

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 48, Época II, Enero 2023



FECYT 006/2022
Revista de Ciencias II - 1ª Colección (2011)
Número 48 - Enero de 2023

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher’s index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la VII Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2023.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
ISSN: 1133-0937
Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:
Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

**EL CAMINO DEL CASTIGO:
DE LA PENA DE MUERTE A LA CADENA PERPETUA.
EL CASO ITALIANO DE CADENA PERPETUA “NO REVISABLE”**

*THE LONG PATH OF PENALTY.
FROM THE DEBATE ON ABOLITION OF THE CAPITAL PENALTY
TO LIFE IMPRISONMENT. THE ITALIAN CASE OF LIFE IMPRISONMENT*

JESSICA MAZZUCA
Universidad Magna Grecia de Catanzaro
<https://orcid.org/0000-0001-7438-0032>

Fecha de recepción: 6-12-21
Fecha de aceptación: 11-4-22

Resumen: *Este artículo analiza la problemática relación entre la pena de muerte y la cadena perpetua. La primera parte del trabajo está dedicada a examinar los principales pasos que llevaron a la sustitución de la pena capital por la cadena perpetua. Un discurso que cuestiona una valoración comparativa entre la concepción utilitarista de Cesare Beccaria y la tesis de Kant y Hegel a favor de la pena capital. A partir de estos supuestos, se procedió a analizar la más reciente institución de la cadena perpetua, mediante la cual el Estado le quita la vida al condenado, sin quitársela física, sino socialmente.*

Abstract: *This paper analyses the problematic relationship between death penalty and life imprisonment. The first part of the work examines the main steps that led to the replacement of capital punishment with life imprisonment. A topic that calls into question a comparative evaluation between the utilitarian conception of Cesare Beccaria and the thesis of Kant and Hegel in favor of capital punishment. From the basis of these assumptions, we proceeded to analyse the more recent institution of life imprisonment, by means of which the State takes the life of the condemned man, without taking it away from him physically, but socially.*

Palabras clave: pena de muerte, cadena perpetua y reeducación, reinserción social, finalidad de la pena

Keywords: death penalty, life imprisonment and re-education social reintegration, purpose of punishment

1. PARA UNA INTRODUCCIÓN

La imagen de la justicia representada en forma de mujer con los ojos vendados sosteniendo una espada en una mano y una balanza en la otra es una iconografía sugerente pero compleja, en la que se cruzan una pluralidad de significados. Una imagen utilizada a lo largo del tiempo para dar expresión al mismo y, sobre todo, a esa dimensión de la justicia que es la penal y, por tanto, la imposición de la pena contra quienes han sido condenados por un delito.

En general, el castigo incide en su aspecto estrictamente concreto de punición, dirigido a la defensa de la sociedad mediante la implementación de un sufrimiento destinado a privar a la persona del bien jurídico por excelencia, que es la libertad personal. Además, en el concepto de sanción coexisten, por un lado, un elemento general y absoluto, ya que ningún ordenamiento jurídico ha podido prescindir del instrumento punitivo, y por otro, un componente de carácter práctico, relativo a los diferentes métodos de reacción que cada ordenamiento jurídico elige adoptar para reprimir la violación cometida.

Una convicción que también encuentra correspondencia en la circunstancia por la que la dureza de la sentencia está directamente relacionada con la evolución histórico-social que afecta no solo a los fines de la propia sanción, sino también, y sobre todo, a las técnicas adoptadas para sancionar al perpetrador de la violación. Significativo, en este sentido, es el paso de la era de los castigos corporales a las penas de prisión, seguido de la posterior evasión de la sanción con creciente discrecionalidad del juez, hasta la introducción paulatina de medidas alternativas a la detención, como la libertad vigilada, en nombre de la función garante de la sentencia, como valor firme e indiscutible de los sistemas constitucionales vigentes.

Se perfila así un cuadro en el que el discurso sobre el castigo, en sus rasgos esenciales, cuestiona la reflexión sobre aspectos vinculados a sus modos de exteriorización que a lo largo de los años han estado necesariamente condicionados por contingencias sociales y razones políticas. En esencia, existe una estrecha relación dialéctica entre la evolución de las condiciones generales de nuestras sociedades hacia el orden o el desorden, y el destino del sistema punitivo, ya que el concepto de castigo no es un hecho autónomo, sino fuertemente condicionado por una evolución continua de las relaciones sociales¹.

¹ Sobre el concepto de sanciones, N. BOBBIO, "Sanzione", *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, 1969, pp. 530 ss.; F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1991; P. NUVOLONE, "Pena", en *Enc. Dir.*, vol. XXXII, 1982, pp. 787 ss.; E. ALLORIO, "Osservazioni sulla sanzione", *Riv. dir. civ.*, vol. II, 1956.

Estos motivos acompañan a la perenne vitalidad del castigo que, si bien puede enmascarar ancestrales instintos de venganza, sigue siendo la expresión de un profundo e incontenible sentimiento de justicia que prevalece sobre toda otra instancia y alternativa, presentándose como un elemento constante de la vida en sociedad. En esta perspectiva particular, un discurso sobre los criterios por los cuales el sistema de justicia penal intenta responder hoy a la pregunta “¿qué es lo correcto?” cada vez más útil porque, si bien los métodos de reacción han cambiado, ya no es la tortura ni la venganza y, cada vez menos la pena de muerte, la idea básica sigue siendo que el mal se responde con otro mal, aunque en la forma más suave de la justicia penal.

2. SOBRE LA IMPORTANCIA HISTÓRICA Y JURÍDICA DE LA PENA DE MUERTE

Los delitos y las penas son dos aspectos centrales de las sociedades contemporáneas. Los orígenes del derecho penal moderno, como se le conoce, se remontan en gran parte a los ideales del siglo XVIII². Hasta mediados del siglo XVIII, el sistema penal se caracterizó por escenarios confusos y sombríos bajo el triple perfil de la determinación del hecho punible, las sanciones conexas y la disciplina procesal. En particular, a nivel de sanciones punitivas, la descripción de este escenario parecía caracterizarse por una incisiva tendencia a la arbitrariedad, la crueldad y el espectáculo exasperado. Los castigos corporales predominaban en gran medida y, entre ellos, la pena de muerte debía ejecutarse de una manera particularmente cruel y espectacular.

El tema de la pena de muerte, también llamado pena capital, ha sido siempre el punto de convergencia de diversas reflexiones, muchas veces también conflictivas, desde la época presocrática, pasando por la época moderna con Kant y Hegel, hasta las reflexiones de Foucault, que al distanciarse de su legitimidad, se cuida de resaltar las razones que llevan a la idea de la pena de prisión como uno de los sistemas más eficaces y racionales para sancionar las infracciones en una sociedad³.

² Sobre el papel decisivo del pensamiento de la Ilustración en la cultura jurídica del derecho penal moderno cfr., M. CATTANEO, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII. Corso di filosofia del diritto*, Ferrara, 1974, pp. I-IX; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 383-392; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 2009.

³ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire* (1976), Einaudi, Torino, 2014, Parte II, Cap. I.

Como todo el mundo sabe, el debate sobre la pena capital, es decir, sobre la posibilidad de mantenerla o abolirla definitivamente, se remonta a la época moderna y encuentra sus raíces en la célebre obra "*Dei Delitti e delle Pene*" de Cesare Beccaria, donde se contienen en serie de argumentos, todavía hoy apoyado por los abolicionistas, sobre la inutilidad e ineficacia de la pena de muerte. Sin embargo, somos muy conscientes de que, hasta entonces, el uso de la pena capital se consideraba bastante natural para hacer funcionar cualquier tipo de sociedad. En este sentido, el primer testimonio escrito del uso de la pena de muerte, resumido en el supuesto de que debe haber correspondencia entre delito y pena, se remonta a la adopción del código de Hammurabi, un conjunto de leyes redactado durante el reinado de este Rey de Babilonia (1792-1750 a. c.), que preveía, en la mayoría de los casos, la aplicación de una pena idéntica al mal cometido, según la llamada ley de represalias. Un concepto de proporcionalidad de la pena alejado del actual, tanto porque no tiene en cuenta la culpabilidad del infractor, como porque descuida la personalidad del infractor, este último elemento fundamental para asegurar el cumplimiento del principio de reinserción social.

La pena de muerte también está presente en la antigua Grecia. El código de leyes de Dracone es recordado por su particular severidad: incluso los delitos menos graves fueron, de hecho, castigados con la pena de muerte. Sin embargo, uno de sus grandes méritos es el de haber postulado la dosimetría de la pena en función del grado de responsabilidad del infractor: si el acto se cometió sin voluntad, como el asesinato, se espera el exilio, mientras que los que actúan voluntariamente el hecho perjudicial para su conducta es condenado a muerte. En consecuencia, se perfila un cuadro en el que el propio castigo comienza a concebirse con una finalidad educativa hacia la sociedad.

En este sentido, resulta oportuno el testimonio de Platón, quien en el libro IX de las Leyes dedica algunas reflexiones al problema de la pena de muerte. Cree en la proporcionalidad entre conducta y sanción relativa, y reconoce que el castigo debe tener el propósito de mejorarla ya que, siguiendo la enseñanza de su maestro Sócrates, vincula el tema del castigo con la libertad del mayor de los males, es decir, la maldad del alma. Sin embargo, el filósofo ateniense también admite que "si el criminal resulta incurable, la muerte será el último de los males para él"⁴. Así, si por un lado Platón reconoce la utilidad de la pena

⁴ PLATONE, "Le Leggi", en G. Reale (a cura di), *Tutti gli scritti*, Rusconi, Milano, vol. IX, 854e, 1992, p.1647. En particular, para Platón, la pena de muerte tenía que referirse a una gama muy amplia de delitos, desde delitos contra divinidades y contra el culto, hasta delitos

para evitar la comisión de nuevos delitos y reconstruir la armonía perdida, al mismo tiempo también admite y legitima el uso de la pena de muerte, aunque sólo en casos excepcionales y por motivos de delitos muy graves.

