mulheres inferior a 5%²⁵, sendo que destes, apenas nove foram construídos após o 25 de abril de 1974, apresentando-se os restantes, na sua maioria, num estado avançado de degradação: um exclusivamente para reclusas do sexo feminino (EP de Santa Cruz do Bispo) e cinco com alas femininas (EP de Angra do Heroísmo, Funchal, Guarda, Porto e Tires)²⁶, classificados pelo nível de segurança (especial, alta e média), do grau de complexidade de gestão (elevado e médio) e regime aberto voltado para o interior (atividades dentro do EP ou nas imediações do mesmo, com vigilância atenuada) ou exterior (atividades fora do EP e sem vigilância). Acresce que, nos termos do art. 9.º, n. 2 do CEP, devem existir estabelecimentos prisionais ou unidades especialmente vocacionadas para a execução das penas e medidas privativas da liberdade aplicadas a jovens até aos 21 anos

²⁵ FRÓIS, Catarina. **Prisões**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2020.

²⁶ PORTUGAL. **Organograma da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais**. 2024. Disponível em <https://x.gd/BRgj4>. Acesso em: 10 jan. 2023.

(art. 5.º da Lei Tutelar Educativa - LTE) ou, sempre que se revele benéfico para o seu tratamento prisional, até aos 25 anos. Assim, em Portugal existem seis Centros Educativos, no âmbito da LTE: Bela Vista, Navarro de Paiva, Olivais, Padre António Oliveira, Santa Clara e Santo António.

Mas vejamos, agora, alguns exemplos de boas práticas: hoje, os reclusos já não são, de um modo geral, maltratados fisicamente, mas continuam a sofrer outros tipos de privação (liberdade, rendimento adequado, da companhia dos seus familiares e amigos, o acesso a objetos pessoais, etc.)²⁷. Contudo, verificaram-se melhorias no domínio do *Plano Individual de Readaptação*, de programas específicos, alojamento, vestuário (próprio), trabalho, tempo livre, nas relações com o exterior e o facto de o(a) recluso(a) ter direito a manter consigo o filho até aos três anos de idade ou, excecionalmente, até aos cinco anos, com autorização do outro titular da responsabilidade parental, desde que tal seja considerado do interesse do menor e existam as condições necessárias²⁸.

Acresce que o recluso tem direito a duas visitas pessoais por semana (até uma hora cada), com três pessoas por visita (exceto menores até três anos), preferencialmente durante o fim-de-semana, podendo efetuar uma chamada telefónica por dia para o exterior, com uma duração máxima de cinco minutos, bem como uma chamada telefónica por dia para o seu advogado ou solicitador, com a mesma duração. Neste âmbito está prevista: a) a visita familiar alargada (seis meses após ingresso) ou por motivo de particular significado humano ou religioso (e.g., aniversário do recluso), com um limite de seis pessoas e duração de duas horas; b) visita urgente, para resolução de assuntos inadiáveis (pessoais, jurídicos, económicos ou profissionais) devidamente justificados, com uma duração indispensável para resolver o assunto; c) e, por fim, as visitas

²⁷ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.p. 239.

²⁸ VÉSTIAS, Paula. **Prisões em Portugal**: análise das (des)vantagens da privatização do sistema prisional. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciências Policiais) - Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2020.

íntimas, num contexto destinado a controlar os corpos dos reclusos e onde o condicionamento da intimidade e da sexualidade levantam questões paradoxais no âmbito das políticas prisionais²⁹. Estas visitas são autorizadas a quem não tenha beneficiado de licença de saída há mais de seis meses e que seja casado ou mantenha relação análoga à dos cônjuges. O recluso e o visitante têm de ter mais de 18 anos, exceto se forem casados, com direito a uma visita por mês e uma duração máxima de três horas, devendo ocorrer em instalações apropriadas, com mobiliário e privacidade. O EP disponibiliza preservativos e informação escrita sobre a prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e, no final da visita, o local tem de ser deixado limpo e arrumado e o(a) recluso(a) é sujeito(a) a revista por desnudamento. Contudo, 50% dos EP não garantem instalações apropriadas para o efeito³⁰. Acresce que, em 2020, foram implementados dois projetos-piloto de colocação de telefones em celas e aplicação, em 100% da rede de EP, do acesso a vídeo-visitas³¹.

Por outro lado, o trabalho prisional é voluntário e visa criar e desenvolver no recluso competências para exercer uma atividade laboral após a libertação, dando uma especialização em algumas áreas laborais para aumentar a probabilidade de conseguir emprego no exterior, sendo devida remuneração equitativa pelo trabalho prestado, o que é relevante para a ressocialização, pois confere uma experiência

²⁹ GRANJA, Rafaela; CUNHA, Manuela P. da; MACHADO, Helena. Sexuality, gender and confined bodies: female prisoners experiences of intimate visits in a portuguese prison. In: ABOIM, Sofia; VASCONCELOS, Pedro. (ed.). **Gender, sexuality and the body: critical perspectives**. Lisboa: ICS, 2014. p. 70-80.

³⁰ PORTUGAL. Ministério da Justiça. Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. **Relatório de atividades e autoavaliação**: 2020. Lisboa: DGRSP, 2020. Disponível em: <https://x.gd/aNXxd>. Acesso em: 4 jan. 2023.; PORTUGAL. Ministério da Justiça. Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. **Relatório de atividades e autoavaliação**: 2019. Lisboa: DGRSP, 2019. Disponível em: <https://x.gd/aNXxd>. Acesso em: 4 jan. 2023.

³¹ PORTUGAL. Ministério da Justiça. Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. **Relatório de atividades e autoavaliação**: 2020. Lisboa: DGRSP, 2020. Disponível em: <https://x.gd/aNXxd>. Acesso em: 4 jan. 2023.; PORTUGAL. Ministério da Justiça. Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. **Relatório de atividades e autoavaliação**: 2019. Lisboa: DGRSP, 2019. Disponível em: <https://x.gd/aNXxd>. Acesso em: 4 jan. 2023.

de estabilidade em termos laborais, onde a assiduidade e o empenho do recluso são tidos em conta para efeitos de flexibilização da execução da pena³². Acresce que existe um Manual de Implementação de Programas Específicos de Reabilitação³³, cujo catálogo inclui programas que visam servir de suporte à aplicação de programas de intervenção/reabilitação, apoiar os técnicos na escolha das ações/programas no âmbito do Plano Individual de Readaptação/Reinserção Social; e apresentar os programas dirigidos a problemáticas ou a grupos de reclusos, que se encontram em desenvolvimento em diversos EP e nas equipas de reinserção social. Destacam-se ainda algumas experiências como, por exemplo, as aulas de yoga dadas por professores voluntários do projeto Yoga e Meditação nas prisões, duas vezes por semana, com música, levando os reclusos a esquecer, por momentos, que estão privados da liberdade, a sentirem-se em paz e que são pessoas normais³⁴.

Contudo, apesar deste dispositivo normativo, a instituição prisional resiste a transformações, o que pode explicar as acusações de direitos humanos dirigidas ao Estado português. Entre o final dos anos 1960 e 1996, data do primeiro relatório do Provedor de Justiça sobre o sistema prisional português, os problemas prisionais nunca foram tratados politicamente, em termos concetuais e de modernização. O Provedor de Justiça tornou-se na primeira entidade política a refletir sobre o estado das prisões, gerando uma reação negativa do ministro da justiça em 1996³⁵. Assim, continuam a surgir relatórios internacionais com evidências de abusos a reclusos por guardas prisionais, prisões sobrelotadas e degradadas,

³² Artigos 41º e 42º da Lei n. 115/2009, de 12 de outubro. PORTUGAL. **Lei n. 115/2009, de 12 de outubro.** Aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Disponível em: <https://x.gd/qIMPB>. Acesso em: 9 jan. 2023.

³³ PORTUGAL. **Programas e projetos:** programas específicos de reabilitação. 2023. Disponível em: <https://x.gd/Occ3S>. Acesso em: 20 jan. 2023.

³⁴ VISÃO. **Yoga ensina reclusos do estabelecimento prisional de Lisboa a saborear a liberdade.** 2023. Disponível em <https://x.gd/PCTSc>. Acesso em: 12 fev. 2023.

³⁵ DORES, António Pedro. **Prisões de Portugal.** 2000. Atas do IV Congresso Português de Sociologia, Coimbra, 2000.

instalações inadequadas, más condições de saúde e violência entre os reclusos, menores em instalações para adultos, presos preventivos misturados com criminosos condenados³⁶, e serviços de enfermagem sem atividade 24 horas por dia e, em muitas prisões, a prestação destes serviços termina antes das 20 horas, obrigando que os guardas efetuem a medicação aos reclusos³⁷. Na União Europeia, Portugal surge com uma das mais baixas taxas de criminalidade, mas tem uma população de detidos, proporcionalmente, só equiparável, a Inglaterra³⁸. Em 2021, existiam 11.393 presos em Portugal (0,11% da população reclusa mundial)³⁹, dos quais, 14% por crimes relativos a estupefacientes, 11,6% por furtos e 10% por crimes contra as pessoas (9,5% por violência doméstica)⁴⁰. Acresce que, no início de 2023, os guardas prisionais voltaram a demonstrar preocupação com a segurança nas prisões por falta de efetivos⁴¹.

³⁶ POIARES, Nuno. **Polícia e direitos humanos**: multiculturalismo, género, saúde mental e LGBTQIA+. Coimbra: Almedina, 2023.; UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Bureau of Democracy, Human Rights and Labour. **2021 Country Reports on Human Rights Practices: Portugal**, 2021. Acesso em: 4 jan. 2023.

³⁷ VÉSTIAS, Paula. **Prisões em Portugal: análise das (des)vantagens da privatização do sistema prisional**, dissertação de mestrado em Ciências Policiais. Lisboa: ISCPSI, 2020.

³⁸ DORES, António Pedro. Risco penitenciário e espírito proibicionista. In: VIEGAS, José Manuel Leite et al (org.). **Portugal no Contexto Europeu**, I. Lisboa: Celta Editora, 2007, p. 203-223.

³⁹ FAIR, Helen; WALMSLEY, Roy. **World prison population list**. 13th. ed. [London]: Institute for Crime & Justice Policy Research; Birkbeck University of London, [202-]. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴⁰ ECLUSOS condenados existentes em 31 de dezembro, segundo o sexo, os escalões de idade e a nacionalidades, por crimes. [S.l.]: DGRSP, 2021. Disponível em: <https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Estatisticas/%C3%81rea%20Prisional/Anuais/2021/Qo9.pdf?ver=RtBI6VpWyjPMsoConMyOqg%3d%3d>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴¹ LUSA. Guardas prisionais preocupados com segurança nas prisões por falta de efectivos. **Público**. Lisboa, 8 jan. 2023. Disponível em: <https://www.publico.pt/2023/01/08/sociedade/noticia/guardas-prisionais-preocupados-seguranca-prisoas-falta-efetivos-2034213>. Acesso em: 9 jan. 2023.

4 UM FUTURO (PROVÁVEL) DA EXECUÇÃO DAS PENAS

A prisão representa uma projeção da sociedade⁴² e, por isso, o futuro da execução das penas não nos parece positivo, atendendo que, na Europa, tem aumentado o discurso populista, a emergência do Direito Penal máximo e o apelo ao regresso da pena capital e a ideia de que as sentenças longas constituem um poderoso dissuasor do crime⁴³, o que reforça a convicção de que podemos vir a retroceder para o modelo retribucionista ou preventivo-especial.

Os EUA aplicam a pena de morte e são o país com a maior taxa de encarceramento, o que significa que o desenvolvimento económico ou o poder global não significam, *per si*, menos recurso à punição. Mas, ainda assim, por toda a Europa verifica-se a *tentação*, inspirada no modelo norte-americano, de procurar o apoio das instituições policiais e penitenciárias para conter o crime⁴⁴. Loïc Wacquant analisou o Estado Penal nos EUA⁴⁵ e a prisão como parte da estratégia de regulação da pobreza⁴⁶, onde a sobrelotação das prisões resulta da tentativa de controlar as populações incómodas⁴⁷, e a abolição da escravatura deu lugar a uma escravatura formal⁴⁸.

⁴² CUNHA, Manuela Ivone. Da relação prisão-sociedade. Atualização de um balanço. **Do Crime e do Castigo**: Temas e Debates Contemporâneos. Lisboa: Editora Mundos Sociais, 2015, p. 181-200; MACHADO, Helena. **Manual de Sociologia do Crime**. Porto: Afrontamento, 2008.

⁴³ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 239.

⁴⁴ DORES, António Pedro. Prisões de Portugal. **Atas do IV Congresso Português de Sociologia**. Coimbra: APS, 2000.

⁴⁵ WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Oeiras: Celta, 2000; DORES, António Pedro. Risco penitenciário e espírito proibicionista. In: VIEGAS, José Manuel Leite et al (org.). **Portugal no Contexto Europeu**, I. Lisboa: Celta Editora, 2007, p. 203-223.

⁴⁶ CUNHA, Manuela Ivone e. Prisão e Sociedade. Modalidades de uma conexão. **Aquém e além da prisão. Cruzamentos e perspetivas**. Lisboa: 90ª Editora, 2008, p. 7-32.

⁴⁷ WACQUANT, Loïc. Os excluídos da sociedade de consumo: toxicodependentes, psicopatas e sem-abrigo nas prisões americanas, **Análise Social**, vol. XLII (185), 2007, p. 987-1003.

⁴⁸ DAVIS, Angela Y. **Are Prisons obsolete?** New York: Seven Stories Press, 2003.

Por outro lado, a reforma das prisões através de parcerias público-privadas é uma questão nova em Portugal mas antiga noutros países, com empresas privadas que detêm parte do mercado global das prisões, enquanto zonas económicas prisionais (e.g., EUA, Canadá, Inglaterra, França, Alemanha e Austrália), apesar de ser uma questão que suscita controvérsias, como a ideia de obtenção do lucro a partir da violência, ou a intervenção do setor privado no exercício de funções públicas. Em Portugal, apenas alguns setores estão entregues ao setor privado, como a saúde, a educação, a alimentação, entre outros, existindo uma parceria público-privada no EP feminino de Santa Cruz do Bispo, cuja gestão logística é efetuada em parceria com a Santa Casa da Misericórdia do Porto⁴⁹. Mas fora de Portugal, a experiência de privatização chega a ser total, como os sistemas norte-americano e britânico. Contudo, nos EUA, verifica-se uma maior violência nas prisões de gestão privada, onde o setor privado não empenha esforços na reabilitação dos reclusos⁵⁰, e não se verificam benefícios substanciais na privatização. Por isso, a ideia de que as prisões privadas são melhores, levam a supor que têm uma base ideológica⁵¹.

Em síntese: o futuro das prisões, mantendo-se a tendência dos acontecimentos, pode representar um retrocesso no modelo punitivo do Estado, contrariando um conjunto de princípios e ideias, como o facto de que a execução da pena deve ser orientada em função da ressocialização⁵² e da dignidade da pessoa humana, com fortes interações com o exterior, a par da substituição da justiça punitiva por uma justiça reparadora, que procura sensibilizar os reclusos para os efeitos dos seus crimes através

⁴⁹ MAGALHÃES, Helena. Zona Económica Prisional: Arquétipo ou Paradoxo? **Segurança & Defesa**, n. 5, nov. Loures: Diário de Bordo, 2006, p. 119-124.

⁵⁰ VÉSTIAS, Paula. **Prisões em Portugal**: análise das (des)vantagens da privatização do sistema prisional, dissertação de mestrado em Ciências Policiais. Lisboa: ISCPSP, 2020.

⁵¹ MASON, Cody. **Too Good to be True: Private Prisons in America**. Washington, D.C: The Sentencing Project, January 2012, p. 17; LUNDAHL, Brad et al. Prison Privatization: A Meta-analysis of Cost and Quality of Confinement Indicators. **Research on Social Work Practice**, v. 19, n. 4, p. 383-394, 2009.

⁵² LEITE, Inês Ferreira. **Resumo para estudo da UC Medida da Pena e Direito de Execução da Pena, mestrado em Direito e Prática Jurídica/Direito Penal**. Lisboa: FDUL, 2019.

do cumprimento de *sentenças* no seio da comunidade, ou participando em sessões de reconciliação, mediados com as suas vítimas, expostos às consequências dos seus atos⁵³.

5 CONCLUSÃO

Não existem respostas simples no debate sobre as prisões⁵⁴, um dos maiores dilemas da sociedade contemporânea⁵⁵. O atual modelo punitivo suscita desafios como a utilidade das prisões, os resultados após o cumprimento de uma pena, a configuração dos espaços físicos ou o quotidiano dos reclusos⁵⁶. Os estudos clássicos da prisão, desenvolvidos por Clemmer, Foucault e Goffman projetam uma visão autárquica do meio prisional, como se as relações sociais prisionais fossem produzidas apenas localmente, enquanto sistema total⁵⁷ acentuado pela prisionização, *i.e.*, a socialização à prisão, que reforça a criminalização, por criar condições para a aprendizagem e o fortalecimento das competências para a prática desviante⁵⁸.

O estudo das consequências jurídico-penais em Portugal não é terreno completamente árido, e existem algumas boas práticas, mas há muito por fazer⁵⁹. Apesar da ausência de dados sobre a reincidência

⁵³ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 240; MONTE, Mário Ferreira. Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa. In: BELEZA, Teresa Pizarro; CAEIRO, Pedro; PINTO, Frederico Costa (org.). **Multiculturalismo e Direito Penal**, I Encontro Nova-Direito, Lisboa 2012. Coimbra: Almedina, 2020, p. 97-113.

⁵⁴ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 240.

⁵⁵ JEWKES, Yvonne; JOHNSTON, Helen. (ed.). **Prison Readings. A critical introduction to prisons and imprisonment**. Devon: Willan Publishing, 2006.

⁵⁶ FRÓIS, Catarina. **Prisões**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2020.

⁵⁷ CUNHA, Manuela Ivone e. Prisão e Sociedade. Modalidades de uma conexão. In: CUNHA, Manuela Ivone (org.). **Aquém e além da prisão. Cruzamentos e perspetivas**. Lisboa: 90ª Editora, 2008, p. 7-32; GOFFMAN, Erving. **Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux**. Paris: Minuit, 1968 (1961).

⁵⁸ MACHADO, Helena. **Manual de Sociologia do Crime**. Porto: Afrontamento, 2008, p. 114-116.

⁵⁹ SANTOS, Manuel Simas; FREITAS, Pedro Miguel. **A coerência na aplicação das penas**. Sintra: Rei dos Livros, 2018.

e o efeito que as penas produzem, a execução da pena de prisão deve ser objeto de reflexão⁶⁰, como a necessidade de aumentar as relações sociais extracarcerais⁶¹ e encontrar outras formas de combater o crime. Na Europa surgem vozes que potenciam a emergência do discurso populista, xenófobo, racista e o apelo ao regresso da pena capital e a ideia de que as sentenças longas são um dissuasor do crime⁶², o que significa que, durante a próxima década, podemos retroceder ao modelo puramente retribucionista ou preventivo-especial, o que põe em causa os direitos humanos, cabendo aos juristas portugueses proteger e defender os princípios consagrados pela Constituição de 1976.

Neste contexto *indesejável*, surgem os seguintes problemas estruturais do sistema prisional e de reinserção social em Portugal e que *ofuscam* as boas práticas sinalizadas, *i.e.*, a sobrepopulação prisional, a insuficiência e degradação do parque penitenciário, a insuficiência dos meios financeiros, a falta de recursos humanos, a insuficiência dos programas laborais, escolares e de formação profissional; a pouca aplicação prática do *Regime Aberto no Exterior*; a falta de preparação dos reclusos mais vulneráveis, a falta de assistência pós-prisional; a *crise* da pena de prisão, enquanto lugar de indivíduos de classes sociais baixas⁶³; a reinserção social, a não separação dos reclusos, poucos cuidados de saúde, a separação da família, a ausência de acompanhamento personalizado, e a desvalorização socioprofissional dos guardas prisionais e dos funcionários que exercem funções nas prisões portuguesas; o que significa que, objetivamente, não existe uma concordância entre os princípios penais constitucionais e a concretização material nas políticas públicas prisionais.

⁶⁰ BOAVIDA, Joaquim. **A Flexibilização da Prisão**: da Reclusão à Liberdade. Coimbra: Almedina, 2018.

⁶¹ CUNHA (2002) *apud* MACHADO, Helena. **Manual de Sociologia do Crime**. Porto: Edições Afrontamento, 2008, p. 114-116.

⁶² GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 239-240.

⁶³ BOAVIDA, Joaquim. **A Flexibilização da Prisão**: da Reclusão à Liberdade. Coimbra: Almedina, 2018.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Maria João; PINTO, Inês Horta. **Código da execução das penas e medidas privativas da liberdade**: anotado: legislação complementar. Coimbra: Almedina, 2019.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://x.gd/GA8dv>. Acesso em: 3 jan. 2023.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

BENTHAM, Jeremy. **O panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

BOAVIDA, Joaquim. **A flexibilização da prisão**: da reclusão à liberdade. Coimbra: Almedina, 2018.

CASTELLS, Manuel. **A Era da informação**: economia, sociedade e cultura: a sociedade em rede. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CUNHA, Manuela Ivone. Da relação prisão-sociedade: atualização de um balanço. In: CUNHA, Manuela Ivone (org.). **Do crime e do castigo**: temas e debates contemporâneos. Lisboa: Editora Mundos Sociais, 2015. p. 181-200.

CUNHA, Manuela Ivone. Prisão e sociedade. Modalidades de uma conexão. In: CUNHA, Manuela Ivone (org.). **Aquém e além da prisão**: cruzamentos e perspectivas. Lisboa: 90 Graus, 2008. p. 7-32.

DAVIS, Angela Y. **Are prisons obsolete?** New York: Seven Stories Press, 2003.

DORES, António Pedro. **Espírito de proibir**. Lisboa: Argusnauta, 2010.

DORES, António Pedro. **Prisões de Portugal**. 2000. Atas do IV Congresso Português de Sociologia, Coimbra, 2000.

DORES, António Pedro. Risco penitenciário e espírito proibicionista. In: VIEGAS, José Manuel Leite; CARREIRAS, Helena; MALAMUD, Andrés (org.). **Portugal no contexto europeu: instituições e política**. Lisboa: Celta, 2007. p. 203-223.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

FRÓIS, Catarina. Dos estudos de vigilância, videovigilância e tecnologia: reflexão sobre o estado da arte. In: CUNHA, Manuela Ivone (org.). **Do crime e do castigo: temas e debates contemporâneos**. Lisboa: Editora Mundos Sociais, 2015. p. 147-161.

FRÓIS, Catarina. **Prisões**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2020.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

GOFFMAN, Erving. **Asiles: études sur la condition sociale des malades mentaux**. Paris: Minuit, 1968.

GRANJA, Rafaela; CUNHA, Manuela P. da; MACHADO, Helena.
Sexuality, gender and confined bodies: female prisoners experiences of intimate visits in a portuguese prison. In: ABOIM, Sofia; VASCONCELOS, Pedro. (ed.). **Gender, sexuality and the body**: critical perspectives. Lisboa: ICS, 2014. p. 70-80.

JEWKES, Yvonne; JOHNSTON, Helen (ed.). **Prison readings**: a critical introduction to prisons and imprisonment. Devon: Willan Publishing, 2006.

LEITE, Inês Ferreira. **Medida da pena e direito de execução da pena**: guião: determinação da medida da pena: paroxismo da constituição penal. Lisboa: AAFDL, 2021.

LEITE, Inês Ferreira. **Resumo para estudo da UC medida da pena e direito de execução da pena**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Prática Jurídica/Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

LUSA. **Guardas prisionais preocupados com segurança nas prisões por falta de efectivos**. Público. Lisboa, 8 jan. 2023. Disponível em: <https://www.publico.pt/2023/01/08/sociedade/noticia/guardas-prisionais-preocupados-seguranca-prisoas-falta-efetivos-2034213>. Acesso em: 9 jan. 2023.

LUNDAHL, Brad; KUNZ, Chelsea; BROWNELL, Cyndi; HARRIS, Norma; VAN VLEET; Russ. Prison privatization: a meta-analysis of cost and quality of confinement indicators. **Research on Social Work Practice**, [s. l.], v. 19, n. 4, p. 383-394, apr. 2009.

MACHADO, Helena. **Manual de sociologia do crime**. Porto: Afrontamento, 2008.

MAGALHÃES, Helena. Zona económica prisional: arquétipo ou paradoxo? **Segurança & Defesa**, Loures, n. 5, p. 118-124, 2006.

MASON, Cody. **Too good to be true**: private prisons in America. Washington, D.C: The Sentencing Project, 2012.

MONTE, Mário Ferreira. Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa. In: BELEZA, Teresa Pizarro; CAEIRO, Pedro; PINTO, Frederico Costa (org.). **Multiculturalismo e direito penal**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 97-113.

POIARES, Nuno. **Polícia e direitos humanos**: multiculturalismo, género, saúde mental e LGBTQIA+. Coimbra: Almedina, 2023.

PORTUGAL. Acórdão do **Supremo Tribunal de Justiça** de 23-02-2012, CJ (STJ), T1, 2012, p. 237.

PORTUGAL. **Decreto de Aprovação da Constituição, de 10 de abril**. Aprova a Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <https://x.gd/m6Vld>. Acesso em: 5 jan. 2023.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 51/2011, de 11 de abril**. Aprova o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, em cumprimento do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Disponível em: <https://x.gd/x1GYE>. Acesso em: 7 jan. 2023.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 78/87, de 17 de fevereiro.** Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929 I. Disponível em: <https://x.gd/d1LPS>. Acesso em: 8 jan. 2023.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 215/2012, de 28 de setembro.** Aprova a Lei orgânica da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. Disponível em: <https://x.gd/sosYF>. Acesso em: 4 jan. 2023.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 265/79, de 1 de agosto.** Reestrutura os serviços que têm a seu cargo as medidas privativas de liberdade. Disponível em: <https://x.gd/Objkf>. Acesso em: 5 jan. 2023.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 400/82, de 23 de setembro.** Aprova o Código Penal. Disponível em: <https://x.gd/rxnID>. Acesso em: 3 jan. 2023.

PORTUGAL. **Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro.** Aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade. Disponível em: <https://x.gd/qIMPB>. Acesso em: 09 jan. 2023.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. **Relatório de atividades e autoavaliação: 2020.** Lisboa: DGRSP, 2020. Disponível em: <https://x.gd/aNXxd>. Acesso em: 04 jan. 2023.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais. **Relatório de atividades e autoavaliação: 2019.** Lisboa: DGRSP, 2019. Disponível em: <https://x.gd/aNXxd>. Acesso em: 04 jan. 2023.

PORTUGAL. **Organograma da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais**. 2024. Disponível em <https://x.gd/BRgj4>. Acesso em: 10 jan. 2023.

PORTUGAL. **Programas e projetos**: programas específicos de reabilitação. 2023. Disponível em: <https://x.gd/Occ3S>. Acesso em: 20 jan. 2023.

PORTUGAL. **Relatório sobre o sistema prisional e tutelar**: uma estratégia plurianual de requalificação e modernização do sistema de execução de penas e medidas tutelares educativas 2017/2027. Lisboa: DGRSP-MJ, 2017. Disponível em: <https://x.gd/GkUak>. Acesso em: 04 jan. 2023.

RICCA, Paulo. Guardas prisionais preocupados com segurança nas prisões por falta de efetivos. **Público**, Lisboa, 8 jan. 2023. Disponível em: <https://x.gd/Uabom>. Acesso em: 09 jan. 2023.

RECLUSOS condenados existentes em 31 de dezembro, segundo o sexo, os escalões de idade e a nacionalidades, por crimes. [S.l]: DGRSP, 2021. Disponível em: <https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Estatisticas/%C3%81rea%20Prisional/Anuais/2021/Q09.pdf?ver=RtBI6VpWyjPMsoConMyOqg%3d%3d>. Acesso em: 10 jan. 2023.

ROSEIRA, Ana. As principais reformas do sistema prisional: consequências no trabalho dos guardas prisionais. 2014. **VIII Congresso Português de Sociologia**, Évora, 2014. Disponível em: <https://x.gd/MoVdJ>. Acesso em: 5 jan. 2023.

SANTOS, Manuel Simas; FREITAS, Pedro Miguel. **A coerência na aplicação das penas**. Sintra: Rei dos Livros, 2018.

SANTOS, Nuno Ricardo Pica dos. Conselho da Europa: direitos fundamentais e direitos do homem e os estados de exceção. **Janus**: Anuário de Relações Exteriores, Lisboa, n. 19, p. 88-89, 2019.

UNITED STATES. United States Department of State. Bureau of Democracy, Human Rights and Labour. **2021 Country Reports on Human Rights Practices**: Portugal. 2021. Disponível em: <https://www.state.gov/reports/2021-country-reports-on-human-rights-practices/portugal/>. Acesso em: 4 jan. .2023.

VÉSTIAS, Paula. **Prisões em Portugal**: análise das (des)vantagens da privatização do sistema prisional. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciências Policiais) - Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2020.

VISÃO. **Yoga ensina reclusos do estabelecimento prisional de Lisboa a saborear a liberdade**. 2023. Disponível em <https://x.gd/PCtSc>. Acesso em: 12 fev. 2023.

WACQUANT, Loïc. Os excluídos da sociedade de consumo: toxicodependentes, psicopatas e sem-abrigo nas prisões americanas, **Análise Social**, [s. l.], ano XLI, n.185, p. 987-1003, 2007.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Oeiras: Celta, 2000.

CAPÍTULO 2

JUGANDO UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD: EL AJEDREZ EN PRISIÓN

LAURA GARCÍA MARTÍN*
ANTONIO ANDRÉS LASO**

SUMARIO

1 Introducción. 2 El tratamiento penitenciario; 2.1 Evolución del concepto tratamiento; 2.2 Actividades de tratamiento: Programas específicos de intervención. 3 Los efectos desfavorables de la prisión. 4 Ajedrez y prisión; 4.1 Ajedrez y sociedad; 4.2 Ajedrez y convivencia; 4.3 Algunas Experiencias Concretas. 5 Conclusión. Referencias

* Maestra de Educación Infantil, Educación Física y Lengua Extranjera. Máster en políticas y prácticas en innovación educativa.

** Funcionario Cuerpo Superior de II.PP (jurista), destinado en el Centro penitenciario de Topas (Salamanca/España). Doctor en Derecho. Profesor Universidad Valladolid.

1 INTRODUCCIÓN

Como señala Mata y Martín, desde los inicios del sistema penitenciario se ha puesto de manifiesto la paradoja incrustada en el núcleo de su existencia el querer preparar al condenado para la vida en libertad en un ámbito en el cual se carece de la misma¹. La prisión es una institución total que produce efectos desfavorables y nocivos para quien la padece y para su entorno. No es fácil afirmar que la sociedad consigue que los reclusos afronten un proceso de asunción de valores prosociales cuando la sociedad misma les excluye y aleja. Hablamos de personas sometidas a una regulación estricta bajo una disciplina severa que interfiere en todos los aspectos básicos de su vida. El contexto se define por la drástica limitación del espacio vital en el que durante un periodo siempre prolongado de tiempo debe permanecer en compañía de personas no deseadas ni, en muchas ocasiones, idóneas para los fines que se pretenden.

Pese a estas consideraciones y asumiendo, como señala la doctrina española, que la prisión es un mal necesario del que ningún Estado ha prescindido, la privación de libertad como sanción penal supone la superación de los crueles castigos aplicados en el antiguo régimen. La reclusión, la separación del delincuente del medio social del que proviene con la finalidad de proceder a su corrección constituye la mejora del sistema sancionador previamente existente que era profundamente inhumano e incompatible con cualquier finalidad resocializadora. Con la Ilustración y el Estado moderno surgió la reclusión como pena y, tras ella, los distintos sistemas penitenciarios que han intentado dotar de una finalidad rehabilitadora propia y diferente al simple castigo de épocas pasadas. La evolución ha sido lenta y los resultados dispares. Esta amarga realidad que supone la existencia de millones de seres

¹ MATA Y MARTÍN, Ricardo. **Fundamentos del sistema penitenciario**. Madrid: Tecnos, 2016. p. 276.

humanos encarcelados constituye un severo problema que, por afectar a su dignidad, debe preocupar a todas las personas, instituciones y Estados.

El sistema penitenciario español se articula, en esencia, por la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General penitenciaria y su Reglamento de desarrollo aprobado en 1996. Sus disposiciones se adecúan y superan ampliamente los criterios internacionales más exigentes en materia de respeto de los derechos humanos. Su aplicación ha permitido que la realidad carcelaria española se encuentre entre las más avanzadas del orden internacional. En nuestro sistema el reconocimiento de los derechos de los reclusos es amplio y el sistema de protección de los mismos muy intenso. En el mismo se aplica, por mandato constitucional, el principio de individualización del tratamiento para alcanzar la finalidad de reeducación y reinserción social que orienta la ejecución de las penas privativas de libertad en el contexto del Estado social y democrático de derecho que es España.

2 EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

El recluso no es un ser apartado de la sociedad sino que sigue siendo un miembro activo llamado a reintegrarse plenamente a la misma en el plazo más breve posible. Para lograr la progresiva reinserción social es esencial que durante el periodo de internamiento mejore las competencias personales que pudieran haber influido, o no, en su actividad delictiva. De forma paralela, es un deber ético intentar que los efectos perniciosos del internamiento sean minimizados. La Institución debe establecer un marco ordenado de convivencia, a través del llamado régimen penitenciario, que permita la aplicación del tratamiento penitenciario concebido como una ayuda, basada en las ciencias de la conducta, voluntariamente aceptada por el interno, para que, en el futuro, pueda elegir o conducirse con mayor libertad, o sea, para que pueda superar una serie de condicionamientos

individuales o sociales, de cierta entidad, que hayan podido provocar o facilitar su actividad². Según dispone el art. 59.1 de la Ley Orgánica, el tratamiento es el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. El hecho de que se señale que dichas actividades deben estar directamente dirigidas a los fines establecidos supuso que aspectos tales como la instrucción y la educación, los permisos de salida, las comunicaciones, el trabajo penitenciario y la asistencia sanitaria o religiosa no contaron con la consideración de actividades tratamentales en una primera etapa de interpretación y aplicación de la Ley Orgánica.

Atendiendo a la consideración originaria de los postulados legales, el tratamiento posee un claro componente clínico. Podemos interpretar que es la herramienta que la Institución emplea para la consecución de los fines de reeducación y reinserción social constitucionalmente establecidos³. Señala Montero Hernanz que, aunque la referencia al conjunto de actividades puede hacer pensar en un concepto amplio en el que tuvieran cabida numerosas actividades reguladas como regimentales (trabajo, asistencia religiosa, educación...) la expresión directamente dirigidas obliga a una interpretación restrictiva del mismo e incluir, solamente, aquellas que deriven del estudio científico de la personalidad del sujeto a tratar, utilizándose diferentes métodos en función de su personalidad.

Cuando se aprobó la Ley se incorporó un concepto clínico de tratamiento que procede de la Criminología y la Psicología clínica propio

² ALARCÓN BRAVO, Jesús. El tratamiento penitenciario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago, n. 2, p. 13-42, 1977-1978.

³ Art. 25.2. C.E.: Las penas privativas libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.

de la época y tiene una clara connotación positivista⁴. Como han señalado diversos autores la consideración del delincuente era equiparable a la de un enfermo al que hay que *curar* para reinsertarle en la sociedad. Esta visión concibe al delincuente como un enfermo social; el delito, como un síntoma de la enfermedad, y el tratamiento como aquella actividad orientada a transformar al penado en una persona capaz de respetar la ley penal.