También encontramos indicios similares en el mundo romano, que no deja de exaltar el papel de la pena de muerte, especialmente para los delitos considerados como traición pública⁵. Aquí, en particular, a partir de la segunda mitad del siglo II, los condenados a la pena de muerte, durante el intervalo que los separa de la muerte, son despojados de todos los derechos y pasan a ser “propiedad” del imperio que explota a su fuerza de trabajo *damnatio ad metalla* o hace de sus ejecuciones objeto de espectáculo *damnatio ad bestias* o *in ludum*⁶.

En el largo camino que nos acerca progresivamente a la Ilustración, otro aspecto en la evolución de la institución de la pena capital lo representa el magisterio criminal del señor feudal, para quien la pena tiene una finalidad disuasoria, garantizada por la publicidad de la ejecución. En la Edad Media, en particular, las ejecuciones punitivas no tienen otro propósito que convencer al autor de su culpabilidad, extorsionando su confesión, incluso mediante el uso de la tortura y, todo esto, mediante la ejecución pública. La espectacularización de los métodos de ejecución de la pena de muerte adquiere un carácter indispensable, como instrumento para satisfacer el sentimiento de justicia de los miembros de la sociedad o comunidad hacia quienes han violado la ley. Se trata de castigos simbólicos, que deben actuar como una advertencia a la ciudadanía, ya que de esta forma el estrecho vínculo ilícito-sancionador se mantiene firme en la memoria colectiva, impidiendo que el individuo cometa un delito⁷. Además, la situación se agravó también por la

contra ascendientes, padre y madre y, los autores de estos hechos, según el filósofo ateniense, debían “pagar necesariamente con la pena natural”, es decir, “sufrir por lo que hicieron”. Para los términos del debate vid. N. BOBBIO, “Contro la pena di morte”, en Id., *L'Età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 178-179.

⁵ N. DONADIO, “Pena di morte, parte giuridica, diritto romano”, in E. SGRECCIA, A. TARANTINO (a cura di), *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, E.S.I., Napoli, 2016, pp. 254-262; C. E. TAVILLA, “La pena di morte nella cultura penale di diritto romano: fondamenti ed eredità”, en *Beccaria. Revue d'histoire du droit de punir*, 2015, pp. 51-69; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, Feltrinelli, Milano, 2018.

⁶ Cfr., A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, E.S.I., Napoli, 2010, Cap. IV, p. 121 ss.

⁷ Sobre este tema ves, T. BURACCHI, “La penalità nell’epoca feudale” en *ADR- L’altro diritto*, 2004; M. R. DI SIMONE (a cura di), *Profilo di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione*, Giappichelli, Torino, 2012.

estrecha combinación de crimen y pecado, entre la inmoralidad religiosa y la ley punitiva, que dio lugar a un concepto sagrado de derecho penal, que hizo uso del órgano judicial como la *longa manus* del poder eclesiástico.

El cuadro trazado hasta ahora comienza a cambiar con la superación de una concepción irracional y teocrática del derecho punitivo, y el paso a una visión secular de la justicia y la defensa social de la comunidad. A partir de la Ilustración, el castigo, incluso cuando está guiado por una razón instintiva y emocional, ya no se entiende como un aparato de represión, sino como un instrumento para el objetivo de salvaguardar al individuo y a toda la comunidad.

En el siglo XVIII, en particular, se produce un cambio radical en los instrumentos punitivos, cuyas premisas comienzan a aflorar en el contexto de la especulación filosófico-jurídica que ha madurado desde el siglo anterior y desemboca en el lecho de ese pensamiento que va bajo el nombre de ley natural secular, iniciando el proceso más amplio de secularización del Estado⁸.

Los teóricos del derecho natural, en un intento por superar el carácter meramente reivindicativo e intimidatorio de la pena, buscan su fundamento en un derecho natural secular basado en principios racionales, abriendo así el camino a la afirmación de los conceptos utilitaristas y humanitarios que dominarán el panorama legal durante los siglos venideros. En estos términos, Thomasius analiza el caso desde el concepto de acción peligrosa, y considera el dolo un elemento necesario para determinar la responsabilidad penal del autor. Grocio también sigue la misma línea argumental, postulando la separación entre pecado y crimen, enfatizando, específicamente, la autonomía de las esferas del derecho y la moral⁹.

⁸ En particular, Luigi Ferrajoli identifica precisamente en el derecho penal el “fundamento sobre el que nació el principio del laicismo, y con él el liberalismo y el Estado de derecho moderno”, L. FERRAJOLI, “Stato laico ed etica laica. La laicità del diritto penale”, en S. CANESTRARI e L. STORTONI (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 132. Para obtener más información sobre el tema, consulte también, M. ROMANO, “Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 477 ss.; G. DIURNI, “Pena criminale”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, 1982, pp. 752-770; G. FIANDACA, “Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati”, en *Studi in memoria di P. Nuvolone*, Feltrinelli, Milano, vol. I, 1991, p. 168; Id., *Diritto penale*, Zanichelli, Bologna, vol. XV, 2009.

⁹ S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, E.S.I., Napoli, 1979. Nuevamente y, en términos más generales, A. BARBERA, “Il cammino della laicità”, en S. CANESTRARI (a cura di), *Laicità e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Desde esta nueva y particular perspectiva, centrada precisamente en el concepto de justicia secularizada, el delito ya no se concibe como un índice de imperfección moral, y la pena ya no se interpreta como el castigo de un pecado a expiar, sino como un daño causado a las reglas de la sociedad civil que deben ser reparadas. Una convicción que encuentra correspondencia en las reflexiones de Alessandro Verri, hermano de Pietro, para quien “es evidente que el objetivo de los castigos no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un crimen ya cometido [...] Por tanto, el objetivo no es nada más que evitar que el delincuente haga nuevos daños a los ciudadanos y evitar que otros les hagan lo mismo”¹⁰.

De esta forma, se perfila un escenario en el que, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, se insertan diversas reflexiones políticas y jurídicas cuya premisa común está representada, por un lado, por la necesidad de racionalizar el sistema penal, con el fin de combatir el ‘arbitraje del juez, y por otro, por la necesidad de humanizar la función de la sentencia, promoviendo una tendencia generalizada hacia la atenuación de las penas, que puede resumirse en el privilegio otorgado a la pena privativa de libertad y en la eliminación de la modalidad cruel de ejecución de la pena de muerte¹¹.

¹⁰ A. VERRI, *Difesa in favore di Andrea Casirago*, 1765, p. 31 que evoca el § XII del *Dei Delitti e delle pene*, lleva por título *Fine delle pene*. Para una descripción general del pensamiento filosófico y político de Alessandro Verri, v. G. A. MAGGI, “Vita di Alessandro Verri”, in A. VERRI, *Opere*, Milano, 1822; T. SCAPPATICCI, “Alessandro Verri dall’illuminismo alla reazione”, en Id., *Fra “lumi e reazione”. Letteratura e società nel secondo Settecento*, Cosenza, Pellegrini, 2006; P. MUSITELLI, *I manoscritti inediti di Alessandro Verri protettore dei carcerati (1763-1766)*, en *Line@editoriale*, 2010.

¹¹ Además, este es el lugar donde se acostumbra rastrear el nacimiento de las escuelas de derecho penal, por un lado la escuela clásica, en defensa del concepto retributivo de la pena, en el supuesto de la existencia del libre albedrío, y en el otros los proponentes de la escuela positiva que, en cambio, se oponen a la idea retributiva, ya que niegan el libre albedrío y proponen un sistema de medidas acorde al tipo de delincuente y que ahora tienen tanto fines reeducativos para sujetos recuperables, como fines neutralizantes, para infractores irre recuperables. Sobre el tema, para una reconstrucción de los diversos aspectos del pensamiento de las dos corrientes de la escuela clásica, ver, F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1877-1833; Id., *Opuscolo di diritto penale*, Lucca, Giusti, 1877; G. CARMIGNANI, *Elementi di diritto criminale*, Tipografia P. Androsio, Napoli, 1847; P. L. O. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, Borroni e Scotti, Milano, 1852; L. LUCCHINI, *I semplicisti (Antropologi, Psicologi e Sociologi) del diritto penale*, UTET, Torino 1886. Para la escuela positiva, C. LOMBROSO, *L’uomo delinquente*, Bocca Ed., Torino, 1897; R. GAROFALO, *Criminologia*, Bocca Ed., Torino, 1887; E. FERRI, *Socialismo e criminalità. Appunti*, Torino, Bocca Ed., 1883; Id, *Sociologia criminale*, Bocca Ed., Torino, 1925.

Un gran artífice de este proceso de modernización y desacralización del derecho penal es sin duda Cesare Beccaria quien, en su revolucionario libro *Sobre crímenes y penas* de 1764¹² pide la abolición de la pena de muerte, para que “el nudo que se formó uniendo el pecado con el crimen con mil hilos, se corte con un golpe seco. Que la Iglesia, si quisiera, también se ocupe de los pecados. El Estado sólo tenía la tarea de evaluar el daño que la infracción de la ley había causado al individuo y a la sociedad. [...] Se desacralizó por completo el derecho penal”¹³.

3. EL PROBLEMA DE LA PENA DE MUERTE. DE LA TESIS ABOLICIONISTA DE CESARE BECCARIA ...

La obra de Beccaria no es solo un tratado de derecho penal, sino que constituye el principal análisis político y jurídico contra la pena de muerte y la tortura. La denegación de la pena de muerte, además de constituir una convicción íntima, también se deriva de las premisas filosóficas sobre las que descansa todo el pensamiento de Beccaria.

Formado a la luz del pensamiento secular e ilustrado, el escritor milanés intentó de inmediato conciliar y armonizar los motivos de la defensa social con los del humanitarismo garantista, contrarestando el concepto retributivo de la sentencia, a favor de una reforma general-preventiva de la práctica criminal de su tiempo. Para Beccaria, en esencia, la legitimidad del Estado para castigar tenía que traer mayores ganancias a la sociedad, ya que “la única y verdadera medida de los delitos es el daño causado a la nación”¹⁴.

¹² Se trata de un ensayo extrapolado de las discusiones que tuvieron lugar en el pequeño círculo de la Accademia dei Pugni y de la revista “Il Caffè”, que también tuvo entre sus patrocinadores a Alessandro Verri, gran conocedor de la materia penitenciaria.

¹³ Cfr., F. VENTURI, “Il diritto di punire”, en *Utopia e riforma nell’illuminismo*, Einaudi, Torino, 1970, p. 125. Además, la necesidad de racionalizar el sistema penal, para convertirlo en una herramienta útil para combatir la arbitrariedad y mitigar las penas, evitando excesos injustificados de sufrimiento, explica por qué la obra de Beccaria ha sido incluida en el índice de libros prohibida en 1765, año después de su aparición, y permaneció allí hasta la última edición del Índice, que se remonta a 1948. En este sentido, sobre la relación entre la Iglesia y el derecho penal, G. MARINUCCI, “Sui rapporti tra diritto penale e laicità dello Stato”, en *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, 2009.

¹⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, F. VENTURI (a cura di), Einaudi, Torino, § VII, 1965, p. 44; C. BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas* (1764), Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.

El potencial subversivo de la tesis sale a la luz cuando se observa que el núcleo ideológico subyacente se fundamenta en una concepción utilitarista del hombre y de las razones de su vida en sociedad, concepción que presupone que para evaluar la moralidad de los castigos es suficiente solo evaluar las consecuencias. Así, para Beccaria, la pena de muerte no sólo es injusta porque afecta a un bien, como el de la vida, que no está disponible, sino que también es inútil, ya que ni siquiera puede producir los efectos deseados. De hecho, por un lado, la pena capital puede ser un disuasivo mucho menos eficaz para los delincuentes que, por ejemplo, la cadena perpetua, por otro lado, también puede tener efectos adversos en otros asociados, endureciendo el ánimo o despertando compasión, y por lo tanto dando lugar al peligro de indiferencia o aversión hacia el mismo orden. Una convicción, esta última, que estigmatiza los efectos perversos de una visión meramente retributiva de la sentencia y, a su vez, contrasta claramente con la tradición secular resumida en el supuesto de que la sanción encuentre su justificación en sí misma, sin necesidad de buscarla en cualquier utilidad social externa¹⁵.

Beccaria, por tanto, trabaja para conciliar las necesidades de defensa social con las de la vida y libertad de la persona, promoviendo una visión de protección social efectiva, pero a la vez respetuosa del ser humano. En estos términos, en la introducción a su obra maestra, escribe que “la mayor felicidad dividida por el mayor número”¹⁶ debe constituir el propósito esencial de todas las

¹⁵ Sobre el pensamiento de Beccaria sobre la abolición de la pena de muerte, ver, F. ZANUSO, “I ‘fluidi’ e le ‘bestie di servizio’. Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria”, en F. ZANUSO, S. FUSELLI (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Cedam, Padova 2004, pp. 101-139; L. GARLATI, G. CHIODI (a cura di), *Un uomo, un libro. Pena di morte e processo penale nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, Giuffrè, Milano, 2014; L. FERRAJOLI, “L’attualità del pensiero di Cesare Beccaria”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 1, 2015, pp. 137-162; M. P. DI BLASIO, “La forza dirompente de Dei Delitti e Delle Pene di Cesare Beccaria. Il vigore dei canoni ermeneutici scolpiti del più famoso trattato di diritto penale”, *Giurisprudenza penale*, 2015; P. MORO, “Contro la pena capitale. Fondamenti e limiti della concezione abolizionista di Cesare Beccaria” en G. ROSSI e F. ZANUSO (a cura di), *Attualità e storicità ‘Dei delitti e delle pene’*, a 250 anni dalla pubblicazione, E.S.I., Napoli, 2015.

¹⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., §VI, p. 35. Beccaria es el autor del famoso principio utilitarista de la máxima felicidad dividida por el mayor número, posteriormente retomado por Jeremy Bentham, en términos de la máxima felicidad posible del mayor número posible de individuos, que lo extiende a todos los derechos, basado en éste la legitimidad política de cualquier norma jurídica. No es casualidad que el filósofo inglés llame a Beccaria “mi maestra, la primera evangelista de la razón”, y sigue afirmando que “fue precisamente del librito de Beccaria *Sobre crímenes y penas* que extraje, como bien recuerdo, la primera mención del

leyes, que no son más que convenciones a las que cada individuo corresponde la asignación de una “mínima porción posible” de libertad, de “la única que es suficiente para inducir a otros a defenderla”, llega con el fin de salvaguardar los derechos y sus respectivos ámbitos de actuación. Y continúa afirmando que: “El objetivo de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido [...]. El objetivo, por tanto, no es otro que evitar que el infractor haga un nuevo daño a otros ciudadanos y evitar que lo igualen. Por tanto, deben elegirse aquellas penas que causen una impresión más eficaz y duradera en el alma de los hombres y menos atormentador en el cuerpo del infractor”¹⁷. En esta perspectiva, por tanto, el principio rector de la justicia sólo puede ser el de promover el bienestar de las personas, comprometiéndose a protegerlas de las agresiones, a través de su predicción como delitos y su sanción con penas, al desalentar a otros posibles delincuentes.

Visto más de cerca, el utilitarismo de Beccaria se deriva conceptualmente de su adhesión al contractualismo, necesario para construir una teoría racional del derecho y la política. De ello se desprende que, para el escritor milanés, el beneficio no debe perseguirse porque sea intrínsecamente correcto, sino porque la necesidad natural nos ha llevado a considerarlo como tal: “La necesidad, debido al choque de las pasiones y a la oposición de los intereses, ha dado lugar a idea de la utilidad común, que es la base de la justicia humana”¹⁸. En particular, para Beccaria, el contrato social se configura como el pacto de no agresión que todos los individuos han estipulado para defender sus intereses, aceptando no agredir a nadie. Así, cada uno renuncia a su propia libertad de agresión tras el traspaso de la misma libertad por todos. En consecuencia, el escritor milanés se pregunta: “¿Quién fue el que quiso dejar la tarea de matar a otros individuos, a otros hombres?”¹⁹.

Porque precisamente en este postulado, de marcado carácter contractual, se basa la actitud de los estudiosos en la clara e irrevocable oposición a la pena de muerte, ya que si el Estado nace en virtud del contrato social y encuentra su legitimidad en la necesidad de proteger la vida y defensa de la libertad, sería contradictorio admitir la pena de muerte a manos del Estado.

principio de utilidad “así como” la idea de medir el valor de cada sensación analizándola dentro de cuatro elementos [intensidad, duración, proximidad, certeza] tomados de Beccaria”, *ibid.*, pp. 562-563. Para un análisis comparativo entre Bentham y Beccaria sobre el tema del castigo L. FERRAJOLI, “Beccaria e Bentham”, *Diciottesimo Secolo*, núm. 4, 2019, pp. 75-84.

¹⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., §VII, p. 49.

¹⁸ *Ivi*, §VII, p. 43.

¹⁹ *Ivi*, §XXVIII, p. 86.

Es decir, Beccaria niega categóricamente que, una vez estipulado el contrato social, incluso la vida pueda ser transferida al Estado porque: “Nadie ha dado la donación gratuita de parte de su libertad para el bien público [...]”.

Por tanto, tiene la certeza de que cada uno quiere poner en el depósito público sólo la menor parte posible, la única que basta para inducir a otros a defenderlo. “La suma de estas porciones mínimas posibles constituye el derecho a castigar; tanto más es abuso y no justicia”²⁰. En consecuencia, rechaza explícitamente los castigos muy duros no solo cuando son perjudiciales para la felicidad colectiva, como predice el utilitarismo, sino también cuando, si bien no son perjudiciales, son contrarios a la “razón ilustrada”, la justicia y el espíritu mismo del contrato social que funda nuestro sistema penal.

Además, el escritor milanés se da cuenta de que el problema de la pena de muerte no termina en la identificación específica del propósito específico de la pena, sino que involucra la esencia misma del poder de una manera más profunda. En particular, advierte que no es solo el uso de la pena de muerte, por ser inhumana e inútil, lo que desalienta la comisión de delitos, sino la adopción de un sistema punitivo basado en la certeza de la pena, dado que “Uno de los más grandes la moderación de los delitos no es la crueldad de la pena, sino la infalibilidad de la misma, y por tanto la vigilancia de los magistrados, y esa severidad de un juez inexorable que, para ser una virtud útil, debe ir acompañada de una suave legislación”²¹. En estos términos, una sanción puede ser más suave cuanto más segura y preparada esté.

Tras la publicación del libelo de Beccaria, la petición abolicionista penetró definitivamente en el debate cultural europeo de la época. En efecto, la centralidad de la cuestión penal y, en particular, el debate sobre la utilidad o no de la pena de muerte, une toda a la filosofía jurídica y política de la Ilustración, ya que el derecho penal es el lugar privilegiado de la relación entre Estado y ciudadano, donde se define el papel de la ley y los límites del poder político y, en consecuencia, el ámbito de acción de los asociados individuales²².

²⁰ Ivi, §II, pp. 30-31.

²¹ Ivi, §XXVII, p. 66. Así, Jeremy Bentham también afirma que “Cuanto más incierta es una sanción, más debe aumentarse en severidad [...] Por lo tanto, también es cierto que cuanto más se aumenta la certeza de la sanción, más puede aumentar su entidad. reducido. Esta es la ventaja que se derivaría de una legislación simple y un buen procedimiento”, cfr., J. BENTHAM, “Principes du code pénal III-II”, en *Traité de législation civile et pénale*, Parigi, 1802, p. 156.