2.1 Evolución del Concepto Tratamiento

En la aplicación de la Ley penitenciaria a lo largo del mucho tiempo que lleva vigente, Yuste Castillejo distingue tres periodos o épocas en la consideración del tratamiento. Así señala un primer tramo temporal, desde 1979 a 1996 que, de forma gráfica, denomina voluntarismo clínico, caracterizado por expresiones legales fundamentalistas, cuya eficacia no estaba constatada científicamente y que no permeabilizaban las múltiples carencias prácticas del sistema de tipo arquitectónico, organizativas, materiales, personales o presupuestarias. A continuación indica la existencia de un periodo de transición bajo el paradigma de la animación sociocultural en el que el tratamiento se identifica con la programación de eventos y actividades que tienen a mejorar el clima social de los establecimientos y, sobre todo, a trasladar a la sociedad que las cárceles han dejado de ser almacenes de personas olvidadas. En la actualidad el tratamiento penitenciario consistiría, fundamentalmente, en la detección de las carencias que presenta el interno y en la intervención sobre ellas, así como en el desarrollo de los programas específicos de intervención adecuados.

⁴ Así lo considera también el que fuera máximo dirigente de la Institución YUSTE CASTILLEJO, Ángel. 40 años de tratamiento penitenciario: del voluntarismo dogmático al pragmatismo en la intervención. **Revista de Estudios Penitenciarios**, Madrid, n. extra, p. 393-408, 2019. Sobre esta evolución ANDRÉS LASO, Antonio. **Nos hará reconocernos**: la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria: origen, evolución y futuro. Madrid: Ministerio del Interior, 2016. p. 167-179.

Respondiendo a esta tercera fase, en el preámbulo del Reglamento penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) se señala que en el tratamiento penitenciario se encuentra el potencial más innovador para que la Administración Penitenciaria pueda mejorar el cumplimiento de la misión de preparación de los reclusos para la vida en libertad que tiene encomendada, cuya consecución exige ampliar la oferta de actividades y de programas específicos para los reclusos, potenciando las prestaciones dirigidas a paliar, en lo posible, las carencias y problemas que presentan los internos y, en definitiva, evitando que su estancia en los centros penitenciarios constituya un tiempo ocioso y perdido. Con esto, en definitiva, se pretende de un lado que el tratamiento penitenciario esté dotado de un mayor dinamismo y de otro, que el tiempo que el interno vaya a pasar dentro de prisión le reporte algún tipo de utilidad de cara a su puesta en libertad.

En el preámbulo se explica el cambio de enorme trascendencia en la interpretación del tratamiento penitenciario y que implica la superación total de su concepción clínica de la que hablamos con anterioridad. El Reglamento opta por una consideración amplia que no solo incluye las actividades terapéutico-asistenciales, sino también las actividades formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas y deportivas, concibiendo la reinserción del interno como un proceso de formación integral de la personalidad que le dote de instrumentos eficientes para su propia emancipación. El tratamiento ya no se limita únicamente al ámbito clínico, sino que amplía su marco de actuación a toda clase de aspectos abarcando incluso el ocio y el deporte⁵.

Estamos ante la superación de su visión estrictamente clínica por otra de carácter psicológico, educativo y social; un avance determinante para hacerlo posible con los medios humanos y personales existentes.

⁵ CARO HERRERO, Gabriel. El tratamiento penitenciario como llave para la reeducación y reinserción social. **Gabílex**: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, Toledo, n. 26, p. 247-298, 2021. Disponible en: <https://gabinetejuridico.castillalamancha.es/articulos/el-tratamiento-penitenciario-como-llave-para-la-reeducacion-y-reinsercion-social>. Acceso en: 17 mayo 2023.

Podemos afirmar que, desde 1996 y de forma progresiva, en España se ha consolidado la oferta a las personas privadas de libertad de un tratamiento válido para intentar superar las causas y factores personales y sociales que se halla en la etiología delictiva y, simultáneamente, intentar paliar los desfavorables efectos que el encarcelamiento provoca de forma inevitable.

2.2 Actividades de tratamiento: programas específicos de intervención

La Instrucción 12/2006 estableció un procedimiento para la programación, evaluación e incentivación de la participación de todos los internos en actividades y programas de tratamiento. Podemos considerar que se trata de una materialización del principio de individualización científica que constituye la esencia del sistema penitenciario actual y que supone la superación o el perfeccionamiento del progresivo, cuyos orígenes se remontan, con el Coronel Montesinos, a la primera mitad del siglo XIX.

Según esta Instrucción hoy vigente, en el momento del ingreso de una persona en prisión se le asignará el departamento o módulo más adecuado –procedimiento de clasificación interior conforme a los criterios establecidos en el art. 16 LOGP- y se diseñará el programa de intervención (para preventivos) o de tratamiento (para penados) teniendo en cuenta sus necesidades y carencias, actitudes, aptitudes, habilidades y recursos, así como la historia laboral, familiar y social, el delito cometido y la duración de la condena. La participación en las actividades es voluntaria y se incentivará y estimulará por parte de la Institución y sus profesionales.

La Instrucción establece dos niveles de actividades:

- A. Prioritarias, que se dirigen a subsanar las carencias más básicas del sujeto, como pueden ser la educación y la instrucción⁶, la insuficiencia de formación profesional o de hábitos laborales, y la carencia de prácticas de salud o de higiene aceptables.
- B. Complementarias, que son aquellas que no están relacionadas directamente con la etiología del delito cometido ni con las carencias detectadas, pero que, junto con las anteriores, ofrecen al interno una mejor calidad de vida y amplían sus perspectivas educativas, formativas o profesionales. Entre ellas están las actividades culturales, recreativas, deportivas u ocupacionales.

Como señalan De Marcos Madruga y De Vicente Martínez, el deporte en los centros es una actividad fundamental porque fomenta valores como el espíritu de equipo, el respeto a las normas y la vida saludable. Forma parte de la terapia para numerosos internos y su práctica se desarrolla en colaboración con importantes clubes deportivos y en los centros se han constituido numerosas escuelas deportivas⁷.

Estas actividades básicas que permiten la ocupación provechosa y productiva del tiempo de internamiento se completan con distintos programas específicos de intervención que se dirigen a diversos colectivos de internos y se vinculan directamente con la etiología del delito por el que se hallan privados de libertad. Son los programas de tratamiento que constituyen uno de los pilares del sistema penitenciario español.

⁶ Un número importante de personas que ingresan en prisión son analfabetos o funcionales. Muchos no han completado los estudios básicos que, según la Constitución son obligatorios. De forma significativa los reclusos aprovechan el tiempo de internamiento para ampliarlos y una cifra nada desdeñable afronta los cursos de acceso a la Universidad y realizan estudios universitarios de grado.

⁷ MARCOS MADRUGA, Florencio de; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. **Vademecum de derecho penitenciario**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 55.

Atendiendo a lo establecido por Pozuelo Rubio, responsable de su diseño e implementación⁸, son, entre otros, los siguientes:

- a. Programas de control de la conducta sexual (PCAS), dirigido a internos que han cometido delitos de tipo sexual contra mujeres o menores. La intervención se orienta a que reconozcan su responsabilidad delictiva puesto que, en numerosas ocasiones, tienden a negar o minimizar la gravedad de la agresión. Ofrece el aprendizaje del control de los propios impulsos, la concienciación del daño ocasionado y de las consecuencias que se derivan. También se aborda la prevención de recaídas identificando situaciones de riesgo y la empatía con la víctima
- b. Programa de tratamiento de maltratadores en el ámbito familiar y programa de intervención para agresores de violencia de género (PRIA). Se estructura en varias unidades progresivas con las que se intenta modificar las variables relacionadas con las actitudes del infractor mediante intervenciones de tipo psicoterapéutico y educativo. Pretenden la toma de conciencia del daño causado, modificación de pensamientos, actitudes y creencias de tipo sexista que justifican la desigualdad de género, la identificación de formas de violencia no percibidas como tales, la asunción de responsabilidad y la eliminación de estrategias defensivas o justificadoras de hechos violentos. Finalmente se fomenta la creación de un sentimiento de empatía hacia las víctimas.

⁸ POZUELO ROBIO, Florencia. Los programas específicos de tratamiento: rindiendo homenaje a los 40 años de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979. **Revista de Estudios Penitenciarios**, Madrid, n. extra, p. 243-260, 2019. Disponible en: https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas/revista-de-estudios-penitenciarios/Revista_de_estudios_penitenciarios_extra_2019_126150491.pdf. Acceso en: 17 mayo 2023.

- c. Programa para personas con discapacidad física, sensorial, psíquica o intelectual (PAIEM). Se trata de un programa que aborda uno de los problemas más importantes que sufren los sistemas penitenciarios en la actualidad: la salud mental⁹. Se aplica en todos los centros españoles por un equipo interdisciplinar compuesto por personal sanitario especialista en salud mental y profesionales de tratamiento. Los ejes fundamentales son la detección del caso, la atención clínica y la realización de un programa de rehabilitación específico y personalizado¹⁰.
- d. Módulos de respeto. Se halla implantado en todos los centros penitenciarios y pretende crear espacios adecuados para que los internos desarrollen sus capacidades como ciudadanos responsables y respetuosos con la normativa. Incorpora la educación en valores positivos y en la creación de un estilo de vida basado en la confianza, la solidaridad y la resolución pacífica de los conflictos que, inevitablemente, surgen en la prisión. La higiene, el cuidado de la salud, los buenos hábitos, la participación en las actividades programadas y el compañerismo en las relaciones interpersonales son aspectos presentes en la vida diaria. Un elemento importante es la implicación de los funcionarios de vigilancia con los objetivos de este programa, convirtiéndose en tutores de los

⁹ Sobre la presencia de trastornos mentales en prisión MATA Y MARTÍN, Ricardo. La protección de la salud mental en los centros penitenciarios. In: MONTERO HERNANZ, Tomás (coord). *Salud mental y privación de libertad: aspectos jurídicos e intervención*. Barcelona: JM Bosch, 2021. p. 23-43.

¹⁰ GONZÁLEZ TEJEDOR, Delia. Programa de intervención en enfermos mentales en el medio penitenciario. In: MONTERO HERNANZ, Tomás (coord). **Salud mental y privación de libertad: aspectos jurídicos e intervención**. Barcelona: JM Bosch, 2021. p. 213-232.

reclusos en la tarea de incorporarles como ciudadanos libres y responsables¹¹.

- e. Unidades de intervención en drogodependencias. Pretenden crear espacios libres de las interferencias que genera la droga y su entorno para provocar cambios en los hábitos y aptitudes de los internos de modo que puedan continuar su tratamiento en los diversos recursos terapéuticos comunitarios. Es el programa con mayor incidencia en los establecimientos debido a la vinculación que existe entre esta problemática y la delincuencia. Como señala Gusasola Ledesma, el medio penitenciario es un marco especialmente proclive al consumo de drogas por resultar este una vía de escape a la vida en prisión, representando, también para el recluso, un reforzamiento de su posición hostil al sistema. El consumo de drogas forma parte de la subcultura criminal y, dentro de ella, de la subcultura carcelaria. La droga en prisión es fuente de continuos problemas para los consumidores, para los traficantes y para los funcionarios, cada uno en su ámbito¹². Para su abordaje, en las prisiones españolas existen programas de prevención y educación para la salud, de intercambio de jeringuillas, tratamientos con metadona, programas de deshabituación y programas de reincorporación social dirigidos a exreclusos.
- f. Programa de normalización de conductas. Se dirige a los internos que permanecen al margen de cualquier intervención mostrando una actitud hostil hacia todo lo que ofrece la

¹¹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Rafael. Los módulos de respeto como escenarios de reeducación y reinserción social. In: MONTERO HERNANZ, Tomás (coord). **Reinserción y prisión**. Barcelona: JM Bosch editor, 2021. p. 89-118.

¹² GUIASOLA LERMA, Cristina. Los programas de tratamiento en el medio penitenciario: una perspectiva actual. In: LEÓN ALAPONT, José (dir.). **Guía práctica de derecho penitenciario**. Madrid: Wolters Kluwer, 2022. p. 356.

institución. Estos reclusos responden a ciertos patrones de conducta como son: déficit en conducta y valores prosociales, actitud negativa ante cualquier tipo de actividad o programa de tratamiento, inactividad, rechazo de todo lo que se relaciona con el sistema penitenciario y elevada impulsividad. En ocasiones presenta problema de toxicomanía y, en algunos casos, retraso o problemas mentales. Es evidente que en un medio tan hostil como el penitenciario, las actitudes emocionalmente negativas encuentran un terreno favorable para su proliferación.

3 LOS EFECTOS DESFAVORABLES DE LA PRISIÓN

Mapelli Caffarena ha estudiado en profundidad el concepto *nil nocere*, elaborado previamente por Mayer, según el cual la ejecución penitenciaria no tendría, en definitiva, otro sentido que limitarse a no dañar a quien la padece. Fue Schöler-Springorum quien hizo de este principio el verdadero criterio de la ejecución penal como meta principal al objeto de evitar su dañosidad junto con el de la utilización de un trabajo para la prevención especial. En último término se trata de contrarrestar las consecuencias marginales y negativas que conlleva el ingreso en la Institución y que tiene una triple manifestación y tres momentos cruciales distintos. El primero se produce con el procedimiento de ingreso que implica un ritual de desidentificación (aislamiento en celda durante los primeros días, incautación de objetos, cacheos personales...). El segundo lo constituye el progresivo proceso de deprivación, por el que se limita la libertad y la capacidad de autodeterminación del interno, quedando

sometido a procesos de control hasta en los más insignificantes detalles, lo que supone que en preso se convierta en una persona dependiente del sistema. El tercero es el proceso de prisionización, por el que se pretende que el penado se convierta no en un buen ciudadano, sino en un buen recluso, para lo que se crea un sistema de recompensas y castigos¹³.

La existencia de una amplia oferta de actividades que posibilite que los reclusos ocupen la mayor parte del tiempo de internamiento de forma útil y provechosa implica también minimizar los efectos desfavorables del internamiento carcelario. Clemmer, Story-Sainty y Sutherland-Crsey estudiaron, a mediados de la pasada centuria, los efectos desfavorables del encarcelamiento. Comenzaron a estudiar la evidente existencia de una subcultura carcelaria, la composición de la población penal con su personalidad y características así como las causas y factores de la delincuencia en términos predominantemente sociológicos.

Goffman describió los efectos que en las personas produce el encarcelamiento vinculándolos a su concepción de institución total. Estas instituciones cerradas generan sus propias dinámicas en la medida en que todos los aspectos de la vida se desarrollan en el mismo lugar, sometidos a un plan predefinido y bajo la misma autoridad. Todas las actividades se realizan junto con otros y están estrictamente programadas. Esto supone un inevitable impacto de la cárcel sobre el sujeto internado que conlleva su desculturación, lo que incapacita al sujeto a adaptarse posteriormente a la sociedad libre. La multilación del yo por las distintas condiciones de las instituciones totales genera alta tensión psíquica en el recluso así como la creación de un estado de dependencia, sentimiento de tiempo perdido, la producción de una actitud egoísta y su estigmatización.

¹³ MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Principios fundamentales del sistema penitenciario español**. Barcelona: JM Bosch, 1983. p.107-108.

4 AJEDREZ Y PRISIÓN

Monotonía, ausencia de estímulos, despersonalización, inutilidad, hostilidad, alejamiento, aislamiento, pérdida de tiempo, inhibición, miedo, ansiedad, agobio, pérdida de identidad, control permanente, agresividad, indefensión, desadaptación, odio, violencia, destrucción, conflicto, inhumanidad, insensibilidad, soledad, tristeza, depresión, frustración, desesperanza. Son solo alguno de los términos que nos han transmitido las personas recluidas en el Centro penitenciario de Topas al solicitarles una palabra asociada a la cárcel. En definitiva dolor. Ante esta realidad, cualquier actividad de palíe sus efectos negativos es válida. Y existe un juego milenario que cumple con esta finalidad: el ajedrez. Es una actividad que ha sido catalogada como deporte, como juego, como ciencia, como filosofía. Su polivalencia es lo que precisamente permite que sea utilizada como herramienta que va mucho más allá de la práctica de un juego con capacidades intelectuales¹⁴.

Es una actividad universal, accesible, económica de practicar, que aumenta la capacidad estratégica, matemática y memorística de quien lo ejercita. Potencia las facultades para tomar decisiones en momentos o situaciones de presión y la capacidad de concentración. El gran divulgador del ajedrez en España, García Olasagasti, ha señalado que su ejercicio implica numerosos procesos cognitivos de alto nivel: atención, concentración, percepción espacial, memoria, motivación, tomas de decisiones, análisis, organización, planificación, cálculo...¹⁵. Esta actividad no solo desarrolla lo que podemos llamar inteligencia pura o cognitiva,

¹⁴ En España, la Comisión de Educación del Congreso de los Diputados, en sesión del día 11 de febrero de 2015, acordó implantar y fomentar la práctica del ajedrez en escuelas y espacios públicos. Supone la aplicación de la Resolución del Parlamento Europeo 50/2011, de 15 de marzo de 2012, sobre la introducción del programa “Ajedrez en la Escuela” en los sistemas educativos de la Unión Europea, así como en los espacios públicos y su promoción como deporte.

¹⁵ GARCÍA OLASAGASTI, Leontxo. **Ajedrez y ciencia, pasiones mezcladas**. Barcelona: Editorial Crítica, 2013.

sino también la socio-afectiva o emocional; es decir, aspectos que inciden en comportamiento como la autoestima, la motivación, la disciplina, la adaptación al entorno, el respeto a las normas y la sociabilidad.