²² Sobre el tema, A. PORCIELLO, “Pena di morte”, en M. LALATTA COSTERBOSA, M. LA TORRE, A. SCERBO (a cura di), *Questioni di vita o morte. Etica pratica, Bioetica, e Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 264-269.

Así, ante el compromiso de Beccaria, el aporte académico de Francesco Carrara, quien, si bien no reconoce la vigencia de los sistemas punitivos basados en el concepto de “utilidad”, tiene el mérito de haber conducido a la unificación del derecho penal italiano y la simultánea abolición de la pena de muerte, que tuvo lugar, entonces, en 1889 con la introducción del código penal Zanardelli, junto con el nombre de Luigi Lucchini, profesor universitario y magistrado, voz autorizada de la Revista Penal, que albergaba diversos escritos, entre ellos los de autores extranjeros, entre otros, Lucas, Olivecrona, Torres Campos, Holtzendorff, sobre el repudio a la pena de muerte. En la misma línea argumental también destacadas figuras políticas, como Pasquale Stanislao Mancini, quien el 17 de noviembre de 1864 presentó el primer proyecto de ley basado en la solución toscana a la Cámara de Diputados, donde el Gran Duque Pietro Leopoldo, compartiendo las ideas de Cesare Le Beccaria, y asistido por una clase dominante con visión de futuro, ya había introducido el código leopoldiano en 1786 con la abolición de la tortura y la pena de muerte también por el delito de regicidio.

Una vez más, la evolución de las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos sigue exactamente el cambio de las estructuras sociales y económicas y con ellos la necesidad de prever siempre, en clave preventiva, nuevas reglas de conducta a cumplir y, en clave defensiva, nuevos casos incriminatorios y nuevas formas de castigo. Sin embargo, sabemos bien que, a pesar de los esfuerzos realizados contra la costumbre de la pena capital, algunos de los protagonistas del debate teórico han emprendido un camino diferente, refutando el paradigma abolicionista y llegando a la conclusión de que el uso de la pena de muerte es incluso un deber, que se fundamenta en bases esencialmente remunerativas.

3.1. ... al paradigma del derecho a castigar con la muerte

La visión abolicionista de Beccaria, aunque autorizada, se opone completamente a la doctrina dominante de la época. Más allá de Voltaire, prevalece una línea de pensamiento en la Ilustración jurídica europea de finales del siglo XVIII que, aunque critica el uso excesivo de la pena de muerte, sigue considerando necesario aplicarla en casos extremos. Los argumentos a favor de la pena de muerte se refieren principalmente a la proporcionalidad de la pena con respecto al delito y la prevención de delitos a través de la intimidación, tanto desde el punto de vista jurídico como moral. Si, por tanto, el paradigma está representado por las necesidades justificativas de la predicción de la

muerte como forma de castigo, ciertamente la discusión del tema se basa plenamente en la teoría retribucionista de la sentencia, donde la idea básica es que el castigo debe servir para compensar la culpa por el mal cometido. Un concepto, este último, que a lo largo de los siglos ha encontrado apoyo no solo en el pensamiento filosófico, sino también en las referencias religiosas.

La cuestión de la necesidad de matar a los culpables también está presente en el contexto de la doctrina católica, cuyo punto de equilibrio lo dicta Santo Tomás que funda la legitimación de la pena de muerte a partir del concepto de conservación del bien común. Para el teólogo y filósofo escolástico, el fundamento del poder punitivo y la finalidad del castigo se identifican en el carácter curativo del castigo, dado que la injusticia es la ruptura de un equilibrio en nombre del alejamiento del bien, para lo cual el castigo permite al culpable expiar su culpa ante Dios y purificar del mal a toda la comunidad²³. Las reflexiones de San Agustín también están en la misma línea argumental, según la cual la legalidad de la pena de muerte no contradice el mandamiento “no mates”, ya que: “La misma autoridad divina que dijo: No matarás, ha establecido ciertas excepciones a la prohibición de matar humanos”²⁴.

Se perfila así un marco teórico en el que el paradigma de la retribución adquiere un valor adicional, el preventivo, ya que la retribución ejerce una forma de disuasión, ya que evita que el delito sea repetido por el propio delincuente. o en otro lugar. En consecuencia, a nivel de la pena de muerte se afirma que, a pesar de su atrocidad, sigue siendo necesaria para la seguridad social ya que, siendo la más temida de las penas, sigue siendo la más adecuada para prevenir delitos graves. Una convicción, esta última, que encuentra correspondencia en las reflexiones de Rousseau quien, al delinear el cuadro del desarrollo de la sociedad de su tiempo, cree que tanto exponerse al peligro en la guerra como recurrir a la pena capital están predeterminados con el propósito de conservación de la sociedad²⁵.

Immanuel Kant también es partidario de la pena capital, refutando golpe a golpe los argumentos que suelen oponerse a ella. A las solicitudes de los abolicionistas, objeta que la justicia sólo es reconocible si hay una correspondencia perfecta entre el castigo y la culpa. En consecuencia, en la hipótesis de un asesinato, la muerte legalmente infligida es la única solución posible y coherente. En particular, Kant, partiendo de una crítica de la filosofía utili-

²³ T. D' AQUINO, *Summa Theologica*, II-II, q. 64, a. 2, co., Roma, San Paolo Ed., 1999.

²⁴ SANT' AGOSTINO, *La Città di Dio*, Bompiani, Milano, I-21, t. XLI, col. 35, 2001.

²⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, R. GATTI (a cura di), Rizzoli, Milano, 1987, pp. 47 ss.

tarista, ve en el criterio de retribución la única medida cierta de la calidad y cantidad del siologismo, identificando en el principio de igualdad el modo correcto de atribución del siologismo. Es, por tanto, el principio de proporcionalidad, basado en la noción de retribución de la pena, el que justifica el tipo y alcance de la sanción, en función del delito cometido, que es delito tanto para las personas como para el Estado que los representa.

En la *Metafísica de las costumbres*, en particular, sostiene que nadie es castigado por haber querido una sanción, sino por el mero hecho de haber realizado una conducta digna de sanción. Además, según la enseñanza kantiana, el deber de la pena de muerte recae en el Estado y es un imperativo categórico, no un imperativo hipotético, basado en la relación entre medios y fines. El castigo, por tanto, debe atribuirse únicamente porque el sujeto ha cometido un delito y “nunca podrá decretarse simplemente como un medio para lograr un bien”²⁶. La convicción de Kant es, por tanto, que el castigo no puede imponerse como medio para lograr un bien de interés general. Es admisible, a lo sumo de forma secundaria, que tenga un valor de utilidad social, pero su finalidad primordial y única es representar una respuesta al impulso criminal, como consecuencia necesaria de un acto digno de sanción, ya que: “El hombre nunca debe ser tratado como un medio puro al servicio de los fines ajenos”²⁷.

Consideraciones no disímiles también se encuentran en las reflexiones de Hegel, quien no deja de exaltar la función retributiva de la sentencia, que es el daño al daño, así como la importancia de la pena de muerte en la doctrina kantiana²⁸. Sin embargo, mientras en Kant la relación que vincula el castigo con el hecho ilícito es en términos de proporcionalidad, en Hegel el castigo es la negación de otro mal. Básicamente, en Hegel, el concepto de castigo se deriva de la negatividad del propio delito, ya que lo que importa es el significado de la injuria que recae sobre el infractor del castigo. La pena, por tanto, es descrita por Hegel como “conciliación (*Versöhnung*) de la ley”, no solo desde el punto de vista objetivo, sino también desde el punto de vista subjetivo del infractor, que en la ejecución de la sentencia debe encontrar “pacificación (*Befriedigung*) de la justicia”²⁹.

²⁶ I. KANT, *La metafísica de los costumbres*, Laterza, Bari, 1983, pp. 164 ss.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ U. KLUG, “Il commiato da Kant e da Hegel (1968)”, en L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano, 1989,

²⁹ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), V. CICERO (a cura di), Rusconi, Milano, 1996, § 100, p. 207.

De las reflexiones desarrolladas hasta ahora se desprende la centralidad de la retribución de la sanción, y cómo siempre ha sobrevivido en las formas en que tradicionalmente se expresa. Razones, estas últimas, que también parecen acompañar a algunos exponentes de la ilustración jurídica italiana de finales del siglo XVIII. Puntual en este sentido es la voz de Gaetano Filangeri, definido como “la verdadera enciclopedia del siglo XVIII sobre los delitos y su expiación”³⁰, quien considera legítima la pena de muerte como parte integrante del derecho sancionador del Estado. En el Libro III de la Ciencia del Derecho, dedicado al derecho penal, Filangeri interviene en la polémica a favor de la transparencia de la ley y en contra de los procedimientos secretos, manifestando un fuerte disenso contra la concepción utilitarista³¹. Como Kant, se distancia también del argumento contractualista de Beccaria según el cual las leyes que expresan el derecho a castigar están constituidas por la “suma de porciones mínimas de la libertad privada de cada persona”, ya que cuando el contrato social es violado por cualquier delito, sigue siendo un delito contra o que debe ser revocado mediante la aplicación de la pena de muerte pero de forma equilibrada, ya que una aplicación excesiva podría resultar contraria a la supervivencia de la propia empresa, haciendo ineficaz y desproporcionada la pena capital³².

Para el jurista napolitano el derecho a castigar es un derecho natural ya presente en el estado de naturaleza, y la imperfección del estado de naturaleza no se debe a la falta del derecho a castigar, sino a la dificultad para hacerlo ejecutable. En consecuencia, para Filangeri, en pleno respeto a la filosofía del pensador inglés John Locke, con el pacto social los individuos transfieren el derecho a sancionar al Estado, con el fin de proteger, a través de él, los

³⁰ F. VENTURI, “Gaetano Filangeri. Nota introduttiva”, en *Illuministi italiani*, tomo V, *Riformatori napoletani*, Milano- Napoli, 1962-63, p. 633.

³¹ Cfr., G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1783), E. PALOMBI (a cura di), Napoli, Grimaldi & C, 2003. Escrito sobre el que, además, se formaron los protagonistas de la República Napolitana de 1799.

³² Para resaltar las líneas fundamentales del enfoque ofrecido por Filangeri en marcado contraste con la ideología de Beccaria, está el filósofo milanés Carlo Cattaneo quien enfatiza que, si bien para ambos el derecho a castigar radica en el contrato social, para el escritor milanés nació con el contrato, como institución de derecho positivo necesaria para evitar el retorno al estado de naturaleza. Por el contrario, Filangeri establece, en cambio, una perfecta continuidad entre el estado de naturaleza y la sociedad política. M.A. CATTANEO, “Alcuni aspetti della dottrina penalistica di Gaetano Filangeri” en L. D’ALESSANDRO (a cura di), *Gaetano Filangeri e l’illuminismo europeo, Atti del Convegno tenutosi a Vico Equense dal 14 al 16 ottobre 1982*, E.S.I., Napoli, 1991, pp. 267-268.

derechos naturales, cuya protección plena y efectiva en el estado de naturaleza se ve fuertemente comprometido por el viciado ejercicio del derecho a sancionar.

De esta manera, la sociedad política adquiere el mismo derecho que en el estado de naturaleza pertenecía al individuo por encima de todos los demás. De ahí la idea de que el castigo no tiene una función retributiva de venganza, sino una finalidad esencialmente intimidatoria, de prevención especial y aún más de prevención general. Consideraciones, esta última, de las que se deriva el principio de proporcionalidad que para Filangeri debe establecerse entre el delito y la pena, y de las que, a su vez, se deriva el principio de la mansedumbre de la ley. Sin embargo, el potencial subversivo de la tesis del iluminista napolitano está destinado a perder gradualmente intensidad y adherencia cuando Filangeri se da cuenta de que el problema de recurrir a la pena de muerte no termina en un plano puramente ontológico, sino que involucra la esencia más profunda del derecho penal, especialmente donde se observa que el uso de esta pena extrema conduce a un aumento de los delitos más atroces y, en consecuencia, produce impunidad para los menos graves, afectando así la pérdida de valor de la propia pena de muerte.

Sin embargo, aunque el legado de ideas en apoyo de la pena de muerte se prolonga hasta los albores del siglo XX, pronto habrá que afrontar una nueva concepción del Estado, que poco a poco ve desmoronarse su posición de preeminencia sobre la persona humana que, a su vez, se presenta como portadora de nuevos derechos y nuevos poderes que, por su carácter inviolable y constitutivo, ya no tolerarán abusos o violaciones temporales.

4. LAS NUEVAS FRONTERAS DE LA CADENA PERPETUA NO REVISABLE

La necesidad de fundamentar el rechazo de la sanción extrema sobre bases sólidas, tanto positivas como teóricas, para demostrar su ilegitimidad, representó el terreno fértil para el avance de la opción abolicionista definitiva, que en Giuseppe Zanardelli encuentra un intérprete muy válido³³.

³³ Era el 30 de junio de 1889 cuando el ministro de Justicia Zanardelli presentó al rey el borrador definitivo del código penal. La publicación tiene lugar el 1 de diciembre del mismo año y entró en vigor el 1 de enero de 1890. Para una descripción general de la historia del lanzamiento del nuevo código, entre muchos otros, P. NUVOLONE, "Giuseppe Zanardelli e il codice penale del 1889", en AA. VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, Milano, vol.

Corría el año 1889, cuando se sancionó la abolición de la pena de muerte en Italia, y en el sistema positivo apareció la cadena perpetua, colocada en lo más alto del catálogo de penas, vista como un avance decisivo en el plano humanitario, aunque no para todos³⁴. La pena capital, como es bien sabido, será reinstalada, aunque solo para delitos políticos, en 1926 por el gobierno de Mussolini, anticipándose a la dirección ideológica que debió inspirar el nuevo código penal italiano de Rocco de 1930³⁵. Solo con la entrada en vigor de la Constitución italiana se abolirá definitivamente la pena de muerte, con la única excepción del artículo 27 párrafo 4 de la Constitución en los casos específicos previstos por las leyes militares de guerra, luego suprimido definitivamente por la ley constitucional italiana número 1 de 2007.

Es el punto de llegada de un camino largo y alterno que culmina con la adopción de la cadena perpetua, que es un castigo humano y sustituto del castigo corporal y la pena capital, graduable y capaz de responder a necesidades retributivas y generales preventivas. Sin embargo, si es cierto que la cadena perpetua a menudo responde a instancias justas de castigo, es igualmente cierto que tal instrumento de castigo presenta disfunciones acentuadas, especialmente en el reconocimiento del principio de reeducación, siendo el recluso muchas veces estigmatizado y etiquetado, contribuyendo así a impedir o ralentizar el proceso de resocialización.

Por estas razones, la cadena perpetua se presenta pronto como el sustituto inmediato de la pena capital, como una sanción desprovista de humanidad que excluye al delincuente de cualquier esperanza de redención y lo condena a una suerte de *damnatio memoriae*.

II, 1984, pp. 961 ss.; M. SBRICCOLI, "La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale dell'Italia unita", en SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, Laterza, Roma - Bari, 1990, p. 147 ss.; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il Codice Zanardelli*, cit.

³⁴ Entre las voces que se oponen a la cadena perpetua zanardelliana se encuentra la de Giuseppe Orano, para quien el uso de la cadena perpetua no resuelve el problema de la gradualidad de la sentencia, así G. ORANO, "Saggio di uno studio sulla pena dell'ergastolo", *La Giustizia Penale*, vol. III, 1897, pp. 1057-1065; Id., "Il patibolo e l'ergastolo di fronte all'errore giudiziario", en *Foro Penale*, Roma, 1900, pp. 1-20; Id., *La riduzione scientifica del problema dell'ergastolo, Prolusione al corso di Diritto e procedura penale letta nella R. università di Roma il 30 novembre 1900*, Tipografia cooperativa sociale, Roma, 1901, pp. 1-45.

³⁵ Sobre el tema, G. TESSITORE, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Franco Angeli, Milano, 2000, pp. 93-120. Para obtener una descripción general de los problemas mencionados anteriormente, v. C. DANUSSO, "Patibolo ed ergastolo dall'Italia liberale al fascismo", en *Diritto penale contemporaneo*, 2017, pp. 51-67.

Esta incompatibilidad inicial del instituto con respecto a la lógica humanitaria que inspira la legislación constitucional italiana va disminuyendo paulatinamente por la inclusión de la cadena perpetua en el ámbito de aplicación de la libertad condicional, según el nuevo artículo 176 párrafo 3 del código penal italiano, introducido por el artículo 2 de la ley italiana de 25 de noviembre de 1962, número 1634, dando así a los condenados, por primera vez, la posibilidad de volver a una sociedad libre.

Pero todo esto no es suficiente. La evolución más significativa en la historia de la cadena perpetua, que va acompañada de un resurgimiento del carácter perpetuo, tiene lugar en el contexto de la denominada legislación de emergencia, aprobada en los años 90, en respuesta a las masacres mafiosas que en esos años ensangrentaron Italia. La cobardía de los actos con los que la delincuencia organizada golpea al Estado italiano y sus representantes determina que el legislador exacerbe el circuito punitivo de aquellos sujetos que se han convertido en autores de delitos graves vinculados a la delincuencia tipo mafia, en los que la finalidad reeducativa de la pena a que se refiere el artículo 27, párrafo 3 de la Constitución italiana está considerablemente comprimido “debido a las necesidades de defensa social y especial prevención negativa”³⁶.

El contexto histórico, de hecho, requiere que el Estado italiano actúe con herramientas eficaces, duras, claras y rigurosas en la lucha contra la mafia, que comienza a tener relaciones con la política y que, de esas relaciones, deriva su poder. En estas connotaciones criminológicas y sociológicas se fundamenta la entrada en nuestro sistema positivo de la institución de la cadena perpetua.

Introducido por el artículo 4-bis de la ley italiana de 26 de julio de 1975, número 354 sobre el Sistema Penitenciario, el tema de la cadena perpetua pronto se convierte en el terreno para buscar un equilibrio en el contexto particularmente delicado de la relación entre libertad condicional, medidas alternativas a la detención, beneficios penitenciarios en general y prisión. Con la disposición en cuestión, el legislador hace todo lo posible, de hecho, por estigmatizar los efectos perversos de una acentuada agresividad del crimen organizado, desplegando una rigurosa respuesta ejecutiva encaminada a actuar drásticamente sobre las condiciones y términos de acceso a los beneficios penitenciarios, imponiendo así la implementación de un régimen

³⁶ Sobre el tema, L. PACE, “L’art. 4bis dell’ordinamento penitenziario tra presunzione di pericolosità e’ governo dell’insicurezza sociale” en *Costituzionalismo.it*, 2015, p. 3.

ejecutivo particular, en contraste con el “paradigma reeducativo, contenido en el núcleo esencial de la ley italiana número 354/1975”³⁷.

En particular, el artículo 4-bis en su primera formulación agrupó los delitos que legitiman el uso de la cadena perpetua en dos franjas diferenciadas, según el título del delito, cuyo punto de inflexión estuvo en la circunstancia de que la grave alarma social que suscitaron estaban directamente correlacionada o no con las asociaciones criminales que asediaban la República italiana. Por tanto, la primera categoría contemplaba delitos considerados ciertamente atribuibles a la delincuencia organizada de tipo mafioso o subversivo; los demás, en cambio, son los de gran gravedad, pero no directamente relacionados con este tipo de delitos. En consecuencia, en el primer caso, el acceso a los servicios penitenciarios fue admisible con la doble condición de que existiera evidencia que excluyera la existencia de vínculos con el crimen organizado o subversivo y que el autor hubiera cumplido algunas partes de la condena.