Este juego desarrolla la concentración, la memoria, el razonamiento lógico, el **pensamiento científico**, la autocrítica (*las partidas se revisan y se repiensen siempre al término, y el que más aprende es el que pierde*), la responsabilidad personal, la motivación (*cuanto más sabes, más quieres saber*), la reflexión sobre las consecuencias de lo que haces, la creatividad, la paciencia, la disciplina, el cálculo de riesgos, la atención a dos cosas a la vez, la tenacidad, la capacidad de visión global (*si tengo que hacer ocho jugadas para llegar adonde yo quiero, tengo que hacerlas*) y el cálculo espacial (*prevés cómo estará el tablero en cuatro jugadas para ver si te interesa*). Además el ajedrez ayuda a contrarrestar la sobreestimulación, proporcionando un entretenimiento tranquilo que, al mismo tiempo, exige profundizar en el análisis. Abre un espacio de comunicación entre personas de diferente edad y condición, emplea un lenguaje universal, fomenta el sentido de la responsabilidad y la autocrítica, inculca el respeto a las normas, existe el cumplimiento de un protocolo o normas de cortesía, refuerza la confianza en sí mismo y estimula la resiliencia como capacidad de adaptación ante situaciones adversas.

García Olasagasti pone de manifiesto que, de las ocho inteligencias de Howard Garner¹⁶, el ajedrez desarrolla al menos cinco: la lingüística, la lógicomatemática, la espacial, la intrapersonal y la interpersonal. También son decisivos los beneficios que tiene para la mente humana y para la sociedad por la prevención y el retraso de enfermedades mentales. Según su propia constatación, los neurólogos consideran que la práctica del ajedrez retrasa el envejecimiento cerebral y podría prevenir el Alzheimer. También ha destacado que el ajedrez permite desahogar la violencia que todo ser humano lleva adentro. Es una especie

¹⁶ GARNER, Howard. **Estructuras de la mente**: la teoría de las inteligencias múltiples. México: Fondo de Cultura Económica, 2010.

de guerra sin sangre. Por eso afirma que cuando le dicen que es un juego muy aburrido, contesta: “Si funciona muy bien con los niños hiperactivos, es imposible que sea aburrido”; y narra que una vez un preso peligroso que se convirtió en modélico por jugar al ajedrez, le dijo claramente en la prisión de Almería: “El ajedrez nos quita mucha cárcel, porque cada hora que pasamos jugando pasa más rápido y no pensamos en cómo conseguir droga. Nos absorbe”¹⁷.

Cuenta Illescas Córdoba, Gran maestro internacional y referente del ajedrez español, que estuvo algunos años rozando el mundo de las drogas y que encontró en este juego una incomparable ayuda para superar esta fase perniciosa de su vida y alejarse de aspectos muy negativos¹⁸. Por eso considera que la generalización de esta actividad en espacios específicos de educación y reinserción de determinados colectivos sociales (establecimientos penitenciarios, centros de menores, comunidades terapéuticas y de rehabilitación de toxicómanos) conlleva unas ventajas incuestionables. De igual manera, analiza el impacto de la práctica del ajedrez en el mundo del emprendimiento y empresarial, concluyendo que es determinante. Ha escrito que las buenas ideas requieren personas decididas que las hagan realidad, y éstas son las realmente imprescindibles. En ajedrez nos acostumbramos a ver el tablero –el mundo en su globalidad-, con un gran número de interacciones. Una buena estrategia general no sirve de nada si no encaja en los valores y visión de la organización, o con el carácter y aptitudes de las personas que deben aplicarla. El ajedrez nos ayuda a superar nuestras limitaciones, a dar lo mejor de nosotros mismos, a mantener una actitud apropiada ante las dificultades. El principal enemigo de una persona puede ser él mismo: el

¹⁷ GARCÍA OLSAGASTI, Leontxo. El ajedrez es más útil que nunca porque divierte pensando. **Clarín deportes**, Buenos Aires, 26 feb. 2019. Disponible en: https://www.clarin.com/deportes/polideportivo/leontxo-garcia-ajedrez-util-divierte-pensando_o_PDNCeAIEEX.html. Acceso en: 7 jun. 2023.

¹⁸ MARÍN BELLÓN, Federico. Illescas: el ajedrez me ayudó a escapar de algunos peligros, como las drogas. **ABC blogs**, 3 de mar. 2015. Disponible en: <https://abcblogs.abc.es/jugar-con-cabeza/ajedrez/miguel-illescas-ajedrez-escapa-peligros-como-drogas-tve.html>. Acceso en: 7 jun. 2023.

desánimo, el cansancio de la rutina, la falta de confianza o la autoestima. Nuestro rival es, en realidad, la vida misma, el reto que supone no perder la esperanza y seguir luchando, aprendiendo y mejorando cada día, cada minuto.

Aplicado este planteamiento al trabajo con los reclusos y desde el conocimiento que nos brinda nuestro trabajo en prisiones como profesional del mismo y como colaboradora con la Institución, debemos intentar conseguir que en cada hombre o mujer privados de libertad haya un emprendedor que consiga reconducir su existencia. Las personas encarceladas, una vez recobrada la libertad, deben reconstruir su vida aprovechando todas las herramientas que la Institución carcelaria ha puesto a su disposición, y el ajedrez es una de ellas. No puede haber proyecto más ilusionante y necesario que reorganizar el porvenir al margen de la comisión de hechos delictivos. La reconstrucción de la persona, la *repersonalización* de la que en España hablaron Ruiz Vadillo o Beristain Ipiña, constituye una exigente tarea de emprendimiento personal que el recluso debe afrontar. Está en juego su futuro y el de sus seres próximos; familiares, allegados y amigos, quienes también padecerán el fracaso personal que constituye la reincidencia en la actividad delictiva o disfrutarán del éxito de la reintegración en la sociedad. La existencia de problemas y las dificultades que toda persona debe abordar en su proceso vital no pueden ser encarados desde la ilegalidad o la confrontación con el ordenamiento jurídico, y el ajedrez ofrece unas pautas claras para alcanzar las metas propuestas desde la prudencia y la reflexión.

Garry Kasparov, posiblemente en mejor ajedrecista de la historia, ha escrito que lo que nos suceda en el porvenir no depende únicamente de nuestro pasado, sino de hasta qué punto comprendamos y utilicemos ese pasado. Con visión de futuro y esfuerzo, podemos dar a lo ocurrido la forma que queremos. El ajedrez es una herramienta de aprendizaje de primer orden en la media en que facilita un pensamiento basado en la elaboración de estrategias para planificar la ruta hacia el futuro,

organizar nuestros recursos, darles el rumbo adecuado, decidir lo que necesitamos y despojarnos de todo lo superfluo. En ocasiones es preciso sacrificar piezas y posiciones para alcanzar el triunfo final. Lo importante es ser conscientes de todas las decisiones que se toman y considerar que los éxitos llegan no solo evaluando el futuro de nuestros actos, también mirando hacia atrás analizando nuestras decisiones anteriores y la eficacia del proceso que nos llevó a tomarlas. La prisión no puede ser el tiempo perdido inutilmente del que hablan las personas encarceladas, debe ser un espacio propicio para la reflexión y el análisis del comportamiento anterior como requisito previo a la construcción de futuro. Como señala Kasparov, en lugar de fatigarnos, nuestra búsqueda de los errores debe vigorizarnos e infundirnos renovada confianza e inspiración¹⁹. Desde esta perspectiva, el tiempo de encarcelamiento cobra un sentido diferente y positivo.

Que tengamos tres fases en una partida -apertura, medio juego y final- estimula el desarrollo de estrategias de planificación. El hecho de obtener una respuesta inmediata en cada movimiento, condiciona, casi con un efecto pavloviano, la inhibición. Esto es maravilloso si somos capaces de trasladarlo a lo internos a través de su participación en cualquiera de los programas terapéuticos que se desarrollan o como una actividad más que la Institución les ofrece. Su práctica también favorece el control emocional y todos los aficionados al mismo aprendemos a autorregularnos, a mantener la calma en la derrota y la euforia en la victoria. Desde un punto de vista meramente regimental o de mantenimiento del orden y la disciplina imprescindible en la prisión, jugar al ajedrez es una inigualable actividad.

En la actualidad estamos asistiendo a una auténtica revolución en cuanto al conocimiento del cerebro. El ajedrez parece manifestar el equilibrio perfecto entre lo simple y lo complejo, por eso ha sido utilizado en diversos experimentos científicos. Keiji Tanaka lleva años dedicado a

¹⁹ KASPAROV, Garry. **Cómo la vida imita al ajedrez**: el mejor ajedrecista de la historia nos enseña a ver la vida como un juego. Madrid: Debate, 2007. p. 335-337.

la Neurociencia, muchos de ellos explorando el cerebro de los jugadores de ajedrez. Sus estudios han permitido identificar, por primera vez, dónde está el centro estratégico del encéfalo. Según sus resultados la capacidad para decidir una estrategia en un periodo muy corto de tiempo se desarrolla gracias al entrenamiento. Cuando jugamos al ajedrez nuestros dos hemisferios cerebrales están trabajando simultáneamente, haciendo nuestro pensamiento más rápido y eficaz²⁰. También establece un intenso intercambio entre las personas que, pese a no existir contacto físico o visual, acaba generando confianza entre los jugadores y crea una dinámica positiva que puede extrapolarse a otras actividades. Esta actividad establece un diálogo entre las personas y es especialmente adecuada para aquellas que están en situación de internamiento por razón de enfermedad u otros motivos donde podemos incluir, sin duda, el encierro carcelario. Alrededor de un tablero todas las personas pueden dar lo mejor de sí mismos y compartir sus dificultades con los demás. No imaginamos ningún otro deporte que ofrezca estas posibilidades.

Cuando un aficionado juega una partida, su cabeza entra en ebullición y se activan procesos cognitivos como son la atención, el cálculo o el pensamiento estratégico, por citar tres de los más reconocibles. El ajedrez ayuda a controlar los impulsos, supone un arma potente para la reflexión y la evaluación de los riesgos que nuestras decisiones acarrearán. Por definición, la derrota en ajedrez solo puede ser debida al propio error. Se ha escrito que el ajedrez es como la vida misma; Fischer corrigió esta frase y señaló que el ajedrez es la vida. Estas consideraciones son perfectas y aplicables con precisión a las personas en conflicto con la norma penal.

²⁰ TANAKA, Keiji. The neural basis of intuitive best next-move generation in Board Game Experts. **Science**, [s. l.], v. 331, n. 6015, p. 341-346, jan. 2011.

4.1 Ajedrez y Sociedad

Paco Cerdá, periodista y escritor comprometido con los sectores más desfavorecidos de la sociedad, ha publicado una novela de no ficción bajo el título *El Peón* que, con el argumento de hacer un seguimiento de la trayectoria de Arturo Pomar, niño prodigio del ajedrez en España en la época de la posguerra civil, desvela la vida de numerosas personas que se sacrificaron ante la dictadura franquista o el capitalismo pagando un precio de muerte, cárcel, exilio o soledad. Cerdá teje una original historia acerca del compromiso personal, el ajedrez y el poder para reflexionar sobre dos cuestiones: qué hace la Historia en mayúsculas con la vida de la gente minúscula y cómo el sacrificio individual explica las luchas colectivas. Su aparición en las librerías fue un inesperado éxito editorial. Con una extraordinaria profundidad describe la vida y las situaciones de diversas personas que constituyen peones de la sociedad, personajes luchadores y perdedores. La obra también describe lo que el gran jugador del siglo diecinueve Siegbert Tarrastch denominó la ceguera momentánea en el ajedrez. A este mal responden las jugadas ilógicas, los descuidos imperdonables, los errores impropios de los jugadores. El exceso de relajación o, en sentido opuesto, una sobredosis de presión, pueden detonar la ofuscación repentina y arruinar el desarrollo de una partida. En la vida real, existen numerosos reclusos, peones en la partida, que han movido mal sus piezas y han arruinado su existencia. Debemos aspirar a que la actividad delictiva sea el resultado una ceguera momentánea en la partida que están disputando, partida que no es otra cosa que su propia vida, y finalmente triunfe la inteligencia y la reflexión acertada. Pero como Cerdá señala, nunca un peón es solo un peón. Los más desfavorecidos, los seres más insignificantes, forman parte de un conjunto, de un equipo, de la sociedad, en la que se integran y están llamados a cumplir una importante misión. Encontramos aquí la esencia del Estado social de Derecho que constituye el basamento

de la finalidad reeducadora y resocializadora de las penas privativas de libertad.

En palabras del primer gran maestro de la historia de esta actividad, el francés François-André Danican Philidor, que vivió en la época de la Ilustración y el racionalismo filosófico, “los peones son el alma del ajedrez”, preludio inquietante del estallido de la Revolución francesa y anuncio del surgimiento del concepto de ciudadanía. Los presos, las personas privadas de libertad por la comisión de hechos delictivos, en un Estado social y democrático como es España, son personas necesitadas de especial protección, seres pertenecientes a la colectividad a la que están llamados a reintegrarse en plenitud y a contribuir a su progreso y desarrollo. Los peones no pueden ser excluidos de la partida porque su aportación es esencial. Esta es la labor última de la Institución penitenciaria que tiene en el ajedrez un elemento poderoso para alcanzarlo y en la que debe participar toda sociedad.

4.2 Ajedrez y Convivencia

El ajedrez llegó a España con la invasión musulmana, y fueron los españoles quienes lo exportaron a buena parte de Europa y de América durante su imperio. En el Siglo trece, Alfonso X el Sabio, escribió un libro en el que lo calificó como instrumento muy útil para la buena convivencia entre musulmanes, judíos y cristianos.

En un espacio penitenciario, alrededor de un tablero de ajedrez, conviven en armonía reclusos de diversa consideración. Podemos imaginar partidas jugadas entre presos y presas, reclusos con personal penitenciario o contra los hombres y las mujeres que acceden a los establecimientos carcelarios como miembros de cualquiera de las muchas Organizaciones de apoyo que, de forma inestimable, colaboran con la Institución. Ese acto, ese juego inteligente, les iguala en condición y fomenta el surgimiento de estrechos vínculos de colaboración y respeto. El preso que respeta las

normas del ajedrez respetará las reglas de la Institución. Como señala Eduardo Scala:

El ajedrez es un juego de habilidad, de destreza, de inteligencia, se gana entendiendo, no odiando al adversario, no diciéndose que es un enemigo al que hay que destruir. En un juego de conocimiento. En que conoce es pacífico, tiene amor, y gana porque realmente ve más allá que el adversario. Es el más poderoso²¹.

Los incidentes en las cárceles surgen por infinidad de motivos banales o profundos (deudas, extorsiones, abusos, existencia de mafias y bandas enfrentadas, racismo, xenofobia, control de espacios, venganzas, desesperación, enfermedad...). Nos encontramos ante un grupo de seres sumamente jerarquizado donde conviven, en condiciones contrarias a la propia naturaleza humana, seres dominantes con otros subordinados. Pero nunca hemos visto que una disputa personal se haya iniciado por una discusión sobre el juego. Ante bien, los reclusos se estrechan la mano antes de iniciar la partida y una vez finalizada. El perdedor siempre felicita al vencedor porque solamente el mejor juego ha decidido el resultado final. De una partida y como revancha surgen otras y, de ahí, una buena relación personal y también la amistad. Hay una corriente de larga y antigua tradición que considera el ajedrez como una representación simbólica de la estructura jerarquizada de un reino, con los distintos cargos, dignidades y oficios que lo compone. La estructuración que existe en la sociedad tiene también su proyección en el ajedrez. Cada pieza tiene su función esencial en el conjunto de la partida y cada preso cumple una misión en la estructura jerárquica y piramidal en la que se encuentra encerrado. El tablero es la cárcel y el recluso es una pieza. Jugar

²¹ SCALA, Eduardo. El ajedrez, de arte de la guerra a arte de paz: tablas. **Museo del Ajedrez Casa de Campo**, Madrid. Disponible en: <https://museodelajedrez.es/ajedrez-arte-de-paz/>. Acceso en: 7 jun. 2023.

al ajedrez no solamente ayuda a entender la complejidad de la prisión y de la sociedad sino que también revela el papel que cada persona tenemos en estas situaciones y nos permite adaptarnos a la realidad para conseguir las metas establecidas. El ajedrez ayuda a entender la realidad y acomodarnos a ella.

Es un juego competitivo, debido a la naturaleza de la confrontación entre dos jugadores, e individual, ya que los participantes buscan divertirse, aprender, jugar, ganar, desarrollar estrategias...; pero dicha capacitación se hace de forma particular y personal. Sin embargo, se puede argumentar que el ajedrez también puede tener componentes cooperativos, especialmente cuando se analiza desde otra perspectiva: ¿Dónde está el equipo en un tablero de ajedrez?

Los elementos colaborativos los encontramos en las piezas. Ellas son el verdadero equipo. Cada pieza en el tablero tiene un papel único y relevante para la estrategia general del jugador. Están interconectadas y se complementan entre sí para alcanzar un objetivo común. Del mismo modo, se apoyan y se ofrecen protección mutua, hasta el punto de ser necesario sacrificar una pieza en beneficio del grupo, mostrando un espíritu cooperativo y una comprensión de que el éxito del equipo es más importante que el bienestar individual. Aunque las piezas del ajedrez son controladas por un solo jugador, su sincronización demuestra un elaborado trabajo en equipo en busca de un fin compartido.

4.3 Algunas Experiencias Concretas

El ajedrez está siendo utilizado en diferentes prisiones como parte del tratamiento penitenciario. En España, Centro como Archidona, Badajoz, Cáceres II, Burgos, Acebuche o en el nuestro de Topas (Salamanca) entre otros, han incorporado programas de ajedrez en sus instalaciones como parte de su enfoque de rehabilitación. Estos programas incluyen la enseñanza del juego, torneos internos y competiciones entre

prisiones. La Federación Española de Ajedrez, Clubes de ajedrez, y diversas Asociaciones y Fundaciones colaboran estrechamente con las prisiones, proporcionando recursos y entrenadores especializados para apoyar la implementación del ajedrez en el sistema penitenciario. También cabe destacar la aportación de grandes maestros de los tableros como es el caso de Anatoli Karpov, que apadrina competiciones entre prisiones de diferentes países²².

Todos estos Centros abogan por el uso del ajedrez como herramienta para el cambio social. Consideran que es un juego que brinda a los reclusos una vía de escape a la rutina carcelaria, la oportunidad de interaccionar de manera positiva, y también contribuye a reducir síntomas comunes como la depresión, el estrés y la ira. Al desarrollar la memoria y el pensamiento lógico, así como al mejorar la concentración y la creatividad, facilita la reinserción de los reclusos. Además fomenta la superación personal, desarrolla la planificación estratégica y la capacidad de anticipar consecuencias y demuestra que el éxito es una recompensa por el esfuerzo y el trabajo bien hecho. Estos beneficios se transfieren a otras áreas de la vida, mejorando la toma de decisiones y la resolución de conflictos.

Según la Federación Internacional de Ajedrez, se observa que la tasa de reincidencia entre los reclusos que han participado en programas de ajedrez en prisión es significativamente menor²³.

²² GUERRA BENITO, Gema. El ajedrez me saca de prisión: cinco internos de la cárcel cacereña representan a España en una competición con presos de Rusia, Armenia y Estados Unidos que apadrina el maestro Anatoli Karpov. **El Periódico Extremadura**, 12 mayo 2021. Disponible en: <https://www.elperiodicoextremadura.com/caceres-local/2021/05/12/ajedrez-saca-prision-51700820.html>. Acceso en: 13 jun. 2023.

²³ SALVADOR, Antonio. Peones y alfiles para la reinserción: cinco presos españoles participan en un cuadrangular 'online' de ajedrez con reclusos de EEUU, Rusia y Armenia con el que se busca impulsar este juego en los centros penitenciarios como herramienta para favorecer la integración social. **El Independiente**, 12 jun. 2021. Disponible en: <https://www.elindependiente.com/espana/2021/05/12/peones-y-alfiles-para-la-reinsercion/>. Acceso en: 13 jun. 2023.

Iniciativas como las llevadas a cabo en España también existen en otros países. Quedemos resaltar la llevada a cabo por el gran maestro brasileño Darcy Lima cuyos resultados aportan unos datos que invitan al optimismo. En este país tan querido por nosotros, según sus estimaciones, la ratio de reincidentes es del 72%, pero entre los presos que empezaron a trabajar en el proyecto 'Ajedrez para la libertad' las cifras disminuyen de forma notoria. Entre los internos que llevaban menos de un año participando, el porcentaje baja al 42%. Los que llevaban entre uno y dos años, la cifra es del 22. Y los que han estado más de dos años solo reinciden en un 17%. Daño, seguro que no hace y lo que es seguro es que jugar al ajedrez es de las actividades que más ayudan a olvidar las penas²⁴.

5 CONCLUSIÓN

Es posible que reclusos que juegan al ajedrez no compartan nada de lo hasta ahora señalado. En efecto, existen presos cuyo planteamiento vital es regresar al mundo de la delincuencia y reincidir en el delito cuando las circunstancias sean favorables. La estancia en prisión es un periodo indeseado pero inevitable que interrumpe, provisionalmente, su carrera delictiva. También hay, y no lo podemos negar, presos cuya actividad en la prisión gira en torno al incumplimiento de la normativa penitenciaria perjudicando al resto de compañeros de internamiento, a los funcionarios y a la Institución en general. Ante esta realidad nos podemos preguntar ¿sirve de algo introducirlos en el mundo del ajedrez?

Con el título *breve tratado sobre la estupidez humana* apareció en España en 2018 un pequeño libro repleto de sabiduría, experiencia, humor e ironía. Como receta para luchar contra la estupidez, su autor ofrece una

²⁴ FIDE. **Chess for freedom**: online conference & demo chess tournament 11 mayo 2021. Disponible en: <https://www.fide.com/docs/presentations/Darcy%20Lima%20-%20Chess%20that%20Liberates.pdf>. Acceso en: 13 jun. 2023.

importantísima: buscarse distracciones solitarias, tranquilas y silenciosas. Afirma que quien es aficionado al ajedrez, en cuanto que tiene cierta capacidad para llenarse su tiempo libre ya tiene un punto de inteligencia, pero también puede poseer una generosa dosis de estupidez. Ahora bien, mientras esté absorto en su pasatiempo está callado, no da la monserga a nadie y se porta con sus semejantes igual que si fuera inteligente. Durante las horas en las que está abstraído con sus cosas el número de tontos que hay en el mundo decrece en una unidad. Ciertamente esta mejoría es pequeña, pasajera y transitoria, pero merece la pena ser tenida en cuenta²⁵.

Para los que quieren aprovechar el tiempo de internamiento de una forma útil, para los que realizan programas de tratamiento relacionados con la actividad delictiva cometida y para los que desprecian cualquier actividad que pueda ofertarles la Institución, llevar el ajedrez a las prisiones e inundarlas con esta actividad constituye, siguiendo esta reflexión, una magnífica forma de lucha contra ese lado oscuro que todos los seres humanos tenemos dentro. Sin duda alguna, un tablero de ajedrez y sus 32 piezas dentro de una prisión tienen un poder tratamental y regimental irrenunciable. Disputar amablemente una partida de ajedrez en la cárcel es un ejercicio de libertad.

²⁵ MORENO CASTILLO, Ricardo. **Breve tratado sobre la estupidez humana**. Madrid: Fórcola, 2018. p. 91-92.

REFERENCIAS

ALARCÓN BRAVO, Jesús. El tratamiento penitenciario. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago, n. 2, p. 13-42, 1977-1978.

ANDRÉS LASO, Antonio. **Nos hará reconocernos**: la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria: origen, evolución y futuro. Madrid: Ministerio del Interior, 2016.

CARO HERRERO, Gabriel. El tratamiento penitenciario como llave para la reeducación y reinserción social. **Gabilex**: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, Toledo, n. 26, p. 247-298, 2021.

FIDE. **Chess for freedom**: online conference & demo chess tournament 11 may 2021. Disponible en: <https://www.fide.com/docs/presentations/Darcy%20Lima%20-%20Chess%20that%20Liberates.pdf>. Acceso em: 13 jun. 2023.

GARCÍA OLASAGASTI, Leontxo. **Ajedrez y ciencia, pasiones mezcladas**. Barcelona: Editorial Crítica, 2013.

GARCÍA OLSAGASTI, Leontxo. El ajedrez es más útil que nunca porque divierte pensando. **Clarín deportes**, Buenos Aires, 26 feb. 2019.

GARNER, Howard. **Estructuras de la mente**: la teoría de las inteligencias múltiples. México: Fondo de Cultura Económica. 2010.

GONZÁLEZ TEJEDOR, Delia. Programa de intervención en enfermos mentales en el medio penitenciario. In: MONTERO HERNANZ, Tomás (coord). **Salud mental y privación de libertad**: aspectos jurídicos e intervención. Barcelona: JM Bosch, 2021. p. 213-232.

GUERRA BENITO, Gema. El ajedrez me saca de prisión: cinco internos de la cárcel cacereña representan a España en una competición con presos de Rusia, Armenia y Estados Unidos que apadrina el maestro Anatoli Karpov. **El Periódico Extremadura**, 12 mayo 2021. Disponible en: <https://www.elperiodicoextremadura.com/caceres-local/2021/05/12/ajedrez-saca-prision-51700820.html>. Acceso en: 13 jun. 2023.

GUISASOLA LERMA, Cristina. Los programas de tratamiento en el medio penitenciario: una perspectiva actual. In: LEÓN ALAPONT, José (dir.). **Guía práctica de derecho penitenciario**. Madrid: Wolters Kluwer, 2022. p. 350-380.

KASPAROV, Garry. **Cómo la vida imita al ajedrez**: el mejor ajedrecista de la historia nos enseña a ver la vida como un juego. Madrid: Debate, 2007.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. **Principios fundamentales del sistema penitenciario español**. Barcelona: JM Bosch, 1983.

MARÍN BELLÓN, Federico. Illescas: el ajedrez me ayudó a escapar de algunos peligros, como las drogas. **ABC blogs**, 3 de mar. 2015.

MARCOS MADRUGA, Florencio de; VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de. **Vademecum de derecho penitenciario**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Rafael. Los módulos de respeto como escenarios de reeducación y reinserción social. In: MONTERO

HERNANZ, Tomás (coord). **Reinserción y prisión**. Barcelona: JM Bosch editor, 2021. p. 89-118.

MATA Y MARTÍN, Ricardo. **Fundamentos del sistema penitenciario**. Madrid: Tecnos, 2016.

MATA Y MARTÍN, Ricardo. La protección de la salud mental en los centros penitenciarios. In: MONTERO HERNANZ, Tomás (coord). **Salud mental y privación de libertad**: aspectos jurídicos e intervención. Barcelona: JM Bosch, 2021. p. 23-43.

MORENO CASTILLO, Ricardo. **Breve tratado sobre la estupidez humana**. Madrid: Fórcola, 2018.

POZUELO ROBIO, Florencia. Los programas específicos de tratamiento: rindiendo homenaje a los 40 años de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979. **Revista de Estudios Penitenciarios**, Madrid, n. extra, p. 243-260, 2019.

SALVADOR, Antonio. Peones y alfiles para la reinserción: cinco presos españoles participan en un cuadrangular 'online' de ajedrez con reclusos de EEUU, Rusia y Armenia con el que se busca impulsar este juego en los centros penitenciarios como herramienta para favorecer la integración social. **El Independiente**, 12 jun. 2021. Disponible en: <https://www.elperiodicoextremadura.com/caceres-local/2021/05/12/ajedrez-saca-prision-51700820.html> Acceso en: 13 jun. 2023.

SCALA, Eduardo. El ajedrez, de arte de la guerra a arte de paz: tablas. **Museo del Ajedrez Casa de Campo**, Madrid. Disponible en: <https://museodelajedrez.es/ajedrez-arte-de-paz/>. Acceso en: 7 jun. 2023.



TANAKA, Keiji. The neural basis of intuitive best next-move generation in Board Game Experts. **Science**, [s. l.], v. 331, n. 6015, p. 341-346, jan. 2011.

YUSTE CASTILLEJO, Ángel. 40 años de tratamiento penitenciário: del voluntarismo dogmático al pragmatismo en la intervención. **Revista de Estudios Penitenciarios**, Madrid, n. extra, . p. 393-408, 2019.

CAPÍTULO 3

LIVROS QUE LIBERTAM: O PROJETO DE REMIÇÃO DE PENA PELA LEITURA NO SISTEMA PRISIONAL ALAGOANO

ALEXANDRE MACHADO DE OLIVEIRA*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O sistema prisional brasileiro. 3 O direito fundamental à educação no contexto prisional. 4 A leitura nos estabelecimentos penais. 5 Livros que libertam – LILI. 6 Conclusão. Referências.

* Juiz de direito titular da 16ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas – Execuções Penais. Mestre em Direito Público pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Curso de Formação de Delegado de Polícia Federal da Academia Nacional de Polícia – ANP. Vencedor do Prêmio Viviane do Amaral, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, categoria magistrado, 2022. Membro do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário – GMF. Coordenador do Comitê Interinstitucional de Alternativas Penais. Coordenador de Ensino à Distância da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas – Esmal. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Público do Centro de Ensino Superior de Maceió – Cesmac e da Esmal. Colaborador de Banca de Concurso Público do Cespe/Cebraspe. Professor convidado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam. Autor de obras jurídicas.

1 INTRODUÇÃO

A educação, em um contexto de privação da liberdade, constitui a última fronteira a ser transpassada, considerando as resistências existentes, quando se fala da necessidade de universalização de direitos não alcançados pela sentença penal condenatória, e imprescindíveis para a plena vivência dos valores democráticos.

Fazer chegar às pessoas privadas de liberdade o direito à educação, em sua plenitude de significados, nas vertentes escolarizada e não escolarizada, é um dos grandes desafios para os profissionais que atuam dentro do sistema prisional, o que envolve a comunhão de esforços de diversas instituições, entre as quais o Poder Judiciário.

O CNJ editou a Resolução n. 391, em 10 de maio de 2021,¹ para dispor expressamente sobre o direito à remição de pena pela leitura às pessoas privadas de liberdade que comprovem a leitura de qualquer obra literária, atribuindo ao Juízo de Execução Penal a sua regulamentação, bem como a instituição da Comissão de Validação.

No Estado de Alagoas, foi editada a Portaria Conjunta n. 001/2022² para, à luz da Resolução n. 391 do CNJ, regulamentar o funcionamento da remição pela leitura no sistema prisional alagoano. Tal ato normativo concebeu um fluxo de trabalho que permite emprestar maior operabilidade à ação educacional de leitura, considerando as restrições e dificuldades existentes em um ambiente de privação de liberdade.

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 391, de 10 de maio de 2021**. Estabelece procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição por meio de práticas sociais educativas em unidade de privação de liberdade. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original12500220210511609a7d7a4f8dc.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

² SECRETARIA DE ESTADO DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL. Portaria Conjunta n. 001, de 27 de outubro de 2022. Dispõe sobre a remição da pena pela leitura, no âmbito do Sistema Penitenciário do Estado de Alagoas, regulamentando o seu funcionamento. **Diário Oficial do Estado de Alagoas**: parte 1: seção 1: Poder Executivo, Maceió, ano 110, n. 1942, p. 61-65, 9 nov. 2022. Disponível em: <https://www.imprensaoficial.al.gov.br/storage/files/diary/2022/11/doeal-2022-11-09-completo-etcolgv9xag1uiy5lc5x-uts4utqxdnrdevioatqklbvtti-japgw.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

A partir da referida portaria nasce o projeto Livros que Libertam, uma parceria da Secretaria de Ressocialização e Inclusão Social – Seris e do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas – TJ/AL. O Projeto, em poucos meses, alcança mais da metade de toda a massa carcerária do regime fechado, e é com base na normativa e nos números, que passaremos a tratar da sua implementação, evolução, de aspectos técnicos e das perspectivas, considerando o seu potencial de replicabilidade, o baixo custo e os excelentes resultados alcançados.

2 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A população prisional nacional chegou à marca de 644.305 pessoas custodiadas em celas físicas, conforme dados do Relatório de Informações Penais – Relipen, do 1º semestre de 2023, da Secretaria Nacional de Políticas Penais – Senappen.³ Nesse cenário de avanço exponencial da massa carcerária – em 1990 eram 100 mil presos –, existe um número cada vez maior de faccionados no sistema, com as principais facções criminosas, Comando Vermelho – CV e Primeiro Comando da Capital – PCC, em franca campanha para aumentar seus exércitos.⁴

³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de informações penais – RELIPEN**: 1º semestre 2023. Brasília, DF: MJSP; SENAPPEN, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023/relipen>. Acesso em: 20 out. 2023.

⁴ A hegemonia das facções criminosas tem propiciado alterações significativas nas dinâmicas de poder dentro dos presídios, atravessando os muros do sistema prisional para se consolidar como um dos principais desafios à segurança pública nacional nas últimas três décadas.

No cenário de superlotação do sistema prisional,⁵ de agigantamento das facções e elevada taxa de retorno, algumas soluções são colocadas à mesa por estudiosos do tema, a exemplo da descriminalização ou mesmo da liberação desordenada da massa carcerária excedente. Tais soluções são equivocadas, pois geram outros efeitos danosos, como descrédito das instituições, maior reincidência em crimes graves e aumento da sensação de impunidade, o que nos coloca em uma espiral catastrófica.

O combate à criminalidade e a insegurança pública dependem necessariamente da tutela de condições dignas do encarceramento, para que as pessoas que lá estão possam retornar, ao convívio social, aptas a contribuir com a sociedade.

Um primeiro passo foi dado, com a constitucionalização da Polícia Penal.⁶ Esta categoria, que ainda demanda maior valorização, é um dos instrumentos importantes para inibir o crescimento das organizações criminosas e possibilitar a ampliação de ações ressocializadoras na prisão, promovendo, consequentemente, maiores benefícios a toda a sociedade, com a diminuição da violência urbana.

⁵ A superlotação e as condições degradantes do sistema prisional fizeram o STF declarar o “estado de coisas inconstitucional” a fim de impor ao Poder Público a tomada de decisões urgentes para a cessação de violações massivas aos direitos fundamentais. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF. Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário [...]. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intdo: União; Estados; Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 31, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 20 out. 2023.

⁶ A constitucionalização da polícia penal é um grande marco na reestruturação da segurança pública, sendo um dos maiores avanços no combate ao crime organizado e uma verdadeira revolução no sistema de execução penal. Nada do que tramitou no Legislativo nacional na última década foi tão importante, tão significativo e um duro golpe ao crime organizado, do que a Polícia Penal. BRASIL. **Emenda Constitucional n. 104, de 4 de dezembro de 2019**. Altera o inciso XIV do caput do art. 21, o § 4º do art. 32 e o art. 144 da Constituição Federal, para criar as polícias penais federal, estaduais e distrital. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc104.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

O segundo, e não menos importante, é o fortalecimento de ações nas áreas de trabalho e educação dentro do sistema prisional, pois são essas as medidas mais efetivas para redução do aliciamento de jovens por organizações criminosas dentro do sistema prisional e diminuição da taxa de reincidência.

É necessário que a sociedade compreenda que tudo o que acontece atrás dos grandes muros dos presídios interessa a todos nós e, para isso, deve se despir do preconceito e conhecer as particularidades desse ambiente para, a partir desta compreensão, cobrar a realização de ações aptas a transformar a prisão em um espaço de ressocialização, com ofertas adequadas de trabalho e educação.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO CONTEXTO PRISIONAL

A Constituição Federal destaca a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, estabelecendo como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, livre de preconceitos e voltada para a promoção do bem de todos.⁷

Independentemente da feição do Estado, social ou liberal, ele deve respeito aos direitos da personalidade, os quais são intrínsecos à natureza humana, uma vez que é uma organização posterior ao homem, não sendo um fim em si mesmo, mas, sim, um meio para a consecução dos objetivos humanos, o que resulta na necessidade de assegurar condições mínimas para uma existência digna a cada um dos membros da sociedade.⁸

⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

⁸ BORGES, Antônio de Moura. A guerra e sua (não) justificação. **Justilex**, Brasília, DF, v. 19, p. 36-37, 2003.