Sin embargo, ambas condiciones se habrían superado si el autor del delito hubiera demostrado su colaboración con la justicia en los términos del artículo 58-ter de la Ley del sistema penitenciario italiano, dado que la conducta allí contemplada era la de sacar al reo del campo penal. En caso contrario, para el delito de segundo grado, la admisibilidad de la medida alternativa y del beneficio penitenciario quedó subordinada a la simple constatación objetiva de la inexistencia de vínculos actuales con la delincuencia organizada.

Sin embargo, a raíz de la fuerte alarma social provocada por la cobardía de los episodios ocurridos a principios de los 90, el decreto ley italiano 8 de junio de 1992, número 306, que en el artículo 15, párrafo 1, introduce una nueva perspectiva, asignando preeminencia a las necesidades de prevención general y defensa social. En consecuencia, para los condenados por uno de los delitos comprendidos en la primera banda, la única clave para acceder a los permisos penitenciarios de adjudicación fue, y es, la colaboración con la justicia. Este cambio trae consigo un nuevo paradigma del sistema de recompensas, resultando en el paso “de un sistema basado en un régimen de evidencia reforzada para constatar la inexistencia de una condición negativa, es decir, la ausencia de vínculos con el crimen organizado, a un modelo que introduce una ejecución hipotecaria para ciertos convictos, que solo puede ser removida mediante una conducta calificada, es decir, la colaboración.

³⁷ F.C. PALAZZO, C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Cedam, Padova, 2007, p. 1914.

De esta forma, se perfila un marco en el que a los condenados a cadena perpetua por determinados delitos graves, incluido, en primer lugar, el de asociación de tipo mafioso de conformidad con el artículo 416-bis del Código Penal italiano, que no colaboren con los tribunales, de conformidad con el artículo 58-ter ter del sistema penitenciario italiano, se excluye la posibilidad de acceder a una serie de beneficios penitenciarios, incluido el trabajo al aire libre, medidas alternativas a la detención, concesión de permisos y, sobre todo, libertad condicional. De ahí la calificación de cadena perpetua no revisable.

En esta perspectiva, es claro que el objetivo del legislador italiano es incentivar la colaboración con las autoridades judiciales de sujetos afiliados o en todo caso contiguos a las facciones criminales. Una elección comprensible en muchos sentidos, ya que responde plenamente a la lógica de la política criminal de esos años, pero que, sin embargo, termina por distorsionar la norma y contrasta claramente con la lógica de la resocialización.

El camino trazado hasta ahora parece volverse cada vez más lineal. No hay duda de que ninguna cadena perpetua no revisable es una especie de cadena perpetua común. Ambos, de hecho, comparten la duración perenne de la condena. Por supuesto, en el caso de la cadena perpetua no revisable, tiende a prevalecer una mayor efectividad de la perpetuidad. Sin embargo, persisten viejas resistencias y surgen nuevas contradicciones que también revelan las hipocresías de quienes, conscientes del principio de la intangibilidad de la dignidad humana, quieren sin embargo perseguir fines que no tienen en cuenta a la persona del condenado, terminando por apoyar su muerte civil. Y, una vez más, nuestro pensamiento se dirige a Cesare Beccaria, quien fue el primero en darse cuenta de que la pena de muerte no es una institución legal, sino una elección que encuentra sus razones en la arbitrariedad de la política, a veces en abierta contradicción con el ordenamiento jurídico.

Pero todo esto no deja de menoscabar la constitucionalidad de la institución de la cadena perpetua, como tratamiento contrario al sentido de humanidad. Y, en el caso de la cadena perpetua no revisable, es una institución que no admite excepciones, salvo las recientes aperturas otorgadas por la jurisprudencia constitucional italiana.

Desde el punto de vista de este estudio en particular, se deduce que la cadena perpetua y la pena capital pueden caer en la misma categoría que la muerte como pena, debido a su carácter eliminatorio común. Ambos, de hecho, son la privación de la vida y la anulación de toda esperanza y el renaci-

miento de las relaciones humanas, así como herramientas utilizadas en nombre de las necesidades colectivas de defensa social, y por tanto, expresión de una concepción puramente retributiva de la pena y los vicios de un sistema público que exige la vida de quienes han suprimido una vida u otro bien jurídico de igual rango, y no puede regir la reintegración al tejido social. Por ello, la cadena perpetua bien puede representar la medida vicaria de la pena de muerte, ya que incluso admitiendo que en la práctica la cadena perpetua puede dar lugar a una pena que llega a su fin, no excluye la posibilidad de que, por el contrario, el delincuente fácilmente puede ser llamado a cumplir su condena hasta su muerte.

Claramente, el argumento no escapa a otra clave de interpretación que lo proyecta en el nivel más amplio y complejo de las relaciones entre poderes estatales y derechos fundamentales, en cuyo marco la reeducación del preso y la función socializadora del preso pueda jugar un papel central. Si, efectivamente, originalmente el ejercicio del derecho a sancionar por parte del Estado se caracteriza por un doble valor, a saber, castigar al perpetrador y sofocar la venganza de los familiares del ofendido. En el derecho contemporáneo, cuyas características de estabilidad y predeterminación de la norma apuntan a asegurar la uniformidad de aplicación de la norma y garantizar la igualdad de trato de todos aquellos que se encuentran cometiendo el mismo acto ilícito, el ejercicio de la facultad del Estado de infligir el máximo la pena, debe ser el producto ponderado y garantizado de un procedimiento que debe ocuparse de las formas más adecuadas que impidan medidas de rigor ofensivo de la inviolabilidad de la herencia moral del hombre en su valor absoluto.

En este punto, parece emblemático el diálogo entre tribunales italianos e internacionales, que apuntan a la afirmación de la dignidad humana, a través de comportamientos conscientes que desconocen el uso de automatismos y presunciones absolutas, de manera que permitan la definición de métodos de intervención lo más respetuosos posible. Un equilibrio razonable entre las razones del orden público y los requisitos vinculados a la plena protección de las libertades fundamentales. Esto se debe a que las opciones legislativas en materia penal nunca pueden ser absolutas y abstractamente axiológicas. Por el contrario, deben ser verificados continuamente a la luz de la experiencia concreta, a partir de evaluaciones empíricas capaces de justificar, racionalmente y en el momento actual, la elección de aplicar una sanción penal.

4.1. La compatibilidad constitucional y europea de la cadena perpetua no revisable

Desde hace algún tiempo, la cuestión de la legitimidad constitucional y convencional de la cadena perpetua no revisable ha estado en el centro de un acalorado debate, en la medida en que resulte en un trato contrario al sentido de humanidad y a la finalidad reeducativa de la pena para el autor del delito, como tal, en contraste con el artículo 27, párrafo 3, de la Constitución italiana y el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En particular, este instituto aparece contrario al marco jurídico-normativo de referencia ya que, excluye o dificulta el acceso a actividades fuera de la vida carcelaria en base a presunciones legales absolutas de peligrosidad social, favoreciendo así las solicitudes de prevención y defensa social, enteramente en detrimento de la resocialización. De ello se desprende que, ante la absoluta presunción de peligrosidad, en ausencia de colaboración con el Poder Judicial, no se puede realizar una investigación sobre la personalidad del condenado, sobre sus hechos personales y judiciales, impidiendo así a la autoridad competente realizar una evaluación individualizada.

Es en este contexto en el que debe situarse la cuestión sometida a la atención del Tribunal de Estrasburgo, para comprobar la legitimidad convencional de la incuestionable cadena perpetua. En particular, el Convenio europeo de derechos humanos, rechazando la solicitud de remisión a la Grande Chambre formulada por el gobierno italiano, hizo definitiva la decisión de 13 de junio de 2019 sobre *Viola c. Italia*, poniendo punto y final a una historia que había suscitado animadas reacciones. Como es sabido, el hecho se refiere a la situación de Marcello Viola, condenado a cadena perpetua por delitos muy graves que obligaron al Estado italiano a adoptar la indiscutible medida de la cadena perpetua.

Aunque siempre se ha declarado inocente, situación que, según él, impide una útil colaboración con los tribunales, sus solicitudes de acceso a bonificaciones y libertad condicional siempre han sido rechazadas. Esto lleva a Viola a acudir al Convenio europeo de derechos humanos, invocando, en primer lugar, la violación del artículo 3, ya que la falta de colaboración con la justicia ha llevado a la falta de revisión de su comportamiento carcelario; por lo tanto, la violación del artículo 5 § 4, ya que la detención nunca se consideró lícita (legítima) sobre la base de una evaluación de mérito; y finalmente la violación de los artículos 6.2 y 8, ya que, respectivamente, el derecho al si-

lencio es consecuencia de la presunción de inocencia, y la obligación de colaborar atenta contra la integridad moral de la persona y la coloca en conflicto con su conciencia.

El Tribunal de Estrasburgo acepta el recurso y basa su fallo en el valor preeminente que el Convenio europeo de derechos humanos asigna a la protección de la dignidad humana, tanto más importante cuando la situación de los sujetos está sujeta a una severa limitación de la libertad. En concreto, la vía argumentativa seguida por el juez europeo parte del análisis de la única posibilidad de acceso a las prestaciones penitenciarias garantizadas por la ley italiana en caso de cadena perpetua no revisable, que es la institución de colaboración con la justicia. En esta perspectiva en profundidad, los jueces europeos examinan la legitimidad convencional de la elección política del sistema penitenciario italiano, para elevar la solicitud de colaboración a un índice legal de seguro arrepentimiento de los condenados como muestra incontrovertible de su desvinculación de la mafia.