Tal zelo encerra a concepção de um direito individual protetivo da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, manifesta-se no direito de autodeterminação, revelando-se um mínimo invulnerável assegurado pelo ordenamento jurídico, no qual encontra a sua plena aplicabilidade.⁹

A ofensa à dignidade e, por sua vez, ao mínimo existencial de única pessoa é ofensa a todos os membros de uma comunidade. Rousseau afirma que “reunida assim esta multidão num corpo, não se pode ofender a um dos membros sem atacar o corpo, e muito menos ofender o corpo sem que seus membros se ressintam disso”.¹⁰

Dentro do núcleo do mínimo existencial para uma existência digna, está o direito à educação, constante nos arts. 6º, 205 e seguintes da Constituição Federal e amparado por normas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, dispondo que toda pessoa pode, e deve, ter acesso à educação e alfabetização, independentemente da idade (art. 26).

As Regras de Mandela,¹¹ ao preconizar as exigências mínimas das Nações Unidas para tratamento de presos, fizeram constar no seu rol o direito à educação, à biblioteca e às atividades culturais. Elaine Pimentel leciona:

A leitura das Regras de Mandela evidencia um significativo avanço no campo da legislação humanitária internacional acerca da educação em prisões, sobretudo por ultrapassar o paradigma da reeducação como referência abstrata, tão presente nas Regras de 1948, e apresentar

⁹ MORAIS, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 60-61.

¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. Tradução Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. p. 30.

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Regras 4 (2), 41, 64, 92, 104, 105 e 117. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

caminhos mais concretos para referenciar as Nações na construção de políticas públicas sobre educação em prisões.¹²

A educação deve ser proporcionada àqueles em situação de privação de liberdade, sempre partindo da premissa de que esse direito fundamental não foi atingido pela sentença penal condenatória, de modo que não foi suspenso e deve ser resguardado, para que não se perpetue uma realidade marcada, fundamentalmente, pela desigualdade e exclusão.

Negar o direito à educação ao encarcerado é acentuar a dificuldade de acesso a outros direitos fundamentais, a exemplo do trabalho, da saúde e da moradia, o que nos deixa mais distantes do ideal de reintegração social.

Nesse sentido, a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal – LEP, consigna o direito da pessoa privada de liberdade à educação, à cultura, às atividades intelectuais e ao acesso a livros e bibliotecas, ressaltando a finalidade de reintegração social por meio da individualização da pena.¹³ Referido direito social fundamental também está previsto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional¹⁴ e no Plano Nacional de Educação.¹⁵

Todo esse conjunto de normas destaca a educação como um direito social fundamental – não um privilégio/benefício –, que deve ser entendido de forma ampla, a englobar a cultura, o esporte, o teatro, a

¹² PIMENTEL, Elaine. Educação em prisões: aspectos sociojurídicos e de política criminal. In: SILVA, Maria da Conceição Valença da e PIMENTEL, Elaine (org.). **Educação em prisões: princípios, políticas públicas e práticas educativas**. Curitiba: CRV, 2018. p. 55.

¹³ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Arts. 17 a 21, 41, 126. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

¹⁴ BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

¹⁵ BRASIL. **Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

musicalização, o cinema, a leitura e os demais saberes e aprendizagens, produzidos em sociedade.

É importante transformar a estrutura física das prisões em espaços de recuperação, de ressocialização, dando oportunidades às pessoas privadas de liberdade para desenvolverem potencialidades e capacidades, mediante políticas públicas e práticas educativas, para habilitá-los à fruição das oportunidades sociais.

O problema é a dificuldade de realizar essas ações, especialmente em um ambiente de superlotação, restrição de espaços, baixo efetivo de policiais penais e educadores.

Ofertar trabalho para a massa carcerária brasileira, maior do que a população de algumas capitais e entes federativos, é um grande desafio, especialmente considerando as taxas de desemprego do nosso país. Outrossim, ainda que fossem disponibilizadas todas essas vagas, esbarramos na questão do efetivo para escolta dos reeducandos e nos espaços físicos para a realização dessas atividades.

O mesmo problema recai sobre a educação escolarizada, o baixo efetivo de policiais penais e profissionais da educação, aliado à pouca disponibilidade de salas de aula são empecilhos a que se alcancem todas as pessoas privadas de liberdade ou, ao menos, a maioria.

Dentre as práticas educativas, a leitura é a que apresenta maior potencial de expansão no sistema prisional, no cenário atual de superlotação e baixo efetivo de policiais penais e educadores. Ela tem demonstrado ser uma ferramenta poderosa para a mitigação dos problemas da ociosidade entre os presos, da falta de vagas de trabalho e do acesso à educação no sistema penitenciário brasileiro.

4 A LEITURA NOS ESTABELECIMENTOS PENAIS

A leitura é um trabalho intelectual que, para os fins do art. 126 da LEP,¹⁶ equipara-se ao estudo e contribui no processo de reinserção social do custodiado, pela capacidade de agregar valores ético-morais à sua formação. Conforme afirmam Aguiar e Takamoto “através da leitura, pode-se conhecer mundos e valores até então ocultos para os indivíduos que por motivos diversos foram privados de seu aprendizado”.¹⁷

É por intermédio da leitura que o preso pode ter contato com o mundo exterior, ela também lhe possibilita refletir sobre seus atos, juntar as linhas do passado e presente e projetar um futuro melhor para si e sua família. Essa importante ferramenta de transformação e autoconhecimento está ancorada juridicamente nas novas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos.¹⁸

Os primeiros passos para a estruturação do direito à leitura no âmbito prisional brasileiro foram dados pela Resolução n. 14/1994¹⁹ do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, ao estabelecer a necessidade de bibliotecas organizadas com livros de

¹⁶ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Art. 126. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

¹⁷ AGUIAR, Alexandre; TAKAMOTO, Larissa Terumi. Concepções dos internos da penitenciária estadual de Parnamirim sobre o projeto de leitura para liberdade. In: SILVA, Maria da Conceição Valença da; PIMENTEL, Elaine (org.). **Educação em prisões: princípios, políticas públicas e práticas educativas**. Curitiba: CRV, 2018. p. 153.

¹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Regra 63. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501fo6a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

¹⁹ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Brasil). **Resolução n. 14, de 11 de novembro de 1994**. Regras mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Brasília, DF: CNPCP, 1994. Art. 41. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/1994/resolucao-no-14-de-11-de-novembro-de-1994.pdf/view>. Acesso em: 20 out. 2023.

conteúdo informativo, educativo e recreativo, em cada estabelecimento prisional, adequados à formação cultural, profissional e espiritual do preso.

O referido Conselho, em 2009, ao dispor sobre as diretrizes nacionais para a oferta de educação nos estabelecimentos penais, consignou, em seu art. 3º, IV, da Resolução n. 3,²⁰ que a educação deve estar associada às ações de fomento à leitura.

Em 2013, o CNJ editou a Recomendação n. 44,²¹ estabelecendo os parâmetros para fins de remição de pena pelo estudo e previu sua equivalência para a leitura. A recomendação passa a ser reconhecida como direito no âmbito jurisprudencial, com a admissão do uso da analogia *in bonam partem* da aplicação do art. 126 da LEP, possibilitando a abreviação da pena para atividades que não estejam expressamente no texto legal, como leitura e resenha de livros (STJ, HC 35689/SP, 5ª T. Rel. Min. Felix Fischer, j. 14.6.2016, DJe 1.8.2016; AgRg no HC 589363/SP, 6ª T. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 04.08.2020, DJe 10.8.2020).

Seguindo a política de fomento à leitura no ambiente prisional, o CNJ dá um passo além, editando, em 10 de maio de 2021, a Resolução n. 391,²² conferindo força normativa ao que até então era mera recomendação, para estabelecer procedimentos e diretrizes a serem

²⁰ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Brasil). **Resolução n. 3, de 11 de março de 2009**. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a Oferta de Educação nos estabelecimentos penais. Brasília, DF: CNPCP, 2009. Art. 3º, inc. IV. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2009/resolucao-no-3-de-11-de-marco-de-2009.pdf/view>. Acesso em: 20 out. 2023.

²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Recomendação n. 44, de 26 de novembro de 2013**. Dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para a admissão pela leitura. Brasília, DF: CNJ, 2013. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_44_26112013_27112013160533.pdf. Acesso em: 20 out. 2023.

²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 391, de 10 de maio de 2021**. Estabelece procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição por meio de práticas sociais educativas em unidade de privação de liberdade. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original12500220210511609a7d7a4f8dc.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

observados pelo Poder Judiciário no reconhecimento do direito à remição da pena por meio da leitura.

A resolução dispõe que o preso terá o prazo de 21 a 30 dias para a leitura de obra literária, sendo submetido, ao final do período, a uma validação, que pode ser uma resenha, um desenho ou exposição oral, possibilitando a remição de 4 dias de sua pena por mês, para cada livro efetivamente lido e validado, limitado a 48 dias de remição, no prazo de 12 meses.²³

A presente resolução, verdadeiro marco legal de reconhecimento do direito à leitura às pessoas privadas de liberdade, consigna que farão jus à remição de pena pela leitura as pessoas privadas de liberdade que comprovem a leitura de qualquer obra literária, independentemente de participação em projetos ou de lista prévia de títulos autorizados.²⁴

A dificuldade que se coloca é a de emprestar operabilidade para que esse direito se concretize no sistema prisional, em face das múltiplas carências de espaços físicos, para o desenvolvimento de atividades educacionais; de policiais penais, para realizarem a escolta dos participantes do projeto às salas de aulas e de profissionais da educação, para a realização das atividades e acompanhamento da validação.

Em um ambiente com inúmeras carências e desafios, com um corpo de pessoas privadas de liberdade de diferentes letramentos, inseridos em uma estrutura física muitas vezes precária e sob o olhar preconceituoso de parcela da sociedade, como concretizar essa universalidade do direito à leitura no sistema prisional?

²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 391, de 10 de maio de 2021**. Estabelece procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição por meio de práticas sociais educativas em unidade de privação de liberdade. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original12500220210511609a7d7a4f8dc.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

²⁴ *Ibid.*

5 LIVROS QUE LIBERTAM²⁵ – LILI²⁶

O CNJ inovou ao definir, de maneira expressa, na Resolução n. 391, que compete ao juiz da execução zelar para que as unidades prisionais desenvolvam projetos de fomento e qualificação da leitura.²⁷

Visando dar efetividade ao referido comando normativo, o Tribunal de Justiça de Alagoas – TJ/AL, por meio do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário – GMF, da Comissão de Direitos Humanos e da 16ª Vara Criminal de Maceió – VEP, em conjunto com a Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social – Seris, editou a Portaria Conjunta n. 01/2022.²⁸ dispondo sobre a remição da pena por meio da leitura no âmbito do Sistema Penitenciário de Alagoas.

A Resolução n. 391²⁹ orbita sobre o princípio da universalidade ao assegurar, em seu art. 5º e incisos, a todas as pessoas privadas de liberdade o acesso ao acervo da biblioteca da unidade penal e o direito à remição pela leitura para aqueles que comprovarem a realização de leitura de

²⁵ Livros que Libertam recebe esse nome porque os livros, mais do que ferramentas educacionais, são função viva de ressocialização, esperança e sonhos, e o Projeto tem por objetivo desenvolver as potencialidades do participante e uma educação não de controle, mas que liberta, a educação libertadora e transformadora defendida por Paulo Freire.

²⁶ O projeto Livros que Libertam é apelidado de LILI, referência às duas sílabas iniciais que compõem o título do projeto, e que, nas gírias utilizadas pelas pessoas privadas de liberdade, significa “liberdade”. Há uma canção intitulada “Liberdade” de Edson Gomes que diz “Dona Lili/ Liberdade/ Liberdade/ Teu povo clama lili”.

²⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 391, de 10 de maio de 2021**. Estabelece procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição por meio de práticas sociais educativas em unidade de privação de liberdade. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original12500220210511609a7d7a4f8dc.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

²⁸ SECRETARIA DE ESTADO DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL. Portaria Conjunta n. 001, de 27 de outubro de 2022. Dispõe sobre a remição da pena pela leitura, no âmbito do Sistema Penitenciário do Estado de Alagoas, regulamentando o seu funcionamento. **Diário Oficial do Estado de Alagoas**: parte 1: seção 1: Poder Executivo, Maceió, ano 110, n. 1942, p. 61-65, 9 nov. 2022. Disponível em: <https://www.imprensaoficial.al.gov.br/storage/files/diary/2022/11/doeal-2022-11-09-completo-etcolgv9xaguiy5lc5x-uts4utqxdnrdevioatqklbvtti-japgw.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *op. cit.*, art. 5º, inc. I ao V.

qualquer obra literária, independentemente da participação em projeto ou lista prévia de livros, e o grande desafio da Portaria n. 01/2022 foi regulamentar o exercício deste direito à leitura para contemplar essa universalidade, em um ambiente com múltiplas carências.

Diante do limitado número de profissionais de educação e policiais penais atuando nas 10 unidades prisionais do sistema prisional alagoano, para atender à massa carcerária de 4.665 presos, o que traz empecilhos para o desenvolvimento de qualquer ação educacional, o projeto Livros que Libertam se edificou em dois pilares principais: a universalização e a autonomia.

O conceito para a elaboração da portaria foi o de quanto mais autonomia emprestarmos para o corpo discente, menor a necessidade de estrutura para a execução da ação educacional.

Assim, para que o direito à leitura possa ser fruído por todas as pessoas privadas de liberdade que dele manifestem interesse, uma vez que a adesão é voluntária, todo o fluxo de trabalho – *workflow* – constante na Portaria n. 001/2022,³⁰ desde a manutenção de bibliotecas e pontos de leitura, passando pela entrega dos livros e validação, é executado com o auxílio do reeducando e sob a supervisão da Gerência de Educação e Cidadania da Seris – AL.

Para tal, a Portaria n. 14/2022, da 16ª Vara Criminal de Maceió – Execuções Penais –, criou a figura do monitor de leitura. Para cada grupo de 10 até 20 participantes, há um monitor, que tem a responsabilidade de distribuir os livros, realizar a leitura para os analfabetos e pessoas em processo de alfabetização e auxiliar a Comissão de Validação e a Gerência de Educação no curso de todo o projeto e no dia da validação.

³⁰ SECRETARIA DE ESTADO DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL. Portaria Conjunta n. 001, de 27 de outubro de 2022. Dispõe sobre a remição da pena pela leitura, no âmbito do Sistema Penitenciário do Estado de Alagoas, regulamentando o seu funcionamento. **Diário Oficial do Estado de Alagoas**: parte 1: seção 1: Poder Executivo, Maceió, ano 110, n. 1942, p. 61-65, 9 nov. 2022. Disponível em: <https://www.imprensaoficial.al.gov.br/storage/files/diary/2022/11/doeal-2022-11-09-completo-etcolgv9xag1uiy5lc5x-uts4utqxdnrdevioatqklbvti-japgw.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

Ao trabalho voluntário do monitor é concedida a remição pelo trabalho,³¹ e a sua participação dentro do projeto permite que toda a prática de leitura, incluindo a validação, ocorra dentro do solário do módulo, sem a necessidade de retirada dos reeducandos para uma sala de aula ou outro ambiente do sistema prisional, prescindindo da escolta policial.

Além de distribuir os livros dentro do módulo e prestar auxílio aos integrantes do seu grupo durante o prazo de 20 a 30 dias, período para a leitura da obra literária, o monitor também distribui prancheta, papel e lápis dentro do módulo no dia da validação, realizando, ao final, o seu recolhimento, sem a necessidade de ingresso dos profissionais da educação e da comissão, que podem acompanhar toda a validação do lado de fora da cela.

O Sistema Prisional Alagoano é composto por 10 unidades: Penitenciária de Segurança Máxima, Penitenciária Masculina Baldomero Cavalcanti de Oliveira, Núcleo Ressocializador da Capital, Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia, Presídio de Segurança Média de Maceió Professor Cyridião Durval e Silva, Centro Psiquiátrico Pedro Marinho Suruagy, Presídio de Segurança Máxima, Presídio Militar Major João Kyllderis Cardoso Moreira, Presídio do Agreste e Presídio de Segurança Máxima de Maceió.

³¹ O Ministério da Educação, por meio do Conselho Nacional de Educação e da Câmara de Educação Básica, promulgou a Resolução n. 4, de 30 de maio de 2016, que “dispõe sobre as Diretrizes Operacionais Nacionais para a remição da pena pelo estudo de pessoas em privação de liberdade nos estabelecimentos penais do sistema prisional” e fez constar, no seu art. 9º §§ 2º e 3º a possibilidade da concessão do benefício da remição pelo trabalho às pessoas privadas de liberdade que prestem apoio ao profissional de educação ou que exerçam diretamente as atividades educacionais como voluntários nos processos de alfabetização. BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação; Câmara de Educação Básica. **Resolução n. 4, de 30 de maio de 2016.** Dispõe sobre as diretrizes operacionais nacionais para a remição de pena pelo estudo de pessoas em privação de liberdade nos estabelecimentos penais do sistema prisional brasileiro. Brasília, DF: CEB/CNE, 2016. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=42991-rceb004-16-pdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 21 out. 2023.

O Projeto Livros que Libertam se iniciou em dezembro de 2022 pelo Estabelecimento Prisional Feminino Santa Luzia, ocorrendo a primeira validação de leitura desta unidade em janeiro do corrente ano com 37 participações. Observamos um aumento crescente no número de participantes durante os meses posteriores, sendo 43 em fevereiro, 74 em março e 85 em abril, chegando ao número de 96 participantes no mês de maio, ou seja, em apenas 5 meses do início do projeto, alcançou-se a fração de 71% da população carcerária da unidade prisional.