Una convicción que, sin embargo, no convence al Tribunal europeo de derechos humanos, que duda de que la realización de la colaboración pueda, en cualquier caso, representar una elección individual libre y consciente, ya que el infractor podría ser inducido a hacerlo por meras razones utilitarias o, para superar el muro de acceso a los beneficios penitenciarios, no reflejando en modo alguno la voluntad de disociarse efectivamente de la sociedad, sino con el único propósito de obtener una ventaja. Por otro lado, añaden los jueces de Estrasburgo, la falta de cooperación no siempre puede considerarse un indicio de peligro, ya que muchas veces las razones que inducen al preso a negarse a cooperar podrían estar dictadas por el temor a represalias por parte de la facción mafiosa a la en detrimento de sus familiares.

Surge así un cuadro en el que, a juicio de los jueces del Convenio europeo de derechos humanos, la equivalencia “colaboración es reeducación” es irracional si se inserta en la dinámica del sistema penitenciario, ya que no constituye una valoración de la rehabilitación del preso. En consecuencia, mantener esta forma de equivalencia significaría anclar la valoración de peligrosidad en el momento de la comisión del delito, sin tener en cuenta el camino de la reinserción social y los avances logrados durante la ejecución de la pena. Por lo tanto, haga lo que haga durante el período de su detención, la cadena perpetua evitará que su sentencia permanezca inmutable y sin esperanza de cambio.

En este punto, el círculo se cierra. El Convenio europeo de derechos humanos censura la actual fisonomía de la cadena perpetua frente al principio

de dignidad humana, ya que las posibilidades específicas actualmente disponibles para una cadena perpetua no revisable son excesivamente limitadas, por lo que la cadena perpetua no puede, de hecho, considerarse reducible en virtud del artículo 3 Convenio europeo de derechos humanos. En otras palabras, con la citada sentencia Viola, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales subordina la compatibilidad convencional de la legislación italiana sobre la cadena perpetua a la condición de que sea una pena reducible de jure y de facto, calificando así las preclusiones absolutas al acceso a la libertad condicional como formas de tratos inhumanos y degradantes. Un discurso, este último, que podría ampliarse e incluir otras decisiones de la Corte de Estrasburgo, encaminadas a promover el objetivo de la resocialización del preso como componente necesario de la ejecución de la cadena perpetua³⁸.

Sin embargo, no cabe duda de que la sentencia Viola v. Italia está destinada a actuar como sentencia piloto, destacando un problema estructural del sistema legal italiano. Sin embargo, es muy claro que existe un problema de equilibrio con respecto a las necesidades particulares de orden público y seguridad colectiva que plantea la lucha contra el crimen organizado en términos bastante críticos en nuestro país. Por tanto, cabe preguntarse, ¿hasta qué punto es posible revisar el delicado equilibrio entre el derecho del detenido y la seguridad colectiva en la lucha contra el crimen mafioso?

Esta pregunta ha recibido hasta ahora una respuesta parcial del Tribunal Constitucional italiano, que intervino después de Viola v. Italia. Es útil, con carácter preliminar, señalar que el tema de la decisión, objeto de la sentencia del juez constitucional italiano, no es perfectamente superponible a ese objeto de censura por la jurisprudencia de Estrasburgo, limitándose esto último a la única y absoluta exclusión del acceso del condenado a cadena perpetua impidiendo los permisos penitenciarios de adjudicación, sin que ello afecte a la ejecución de la libertad condicional al condenado que no coopere con la justicia y haya cumplido ya los 26 años reales de prisión. En todo

³⁸ Sobre el tema, Corte EDU, G.C., 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*; Corte EDU, G. C., 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*; Corte EDU, G.C., 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*, en relación con la institución de *life imprisonment without parole* del sistema legal inglés, similar a la cadena perpetua no revisable. Para mayor información, F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 cedu: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2012; B. SPRICIGO, “*Vinter e altri c. Regno Unito: la Corte di Strasburgo torna sul carcere a vita senza prospettive di liberazione*”, *Quaderni costituzionali*, núm. 4, 2013.

caso, más allá de las contingencias, la delicadeza de la cuestión sometida a la prueba de legitimidad explica la actitud sumamente cautelosa del Tribunal Constitucional italiano en la remodelación de la institución de la cadena perpetua, que, como veremos, no desaparece, sino que sigue viviendo, aunque en una perspectiva coherente con la dimensión constitucional y europea³⁹.

En particular, el tribunal constitucional italiano con la sentencia del 23 de octubre de 2019, número 253, afirma que el carácter absoluto de la presunción de persistencia del vínculo con la asociación mafiosa por parte del preso que se niega a colaborar, sin poder ser sometido a un escrutinio concreto, contrasta fuertemente con el principio fundamental de la reeducación, en cuanto presupone irracionalmente la inmutabilidad tanto de la personalidad de la persona como del contexto externo, del cual se origina la asociación, el cual, a su vez, puede haber sido, a su vez, también vencido o extinguido en el ínterin. En este sentido, el mensaje de la Corte suena a una advertencia en defensa de un derecho constitucionalmente garantizado, que es el derecho a la expiación de la pena con vistas a la rehabilitación personal, para lo cual no se puede excluir a priori el acceso al beneficio, salvo que el preso sigue siendo particularmente peligroso. De ello se desprende que, a juicio del juez constitucional italiano, en la ponderación de intereses, el sacrificio de la finalidad reeducativa de la sentencia sólo puede justificarse ante necesidades particulares de prevención que, sin embargo, se verifican concretamente a partir de valoración del comportamiento del preso, ya que no es posible sacrificar la función constitucional de la pena en el altar de cualquier otra función, aunque sea legítima⁴⁰.

Por tanto, es evidente que lo irrazonable para la jurisprudencia constitucional no es, en sí mismo, la presunción de vinculación con la organización delictiva por parte del infractor no cooperante, sino el hecho de que a la de-

³⁹ Sobre el tema, G. GIOSTRA, "Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione" en G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO E P. VERONESI (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, *Forum Quaderni costituzionali*, vol. 4, 2020, pp. 37-50.

⁴⁰ Entre los numerosos comentarios sobre la decisión del tribunal constitucional n. 253/2019, están reportados, A. PUGIOTTO, "La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria", en *Forum di Quaderni costituzionali*, núm. 1, 2020, pp. 160-174; F. PALAZZO, "L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimitatis", in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO E P. VERONESI (a cura di), "Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti", *Forum Quaderni costituzionali Rassegna*, núm. 10, 2019; M. RUOTOLO, "Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale", *Sistemapenale.it*, 2019.

cisión de no cooperar le siga un tratamiento punitivo destinado a sancionar la negativa del delincuente a apoyar la actividad de investigación. Por tanto, no se critica la obligación de colaboración en sí considerada, sino la excesiva rigidez de una disposición legislativa que no permite tener en cuenta todas aquellas situaciones en las que, por la personalidad del infractor, o por las relaciones ambientales relacionadas, la colaboración es imposible o, en todo caso, inadecuada para romper el vínculo con la organización delictiva a la que aspira el legislador. Por otro lado, una cosa es recompensar al interno que colabora, y otra muy distinta es castigarlo más por no cooperar.

El camino conceptual así trazado es, por tanto, representativo de una posición precisa y franca del Tribunal Constitucional italiano encaminado a transformar la presunción absoluta de peligrosidad en una presunción relativa, asumiendo así un papel decisivo a los efectos de otorgar el permiso de bonificación. Y, precisamente a la luz de los elementos descritos hasta ahora, la delicadeza de la pregunta y la amplitud de la trama en la que se inscribe, así como las complejas motivaciones ricas en referencias a los complejos jurídicos involucrados y las declaraciones jurisprudenciales de los Tribunales, ilustran la actitud de extrema prudencia asumida por el juez constitucional italiano al aportar una nueva interpretación de las penas que impiden absolutamente el otorgamiento de las prestaciones penitenciarias, con el fin de adecuarlas a los parámetros constitucionales y al Convenio europeo de derechos humanos.

4.2. Algunas reflexiones sobre la prisión permanente revisable en el caso español

La cadena perpetua asume diversas modalidades tanto en la legislación española, como en la italiana. En estas modalidades se observan incompatibilidades con los derechos fundamentales y principios del derecho penal, tales como la razonabilidad, la proporción, la igualdad, la finalidad reeducativa de la pena y la culpabilidad.

En particular, si en Italia tenemos dos formas de cadena perpetua: la prisión permanente común, cuya incompatibilidad original con el principio de reeducación ahora puede decirse que está atenuada, y la prisión permanente no revisable, cuya lógica parece contrastar fuertemente con los principios constitucionales. En España la situación es diferente.

La legislación española prevé la institución de la prisión permanente revisable que puede traducirse como una pena perpetua sujeta a revisión,

una cadena perpetua cuyas garantías están encomendadas a la verificación judicial de la persistencia de necesidades restrictivas, que sin embargo presupone haber cumplido íntegramente una parte sustancial de la pena (de veinticinco a treinta y cinco años, en función de los delitos por los que se haya producido la condena) y con importantes limitaciones para el acceso al tercer grado (forma de custodia atenuada)⁴¹. La prisión permanente revisable es la mayor condena que contempla el Código Penal Español. Desde su aprobación con la Ley de Seguridad Ciudadana en 2015 hasta ahora, se ha emitido más de 13 veces en medios de comunicación casos que han sacudido la opinión pública⁴².