É importante pontuar que, no mês anterior ao início do referido projeto, existiam apenas 15 reeducandas inseridas em outro projeto de remição pela leitura no mesmo estabelecimento prisional, o Lêberdade, sendo que em apenas 4 meses esse número sextuplicou, o que demonstra o potencial e alcance da presente prática.

Do mesmo modo, a execução teve início em janeiro do corrente ano, no Presídio Militar Major João Kyllderis Cardoso Moreira, e, em sua primeira validação, beneficiou 100% da população carcerária da referida unidade, contando com 14 reeducandos, permanecendo esse mesmo quantitativo nos meses posteriores.

Na unidade Presídio do Agreste, a atuação começou em março do corrente ano, beneficiando, em sua primeira validação, o total de 60 reeducandos, dobrando esse número no mês posterior. Na Penitenciária Masculina Baldomero Cavalcanti de Oliveira, a prática teve início no mês de abril, contemplando o número de 75 reeducandos.

No decorrer do 1º semestre de 2023, o projeto chegou a todas as unidades prisionais, alcançando os seguintes números de participantes: 1.313 participantes no mês de maio; 1.786 no mês de junho; 1.983 no mês de julho e 2.637 no mês de agosto, de um total de 4.665 pessoas custodiadas em celas físicas, no mesmo mês, no sistema prisional alagoano.

Após a edição da Portaria Conjunta n. 001/2022, com a implantação do projeto Livros que Libertam, o número de pessoas encarceradas

contempladas com a remição pela leitura aumentou 1.518%, em um período de 8 meses.

Importante pontuar que o número de 2.637 presos participantes do projeto é contabilizado com base nas validações que acontecem em cada uma das unidades prisionais mensalmente, o que demonstra a consistência dos números. De modo que podemos afirmar que aproximadamente 60% de toda a população carcerária alagoana que se encontra em celas físicas estão participando do projeto Livros que Libertam.

Sendo a adesão voluntária, não é possível projetarmos 100% da população carcerária participando no próximo ano, mas pela evolução dos números e a avaliação de reação dos participantes, o percentual de 80% é uma meta aceitável.

Com o escopo de fortalecer o projeto realizamos no mês de agosto uma ampla campanha de doação de livros, com mais de 100 pontos de coleta. A campanha teve início dentro da Academia Alagoana de Letras, passou pela Bienal do Livro, com a realização de palestras e um estande para a divulgação e, por fim, encerrou no Pleno do Tribunal de Justiça, com mais de 23 mil livros arrecadados.

O objetivo é a consecução de bibliotecas em cada uma das unidades prisionais, conforme preceitua a LEP, para apoiar o projeto de leitura e outras ações educacionais, podendo e devendo se tornar um centro cultural da unidade prisional.

Com a estruturação das bibliotecas prisionais, o próximo passo é a integração delas com a rede de bibliotecas nacional, o que demandará a contratação de bibliotecários e a capacitação de monitores de biblioteca, estes últimos sendo os próprios presos, a exemplo do monitor de leitura.

Para além das bibliotecas e da aquisição dos livros físicos para manutenção e fortalecimento do projeto Livros que Libertam, o Conselho da Comunidade de Maceió apresentou recentemente uma proposta de aquisição de Kindle para as unidades prisionais Santa Luzia e Núcleo

Ressocializador. Os recursos são decorrentes de prestação pecuniária, com edital publicado pela 16ª Vara de Execuções Penais, com base na Resolução n. 154 do CNJ.

O referido recurso tecnológico, sem acesso à internet, possibilitará um avanço qualitativo do projeto Livros que Libertam, considerando que muitas das celas têm baixa luminosidade, a bateria dura mais de uma semana, a grande variedade de obras literárias gratuitas e o recurso de áudio que facilitará a leitura dos livros para os analfabetos e pessoas em processo de alfabetização, atendendo o ideal de inclusão da Resolução n. 391 do CNJ.

O projeto Livros que Libertam abre a porta para infinitas possibilidades, como a realização de oficinas literárias, de saraus, na construção de antologias, na aproximação entre escritores alagoanos e seus leitores do sistema prisional, bem como em todo o conhecimento, arte e poesia que produziremos com esse número de participantes.

6 CONCLUSÃO

O sistema prisional, muitas vezes, é visto como um ambiente desumano e violento. Ao incentivar a leitura no sistema prisional, é possível humanizar o ambiente e proporcionar àquelas pessoas privadas da liberdade uma atividade que pode ajudá-las a lidar com a privação de liberdade de maneira mais saudável e produtiva.

Na prisão, mais do que em qualquer outro lugar, a leitura é uma das poucas maneiras de acessar o mundo exterior, de compreender os acontecimentos atuais e históricos, e de adquirir conhecimento, tornando-se o amparo em um ambiente onde uma série de restrições é imposta aos indivíduos.

O projeto Livros que Libertam tem demonstrado ser de fácil implementação e de alta capacidade de expansão, alcançando em poucos

meses 2.637 pessoas privadas de liberdade, o que representa 60% de toda a massa carcerária do Estado de Alagoas.

O Livros que Libertam tem um fluxo de trabalho eficiente, de baixa complexidade, baixo custo de implementação e com grande capacidade de disseminação. O Projeto, da forma como foi concebido, contorna problemas graves enfrentados por qualquer ação educacional realizada em contexto de privação de liberdade, como o baixo efetivo de policiais penais para fazer a escolta dos reeducandos; a precariedade da estrutura física prisional, com poucos espaços (salas de aula) destinados à realização de ações educacionais; e a carência de recurso humano na área educacional.

Tal projeto é realizado dentro da cela/módulo, o que equilibra as necessidades de segurança e ressocialização, com o apoio dos monitores de leitura e de biblioteca (reeducandos), desenvolvendo neles o senso de autorresponsabilidade e emprestando operabilidade à ação educativa complementar.

A prática permite, portanto, que a pessoa em privação de liberdade amplie o pensamento crítico, reflita sobre seus atos e vida, melhore a autoimagem e eleve a autoestima, elabore outro olhar em relação ao seu semelhante e busque outras formas de solução do conflito em vez de pelo emprego da violência.

O projeto Livros que Libertam, executado por um comprometido grupo de pessoas que acreditam na ressocialização, tem o poder de libertar intelectualmente indivíduos encarcerados, para que possam ser protagonistas de sua história e se aproximarem de sua própria humanidade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre; TAKAMOTO, Larissa Terumi. Concepções dos internos da penitenciária estadual de Parnamirim sobre o projeto de leitura para liberdade. *In*: SILVA, Maria da Conceição Valença da; PIMENTEL, Elaine (org.). **Educação em prisões**: princípios, políticas públicas e práticas educativas. Curitiba: CRV, 2018. p. 147-160.

BORGES, Antônio de Moura. A guerra e sua (não) justificação. **Justilex**, Brasília, v. 19, p. 36-37, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 104, de 4 de dezembro de 2019**. Altera o inciso XIV do caput do art. 21, o § 4º do art. 32 e o art. 144 da Constituição Federal, para criar as polícias penais federal, estaduais e distrital. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc104.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014.** Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. **Resolução n. 4, de 30 de maio de 2016.** Dispõe sobre as diretrizes operacionais nacionais para a remição de pena pelo estudo de pessoas em privação de liberdade nos estabelecimentos penais do sistema prisional brasileiro. Brasília, DF: CEB/CNE, 2016. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=42991-rcebo04-16-pdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 21 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Levantamento nacional de informações penitenciárias:** Infopen. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-dez-2016.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de informações penais - RELIPEN:** 1º semestre 2023. Brasília, DF: MJSP; SENAPPEN, 2023. Disponível em:

<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023/relipen>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF. Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário [...]. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intdo: União; Estados; Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 31, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 20 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Recomendação n. 44, de 26 de novembro de 2013**. Dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para a admissão pela leitura. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 20 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 391, de 10 de maio de 2021**. Estabelece procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição por meio de práticas sociais educativas em unidade de privação de liberdade. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original112500220210511609a7d7a4f8dc.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a-4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Brasil). **Resolução n. 14, de 11 de novembro de 1994**. Regras mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Brasília, DF: CNPCP, 1994. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/1994/resolucao-no-14-de-11-de-novembro-de-1994.pdf/view>. Acesso em: 20 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Brasil). **Resolução n. 3, de 11 de março de 2009**. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a Oferta de Educação nos estabelecimentos penais. Brasília, DF: CNPCP, 2009. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/composicao/cnpcp/resolucoes/2009/resolucao-no-3-de-11-de-marco-de-2009.pdf/view>. Acesso em: 20 out. 2023.

MORAIS, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIMENTEL, Elaine. Educação em prisões: aspectos sociojurídicos e de política criminal. In: SILVA, Maria da Conceição Valença da e PIMENTEL, Elaine (org.). **Educação em prisões**: princípios, políticas públicas e práticas educativas. Curitiba: CRV, 2018. p. 49-65.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. Tradução Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

SECRETARIA DE ESTADO DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL. Portaria Conjunta n. 001, de 27 de outubro de 2022. Dispõe sobre a remição da pena pela leitura, no âmbito do Sistema Penitenciário do Estado de Alagoas, regulamentando o seu funcionamento.

Diário Oficial do Estado de Alagoas: parte 1: seção 1: Poder Executivo, Maceió, ano 110, n. 1942, p. 61-65, 9 nov. 2022. Disponível em: <https://www.imprensaoficial.al.gov.br/storage/files/diary/2022/11/doeal-2022-11-09-completo-etcolgv9xag1uiy5lc5x-uts4utqxdnr-devioatqklbvti-japgw.pdf>. Acesso em: 20 out. 2023.

CAPÍTULO 4

BREVES NOTAS SOBRE LA EDUCACIÓN EN LAS PRISIONES: DE DOS GRANDES REFORMADORAS PENITENCIARIAS (C. ARENAL Y V. KENT) A LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE REFERENCIA

HERMÓGENES LEGIDO BELLIDO*

SUMARIO

1 Introducción. 2 Concepción Arenal (1820-1893). 3 Victoria Kent (1892-1987). 4 Normativa penitenciaria de la organización de naciones unidas y del Consejo De Europa; 4.1 Normas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners); 4.2 Normas Penitenciarias Europeas (European Prison Rules). 5 Conclusiones. Referencias.

* Abogado. Profesor de la Universidad de Valladolid.

1 INTRODUCCIÓN

Señala BECCARIA en su obra inmortal¹ que “El medio más seguro pero más difícil de prevenir los delitos es perfeccionar la educación...”, y si el gran reformador milanés del siglo XVIII hacía hincapié en ese pasaje a la educación previa o predelictual, es decir, a aquella que evita o desincentiva al delincuente reprimiendo sus apetencias delictivas, qué duda cabe de que esa misma educación, que seguramente faltó o escaseó en etapas anteriores, se vuelve necesaria cuando un condenado trasvasa las puertas de una prisión, toda vez que, según el mandato expreso constitucional contenido en el artículo 25.2 de la Constitución española, las penas privativas de libertad deben estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social, por lo que queda claro desde ya que el constituyente tuvo en mente que en la prisión se debe proceder a educar, o reeducar, a *los inquilinos* que la ocupan y habitan.

No obstante, y más allá de lo indicado expresamente en el precepto constitucional citado, debemos convenir absolutamente con autores como CUELLO CALÓN², quien afirma sin ambages que Si el tratamiento penitenciario ha de aspirar en modo predominante a la reeducación del penado, como medio para conseguir su readaptación social, ha de desarrollar una intensa acción educativa.

Obsérvese que el profesor salmantino, utilizando prácticamente las mismas palabras que usará muchos años después nuestra norma fundamental (reeducación-reinserción/readaptación social), sitúa la educación como un medio indispensable para conseguir el fin perseguido, que no es otro que la reinserción o readaptación social.

Naturalmente, como no podía ser de otra forma, la educación de los delincuentes condenados, recluidos en centros de internamiento, prisiones o cárceles, ha sido motivo de preocupación y desvelo para los

¹ BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**. Madrid: Trotta, 2011. p. 277.

² CUELLO CALÓN, Eugenio. **La moderna penología**. Barcelona: JM Bosch, 1958. p. 381.

reformadores penitenciarios que inician sus trabajos y estudios desde finales del siglo XVIII y hasta nuestros días. Así, centrándonos en España, bastará con fijarnos en dos mujeres que han marcado hitos fundamentales en nuestra historia penitenciaria: CONCEPCIÓN ARENAL durante el siglo XIX, y VICTORIA KENT en el XX. A continuación, y antes de pasar a ver la normativa internacional en la materia educativa que ahora nos ocupa, prestaremos atención, aunque sea brevemente, a la visión que sobre tal cuestión tenían estos dos relevantes personajes de la historia política y jurídica de nuestro país.

2 CONCEPCIÓN ARENAL (1820-1893)

Concepción Arenal, aquella insigne ferrolana que, siguiendo sus ardientes deseos de estudiar la carrera de Derecho, se vio obligada a asistir a las clases en la Universidad Central con atuendos y apariencia de varón, no dejó jamás, a lo largo de su dilatada trayectoria en el campo penal y penitenciario, de preocuparse por la instrucción y educación de los reclusos.

Si nos centramos en sus obras, lo cierto es que Arenal medita y escribe sobre este asunto de la educación en varias de aquéllas, de las cuales nosotros nos vamos a detener en dos: *Estudios Penitenciarios* y *El Visitador del preso*.

En el primero de los libros mencionados, *Estudios Penitenciarios*, el capítulo 4º de la parte 4ª trata de la instrucción y educación del penado. Comienza la autora haciendo una sagaz distinción³:

Decimos instrucción primero, porque para educar es necesario, más o menos, instruir; decimos educación, porque la instrucción sola no

³ ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios**. 2. ed. Madrid: Fortanet, 1877. p. 215.

es suficiente, y aun puede ser perjudicial; todos sabemos que puede haber personas muy instruidas y muy mal educadas.

Mas adelante pone de manifiesto la realidad, o al menos la realidad más generalizada, en la que se encuentran los internos⁴:

El penado, como hemos dicho, es un hombre extraviado, más o menos culpable; pero no está fuera de la ley de la humanidad. En él, como en todo ser racional, el conocimiento del deber es indispensable para cumplirle [...]. El penado, por regla general, casi sin excepción, está poco instruido y mal educado; si hay algunos que tengan conocimientos literarios o científicos, rara vez se combinan estas ventajas con el exacto conocimiento de sus deberes y con los ejemplos y demás circunstancias que han podido hacer contraer buenos *hábitos*, de todas clases, que es el objeto de la educación.

A continuación, Arenal, y antes de distinguir entre cuatro tipos de instrucción (moral, religiosa, industrial, y literaria) aborda la controvertida cuestión del nivel o intensidad que debe tener la instrucción o educación en la prisión, y lo hace sin dejar de poner un punto de inteligente ironía⁵:

Se dividen los pareceres acerca del grado de instrucción que debe recibir el penado; y aunque no es fácil contarlos, nos parece que el mayor *número* está por que sea limitada, no faltando quien pregunta en son de burla si se quieren presidiarios literatos. Presidiarios tales como están hoy en los presidios de España no los queremos, ni letrados ni sin letras, y ciertamente no puede servir de mucho, y en casos puede perjudicar la instrucción literaria, dada al mismo tiempo que la mutua de todo género de maldades.

⁴ ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios**. 2. ed. Madrid: Fortanet, 1877. p. 218.

⁵ ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios**. 2. ed. Madrid: Fortanet, 1877. p. 219.

Sobre la instrucción y educación moral del penado, se nos presenta así la opinión personal de la gran visitadora⁶:

La instrucción moral del penado debe ser extensa, y puede ser sólida siempre que sea graduada y se acompañe de ejemplos y ejercicios: hay más facilidad de la que se cree para comprender las verdades morales, solamente que es preciso presentarlas con orden y medida a inteligencias poco cultas, conciencias perturbadas, voluntades débiles o torcidas. El penado olvida o prescinde, más o menos, de los preceptos de la moral, que ignora en parte, y es necesario enseñárselos haciéndole comprender que la justicia penetra, debe penetrar en todas las acciones de la vida, la mayor parte de las cuales él tiene por indiferentes, cuando apenas lo es ninguna.

En el otro de los trabajos que hemos citado de Concepción Arenal, *El Visitador del preso*, el capítulo 14^o se dedica por entero a la instrucción. Como vamos a ver a continuación⁷, la pedagoga abre el capítulo con una clara declaración de intenciones y objetivos, a la vez que, -cierto es-, se ponen de manifiesto las muchas y fuertes influencias que en Arenal tenían sus intensas creencias religiosas, cristianas y católicas, naturalmente:

Se dirá tal vez que el visitador no es pedagogo; pero el SALVADOR fue MAESTRO, y el que quiera contribuir a la corrección, que es la salvación del delincuente, debe procurar instruirle, si no en las primeras letras, en los conocimientos primarios.

¿Debe instruirse el preso? Esta cuestión no es ociosa en este libro, porque, si puede suprimirse en él, no en la penitenciaría. El visitador del preso ha de procurar ilustrarle, cuando no es imbécil o tan perverso que convierta los conocimientos en medio eficaz de hacer

⁶ ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios**. 2. ed. Madrid: Fortanet, 1877. p. 222-223.

⁷ ARENAL, Concepción. **El visitador del preso**. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1896. t. 13. p. 163-164.

mal. Excepto en estos dos casos, creemos que conviene instruir al preso, comunicándole aquellos conocimientos más adecuados a su situación y naturaleza, considerando que los delitos de las personas instruidas no son consecuencia de su instrucción, aunque alguna vez estén favorecidos por ella, y que si la inteligencia no es omnipotente para el bien, puede contribuir a realizarle o a que el mal sea menos dañoso, como, por ejemplo, haciendo que sea estafador el que sería bandido.

3 VICTORIA KENT (1892-1987)

Por su parte, Victoria Kent tuvo un papel destacado en la práctica diaria dentro del mundo carcelario, ya que en la época republicana del siglo XX, al comienzo de la Segunda República, estuvo al frente de la Dirección General de Prisiones, aunque no puede dejar de apuntarse que su mandato y trabajo como directora de tal organismo estuvo marcado tanto por luces como por sombras⁸.

Kent fue nombrada directora general de prisiones mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 1931, y al poco de tal fecha fueron publicadas diversas entrevistas y artículos en los diarios del momento; así, en uno de ellos⁹ la propia Kent escribe las siguientes

⁸ Para el análisis y estudio del desempeño de Victoria Kent al frente de la Dirección General de Prisiones, véase MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Victoria Kent al frente de las prisiones españolas (1931-1932): el sistema penitenciario en los inicios de la Segunda República**. Madrid: Marcial Pons, 2020., que constituye la obra fundamental e imprescindible en la materia.

⁹ KENT, Victoria. Hombres y prisiones. **Diario La Voz**, Madrid, 10 agosto 1931. primera página.

palabras, las cuales han gozado de gran atención y estima a lo largo de los años, siendo recogidas y reproducidas por diversos autores¹⁰:

Una prisión es un pequeño mundo habitado por seres humanos libres ayer, caídos en desgracia hoy, y ella debe darles lo que falta a sus vidas para incorporarse a esta sociedad arrolladora y arbitraria. Una prisión debe ser, y será si así nos lo proponemos, una escuela, un taller, un sanatorio; necesita la cárcel nuestra colaboración, nuestra asistencia y nuestro consuelo.

En el mismo texto, Kent, después de referirse al Cuerpo de Prisiones y a sus empleados -cuestión que sería fuente permanente de preocupación y problemas durante el año escaso que ostentó el cargo gubernamental-, expresa las siguientes ideas, utilizando para ello unas bellas y emotivas palabras que traslucen un elevado y encomiable sentimiento humano:

Vayamos a la cárcel como va el maestro a la escuela: con el deseo de volcar nuestro espíritu, con el propósito de despertar las almas, llevando por lema las palabras de Cossío: 'Para la educación del peor, los mejores'; a ello iremos.

Como hemos podido comprobar, ambas mujeres, Arenal y Kent, dedicaron sus esfuerzos y orientaron su actividad a intentar satisfacer una necesidad tal y como la sentían: que los reclusos son personas humanas necesitadas de corrección y educación, y el estado debe ocuparse de

¹⁰ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Victoria Kent al frente de las prisiones españolas (1931-1932)**: el sistema penitenciario en los inicios de la Segunda República. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 90.; también en CERCÓS I RAICHES, Raquel. Las influencias krausistas en el pensamiento de Concepción Arenal y Victoria Kent: la lucha por la reforma de las prisiones femeninas. In: BERRUEZO ALBÉNIZ, María Reyes; CONEJERO LÓPEZ, Susana (coord.). **El largo camino hacia una educación inclusiva**: la educación especial y social del siglo XIX hasta nuestros días. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2009. v. 2. p.57-68. p. 63.

tales cometidos a fin de ayudarlos a volver a la sociedad en condiciones positivas, tanto para la colectividad en su conjunto como para ellos mismos.

4 NORMATIVA PENITENCIARIA DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS Y DEL CONSEJO DE EUROPA

Ambas organizaciones, como es sabido, se han ocupado desde su creación del reconocimiento, protección y defensa de los derechos humanos, y dentro de tal campo de actuación han prestado atención preferente a las circunstancias en las que se ejecutan las penas privativas de libertad, llegando a aprobar unas normativas que han venido a configurar el marco principal dentro del cual los distintos estados pueden adoptar sus propios sistemas penitenciarios; en otras palabras, las normas internacionales están previstas para operar a modo de recomendaciones para los estados, entendiendo que las mismas establecen un mínimo que los países deberían respetar en todo caso.

4.1 Normas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)

Como explica MATA Y MARTÍN¹¹, una vez acabada la II Guerra Mundial se reanudan los trabajos y estudios penitenciarios a nivel internacional, aquéllos que se llevaban desarrollando desde mediados del siglo XIX en el marco de Congresos internacionales, y que desde

¹¹ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Fundamentos del sistema penitenciario**. Madrid: Tecnos, 2016. p. 156-163.

1951 tendrán lugar dentro del ámbito de la Organización de Naciones Unidas (ONU), y más concretamente dentro de los trabajos del Consejo Económico y Social de la citada organización internacional¹².

Las primeras Normas Mínimas se adoptaron durante el primer Congreso de la ONU sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, en 1955 en Ginebra. En 2011, la Asamblea General creó un grupo de expertos a fin de que se procediera a estudiar una posible reforma de las Normas, grupo cuyo trabajo se desarrolló durante los años 2012-2015 y que terminó proponiendo una reforma que afectó, aproximadamente, a un tercio del texto original de las Normas. Finalmente, las actuales Normas Mínimas, ahora denominadas Reglas Nelson Mandela, -en honor al que fuera abogado, activista y político sudafricano-, han sido aprobadas el 17 de diciembre de 2015, mediante la Resolución 70/175 de la Asamblea General de la ONU, tras haber sido adoptadas previamente por la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal y el Comité Económico y Social.

En cuanto al valor de estas Normas Mínimas, la propia ONU entiende que son, o que constituyen, "soft law", es decir, que no es Derecho vinculante para los estados miembros de la ONU ni para sus respectivas autoridades; sin embargo, lo anterior no significa que las Normas no tengan relevancia o que carezcan de importancia, ya que la Asamblea General las ha aprobado al considerarlas un mínimo estándar que es generalmente respetado por la comunidad internacional¹³.

¹² MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Fundamentos del sistema penitenciario**. Madrid: Tecnos, 2016. p. 163: "El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas entendió que la prevención del delito, así como el tratamiento del delincuente, debía ser uno de sus campos de actuación, por lo que, en evitación de duplicidades, la longeva asociación penitenciaria decidió cesar en su cometido".

¹³ Texto completo original: "The Nelson Mandela Rules are "soft law", which means they are not legally binding. National law takes precedence. But this does not mean they don't matter. The UN General Assembly, which represents the international community, has adopted them as universally agreed minimum standards. Many UN Member States have incorporated the provisions of the rules into their domestic laws or are in the process of doing so. Furthermore, the judiciary in your country may use the rules as a secondary source when adjudicating the constitutionality of national prison practices"; véase en www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/nelsonmandelaruleshistory.

Hasta la fecha, por tanto, han existido dos versiones principales de las Normas Mínimas, la de 1955, que incluía 95 reglas, y la actualmente en vigor, la de 2015, que contiene un total de 122 reglas, y que en verdad no es más que una revisión de las reglas primeras, tal y como se reconoce en la propia Resolución aprobatoria arriba indicada.

Antes de prestar atención a las reglas relacionadas con la instrucción o educación de los reclusos o internos, conviene detenernos un momento en el objetivo o finalidad que persiguen estas Normas Mínimas, así como en unos principios generales que las mismas recogen.

En cuanto al objetivo, señala la Observación preliminar 1ª que “el objeto de las siguientes reglas no es describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente enunciar, partiendo de los conceptos generalmente aceptados en nuestro tiempo y de los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y prácticas que hoy en día se reconocen como idóneos en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria”. Con una redacción muy similar, esta Observación ya estaba en la versión de 1955.

En cuanto a los principios fundamentales, a los que quedan destinadas las cinco primeras reglas en la versión 2015, resaltamos, además de la primera, que indica que “Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos”, la regla cuarta, la cual ya menciona expresamente la educación como un medio destinado a procurar la realización de los objetivos de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, objetivos que fija el primer apartado de esta regla cuarta¹⁴:

1. Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y

¹⁴ Esta regla ya aparecía en el texto de 1955, abarcando dos reglas, la 58 y la 59; no obstante, la reducción de la reincidencia como objetivo de las penas y medidas privativas de libertad es novedad de 2015, que ahora se suma a la finalidad de la protección de la sociedad.

reducir la reincidencia. Esos objetivos sólo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo.

2. Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer **educación**, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos.

Por último, nos queda por ver las reglas específicas destinadas al objeto de nuestro presente estudio, esto es, la educación e instrucción en el ámbito penitenciario, para lo que resulta aconsejable diferenciar entre las dos versiones:

- a. La educación e instrucción en las Normas Mínimas de 1955

La regla fundamental destinada a la instrucción es la n. 77, la cual indica que:

Se tomarán disposiciones para mejorar la instrucción de todos los reclusos capaces de aprovecharla, incluida la instrucción religiosa en los países en que ésto sea posible. La instrucción de los analfabetos y la de de los reclusos jóvenes será obligatoria y la administración deberá prestarle particular atención. La instrucción de los reclusos deberá coordinarse, en cuanto sea posible, con el sistema de

instrucción pública a fin de que al ser puesto en libertad puedan continuar sin dificultad su formación¹⁵.

Además, la regla n. 40 se dedica a las bibliotecas de los centros:

Cada establecimiento deberá tener una biblioteca para el uso de todas las categorías de reclusos, suficientemente provista de libros instructivos y recreativos. Deberá instarse a los reclusos a que se sirvan de la biblioteca lo más posible.¹⁶

b. La educación e instrucción en las Normas Mínimas de 2015

Las dos reglas de 1955 que acabamos de ver se mantienen en el texto de 2015 con redacciones paralelas casi idénticas; cambia únicamente su ubicación sistemática y numeración, ya que la regla 40 pasa a ser la 64 (bibliotecas) y la vieja regla 77 es ahora la 104 (instrucción).

¹⁵ NACIONES UNIDAS. **Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos**: adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Disponible en: <https://x.gd/w6HCo>. Acceso em: 30 feb. 2024.

¹⁶ NACIONES UNIDAS. **Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos**: adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Disponible en: <https://x.gd/w6HCo>. Acceso em: 30 feb. 2024.

4.2 Normas Penitenciarias Europeas (European Prison Rules)

Las Normas Penitenciarias Europeas¹⁷ (NPE) se aprueban por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y funcionan, como dijo antes, a modo de recomendaciones para los estados miembros de dicha organización internacional de ámbito regional pero que, ciertamente, viene desempeñando funciones y persiguiendo fines de carácter general¹⁸, especialmente en lo que atañe a la defensa, promoción y protección de los derechos humanos. Las NPE vigentes fueron aprobadas el 11 de enero de 2006, y han sido modificadas y actualizadas el 1 de julio de 2020, constituyendo un total de 108 artículos o reglas.

La materia educativa, dentro de las NPE, ocupa el artículo 28, con los múltiples apartados o subartículos en que dicho artículo se distribuye¹⁹ (28.1 a 28.7). Además, el art. 106.2 NPE dispone que “Se animará a todos los internos condenados a participar en programas de educación y formación”, lo que quiere decir que desde el Consejo de Europa se recomienda a los estados miembros que sus administraciones penitenciarias adopten una postura activa, animadora, estimuladora, a fin de que los reclusos participen en actividades, cursos y programas que puedan redundar en su beneficio desde un punto de vista educativo y formativo.

Finalmente, a continuación vamos a ver el contenido de los siete apartados de ese art. 28 NPE, ya que ahí se contienen los principios básicos destinados a regir, en el apartado educativo, los sistemas penitenciarios de los diferentes estados:

¹⁷ CONSEJO DE EUROPA. **Documentos de trabajo:** reglas penitenciarias europeas. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2010.

¹⁸ DÍEZ DE VELASCO, Manuel. **Las organizaciones Internacionales**. 16. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 501.

¹⁹ La materia educativa en el ámbito penitenciario había sido ya objeto de estudio por parte del *Comité de Ministros del Consejo de Europa*, el cual aprobó la pertinente *Recomendación* sobre la cuestión el 13 de octubre de 1989 -R (89) 12-.

1º-Toda prisión se esforzará para proporcionar a todos los internos un acceso a programas educativos lo más exhaustivos posible y que respondan a sus necesidades individuales, teniendo en cuenta sus aspiraciones.

2º-Se dará prioridad a los internos que no saben leer o contar y aquellos que no tenga7lo posible, la formación de los internos:

- a. se integrará en el sistema público de educación y formación profesional, con el fin de que los interesados puedan seguir fácilmente su educación y formación profesional después de salir de la prisión, y
- b. se impartirá con la colaboración de las instituciones educativas externas.

Si comparamos los artículos respectivos de las dos normativas internacionales que estamos estudiando, nos daremos cuenta de que el contenido de las reglas 64 y 104 de las Normas Mínimas de la ONU y el artículo 28 de las Normas Penitenciarias Europeas del Consejo de Europa presentan una similitud clara: ambas comprenden una serie de normas o directrices que, no siendo excesivas en número, sí contienen, sin embargo, los criterios fundamentales o ideas matrices que deben regir los sistemas penitenciarios estatales, y que nosotros podemos enunciar de la siguiente manera:

Primero: la administración penitenciaria debe facilitar a los reclusos una educación que pueda beneficiarlos, ayudándolos de esta manera a lograr el objetivo de la reeducación y la resocialización.

Segundo: la educación de aquellos que estén menos instruidos en los saberes básicos (leer, escribir, contar), así como la de los jóvenes y la de las personas con necesidades especiales, será objeto de atención preferente o prioritaria.

Tercero: los centros contarán con una biblioteca que contenga los libros y recursos pertinentes que sirvan de apoyo para la educación de los reclusos.

Cuarto: la educación de los internos se llevará a cabo, siendo posible, de forma coordinada con los servicios públicos de educación a fin de que una vez producida la liberación se pueda seguir desarrollando la actividad educativa.

A la luz de lo que venimos explicando con la ayuda del pensamiento de las dos reformadoras que hemos visto, Arenal y Kent, y al hilo de lo que prevén las normas internacionales sobre el asunto de la educación en las prisiones, no cabe ninguna duda de que tal cuestión siempre ha estado presente en los trabajos y prácticas de quienes se han ocupado de la materia penitenciaria, lo cual no puede sorprendernos ya que estamos hablando de un aspecto de primerísimo orden cuando de personas humanas se trata.

5 CONCLUSIONES

A la luz de lo que venimos explicando con la ayuda del pensamiento de las dos reformadoras que hemos visto, Arenal y Kent, y al hilo de lo que prevén las normas internacionales sobre el asunto de la educación en las prisiones, no cabe ninguna duda de que tal cuestión siempre ha estado presente en los trabajos y prácticas de quienes se han ocupado de la materia penitenciaria, lo cual no puede sorprendernos ya que estamos hablando de un aspecto de primerísimo orden cuando de personas humanas se trata.

Efectivamente, con nuestras anteriores líneas queda demostrado que si bien, en el orden temporal y lógico, se sitúan primero las reflexiones y las intenciones de los estudiosos, dirigentes y responsables, después, una vez maduras y, en su caso, testadas las posibles alternativas,

surge la ocasión para implementar en la práctica aquellos pensamientos y medidas, plasmando en reglas o normas directrices y principios que se estiman necesarios o convenientes para regular una cuestión determinada. Así pues, hemos visto que la educación en el ámbito carcelario ha sido motivo de preocupación desde hace ya bastante tiempo, en la época contemporánea, para multitud de especialistas, y que, además, el asunto ha sido tratado, abordado y regulado, no ya sólo por parte de las naciones de forma individualizada, sino también en el seno de diversas organizaciones internacionales, como lo son las dos contempladas aquí, la ONU y el Consejo de Europa.

REFERENCIAS

ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios**. 2. ed. Madrid: Fortanet, 1877.

ARENAL, Concepción. **El visitador del preso**. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1896. t. 13.

BECCARIA, Cesare. **De los delitos y de las penas**. Madrid: Trotta, 2011.

CERCÓS I RAICHES, Raquel. Las influencias krausistas en el pensamiento de Concepción Arenal y Victoria Kent: la lucha por la reforma de las prisiones femeninas. In: BERRUEZO ALBÉNIZ, María Reyes; CONEJERO LÓPEZ, Susana (coord.). **El largo camino hacia una educación inclusiva**: la educación especial y social del siglo XIX hasta nuestros días. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2009. v. 2. p.57-68.

CONSEJO DE EUROPA. **Documentos de trabajo**: reglas penitenciarias europeas. Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, 2010.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **La moderna penología**. Barcelona: JM Bosch, 1958.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel. **Las organizaciones Internacionales**. 16. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

KENT, Victoria. Hombres y prisiones. **Diario La Voz**, Madrid, 10 agosto 1931.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Fundamentos del sistema penitenciário.** Madrid: Tecnos, 2016.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Victoria Kent al frente de las prisiones españolas (1931-1932):** el sistema penitenciario en los inicios de la Segunda República. Madrid: Marcial Pons, 2020.

NACIONES UNIDAS. **Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos:** adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Disponible en: <https://x.gd/w6HCo>. Acceso en: 30 feb. 2024.

“ES UN LIBRO QUE, SIN APARTARSE DE LA TEORÍA,

facilita conocimientos prácticos necesarios para la mayor eficacia de las reglas y normas jurídicas que proporciona.

Por ello, será de gran utilidad para el jurista en general, y los profesionales del Derecho, en particular, implicados tanto en la práctica como en la docencia de este nuevo segmento de la ciencia penal, que emerge día a día, como es la ciencia penitenciaria.

Finalmente, el poder extraer y compartir experiencias recíprocas de todo nuestro mundo iberoamericano aporta a esta obra un valor esencial, que traspasa no solamente fronteras físicas, sino que remarca aún más si cabe nuestro pasado cultural común.”

Julián Sánchez Melgar

Magistrado del Tribunal Supremo español

Doctor en Derecho



Escola Nacional
de Formação
e Aperfeiçoamento
de Magistrados



+55 (61) 3319-7700



www.enfam.jus.br



enfam@enfam.jus.br



EnfamOficial

ENDEREÇO: SCES - Trecho 3, Polo 8, Lote 9, 1º andar
Prédio do Conselho da Justiça Federal (CJF) Brasília - DF
Brasil CEP: 70.200-003

DOI: <https://doi.org/10.54795/ISBN978-65-88022-42-9>