Como su propio nombre indica, la prisión permanente revisable es una pena de cárcel, en principio por tiempo indefinido, sujeta a revisiones que pueden servir para que el reo recupere la libertad. Nacida para “aquellos delitos de extrema gravedad en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido”, su objetivo es impedir que los delincuentes más peligrosos que no han demostrado capacidad de reinserción puedan volver a la sociedad y pongan en peligro la seguridad de las personas. En particular, este tipo de pena se aplica en los casos de asesinato de un menor de dieciséis años o de una persona particularmente vulnerable, de asesinato que se produzca después de que el autor haya cometido un delito contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima o asesinato que sea cometido

⁴¹ Sobre el tema de la prisión permanente revisable, Á. CASALS FERNÁNDEZ, *La prisión permanente revisable*, BOE, Madrid, 2019; I. SERRANO PÉREZ, “La prisión permanente revisable: su regulación en nuestro ordenamiento jurídico y en el Derecho comparado europeo”, *Foro FICP*, núm. 3, FICP, Madrid, 2018; J. LANDA GOROSTIZA, “Fines de la pena en fase de ejecución penitenciaria: reflexiones a la luz de la prisión permanente revisable”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 18, UNED, España, 2007, pp. 91-140.

⁴² La prisión permanente revisable es una figura muy extendida en Europa. Se aplica en muchos países de la UE, aunque España se encuentra entre los países con casos de revisión más graves. En Francia, en casos excepcionales hay una pena de prisión efectiva ilimitada, en casos de asesinato con víctimas menores de 15 años y con violación, torturas u otros “actos de barbarie”, ampliada después a casos de terrorismo o asesinato de una autoridad pública. Reino Unido también es duro, porque un juez puede, en casos concretos, privar al recluso de la posibilidad de la libertad condicional. En Alemania, el Tribunal Constitucional estableció que no se debe aplicar este castigo automáticamente y siempre debe haber una “perspectiva de reinserción”, de modo que se revisan las penas tras un mínimo de 15 años, salvo casos especiales. Ese plazo de 15 años también se aplica en Bélgica, aunque los hay más estrictos, como Holanda, que revisa las penas solo cuando ya se han cumplido 27 años de prisión; o Hungría, cuyo plazo de revisión puede ser de hasta 40 años, y también menos rigurosos, como Dinamarca (12 años) o Finlandia (diez años).

como miembro de una organización criminal. Esta pena también está prevista en los casos de asesinato del Rey o del heredero de la Corona, terrorismo con consiguiente muerte, asesinato de un jefe de Estado extranjero o de otra persona protegida internacionalmente por un Tratado con domicilio en España, y en casos graves de genocidio y crímenes de lesa humanidad.

Esta modalidad punitiva de la denominada “prisión permanente revisable” tiene la especificidad de ser una pena de duración indeterminada, lo que permite mantener a un preso en la cárcel de por vida, si no demuestra –en sucesivas revisiones a partir, generalmente, de los 25 años– que se ha reinsertado, frente a las penas de duración determinada que, aunque pueden llegar a tener una extensión de 40 años, cumplido ese espacio temporal, el penado debe ser liberado en todo caso, aunque su pronóstico de reinserción sea nulo. La prisión permanente revisable no renuncia a la reinserción del penado, pues una vez cumplida una parte mínima de la condena (que en el Derecho comparado se fija habitualmente entre 15 y 25 años), un Tribunal deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. En la regulación que se presenta con la reforma ese tiempo mínimo de cumplimiento para poder acceder a la revisión de la pena depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza y, concretamente, va desde los 25 a los 35 años; en dicha revisión, una vez acreditado un pronóstico favorable de reinserción social, el penado puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos.

Esto se debe a que la reeducación y reinserción social de los presos son principios fundamentales de nuestra legislación penal y penitenciaria. El artículo 25 de la Constitución española establece: “Las penas de prisión y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajo forzoso”. Sin embargo, a pesar de la disposición de esta revisión judicial periódica de la situación personal del delincuente, ideal para verificar en cualquier caso el pronóstico favorable necesario para la reinserción social, esta pena ha recibido algunas críticas en la doctrina española⁴³. En muchos casos en España se considera necesario idear mecanismos de resocialización basados en la biografía y el contexto del sujeto, educar temprano a la sociedad para prevenir la aparición de nuevos delincuentes, y utilizar leyes penales menos paquidérmicas y mucha más

⁴³ A. CUERDA RIEUZ, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011.

prevención policial en las políticas y leyes públicas para prevenir oportunamente la comisión de nuevos delitos. En otras palabras, la solución sería desarrollar métodos que impidan efectivamente que se cometan nuevos delitos, para que sus acciones lleguen a la sociedad mucho antes de que se cometan y no después, cuando no se puede hacer nada. Esto también se debe al hecho de que España es uno de los países de Europa con las estadísticas de delincuencia grave más bajas. Esto se debe a que la cadena perpetua no resolverá ningún problema, sino que solo agregará un grave daño al corazón mismo de los derechos fundamentales de la población, recuerda una reflexión del filósofo colombiano Nicolás Gómez Dávila, por el cual reformar la sociedad a través de las leyes es el sueño del ciudadano desprevenido y el discreto preámbulo de toda tiranía.

El 6 de octubre de 2021, seis años después de que 50 diputados del PSOE y otros grupos parlamentarios interpusieran un recurso de inconstitucionalidad contra la prisión permanente revisable⁴⁴, el Tribunal Constitucional lo desestimó, reconociendo la legitimidad de esta fórmula penal⁴⁵. En la sentencia del 6 de octubre de 2021, el Tribunal Constitucional defiende que no se vulnera el derecho a la reinserción en tanto que “la pena de prisión permanente revisable no es por ello una prisión de por vida, sino una pena revisable, a partir del cumplimiento de 25 años de cárcel, pues los beneficios penitenciarios y la libertad condicional la concretan”. Es decir, según los jueces constitucionales, la cadena perpetua recurrible no vulnera el derecho a la libertad personal, ni el derecho a la ley penal, ya que la pena es proporcionada a los delitos por los que fue prevista, ni a los principios de reintegro, educación y reinserción social. Además, tampoco se viola el derecho fundamental a no sufrir tratos o penas inhumanos o degradantes garantizado por el artículo 15 de la Constitución, ya que puede ser revisada después de haber cumplido una pena mínima de 25 años en un centro penitenciario.

Un pleno dividido con siete magistrados a favor y tres en contra avaló la constitucionalidad de la medida, al entender que ni impide la reinserción de los presos ni supone una condena desproporcionada. Los tres magistrados disidentes entienden, por el contrario, que si bien la Constitución no habla

⁴⁴ El recurso de inconstitucionalidad se presentó cuando se aprobó la prisión permanente revisable al considerar que contradecía el artículo 25 de la Constitución, el de reinserción social, pero también otros como el de penas inhumanas y degradantes o el de proporcionalidad.

⁴⁵ Tribunal Constitucional, 6 de octubre de 2021, Rec. 3866/2015.

expresamente de la abolición de la pena de prisión por tiempo indefinido, hay un reconocimiento implícito de algunos derechos inherentes como el de la reinserción social. Por ello, creen que cualquier diseño criminal dirigido a frustrar este objetivo, como la prisión permanente revisable, no respeta este principio constitucional.

De todas formas, la mayoría de los magistrados continúan destacando que la actual ley orgánica general penitenciaria número 1/1979 se basa en un sistema que prevé un tratamiento modulado en las peculiaridades del condenado, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y su evolución personal durante el períodos de prisión. De esta forma, la legislación se ajusta a las normas europeas sobre el trato que debe reservarse para los condenados a cadena perpetua o condenas de larga duración. Es decir, la pena de prisión permanente revisable no se trata de una medida desproporcionada que no impida la reinserción social de los condenados. Al contrario, es una fórmula penal que además de ser una pena en cumplimiento de los principios constitucionales recogidos en el artículo 25.2 de la Constitución Española, en los términos que el Tribunal Constitucional ha recordado recientemente, también cumple con los requisitos del modelo penitenciario de cumplimiento de la pena, denominado "individualización científica", por tanto de una sanción necesaria y conveniente para los fines perseguidos por el sistema punitivo español, de ahí la decisión del Gobierno, hecha pública a través de su Ministro de Justicia, de acatar la aprobación constitucional de esta pena.

5. ¿QUÉ PERSPECTIVAS DE FUTURO?

El camino recorrido hasta ahora no termina, sino que continúa más. De lo dicho, cabe señalar que detrás del uso de la pena de muerte primero, y la cadena perpetua no revisable a partir de entonces, hay una estrategia de defensa y conservación del ordenamiento jurídico, que apela al principio de vencer al mal con otro maldad, mediante el uso de automatismos y presunciones absolutas, que sin embargo no se concilian con la lógica de resocialización que impregna el ordenamiento jurídico, y con los procesos cognitivos y decisorios de las autoridades e instituciones a través de los cuales se transmite la vitalidad del ordenamiento jurídico manifestado.

El condenado a cadena perpetua, aunque no revisable, a pesar de tener los cumplimientos necesarios en materia de disciplina general, comienza a ver que la posibilidad de regresar a la sociedad civil ya no está absoluta-

mente excluida, al punto que la cadena perpetua no debe entenderse como tal. Sin embargo, somos conscientes de que incluso esta posibilidad, cuando se otorga, no elimina la tensión subyacente que existe entre la institución de la cadena perpetua destinada a excluir definitivamente al preso del circuito social, causando muerte civil, y el precepto constitucional de la reeducación. Esto se debe a que existe un problema de equilibrios extremadamente delicados, dentro del cual chocan inevitablemente intereses diferentes: por un lado, los derechos de los presos y la necesidad de construir un tratamiento carcelario que mire al autor del delito. Por otro lado, la necesidad de controlar el orden público a través de una política criminal efectiva, con medidas adecuadas para apoyar la acción investigadora de la autoridad judicial y las fuerzas policiales, para dar respuesta a las necesidades de seguridad de la sociedad. Finalmente, negarle al interno cualquier posibilidad de recuperación podría tener efectos peores y opuestos a los esperados, generando frustración y mortificando cualquier deseo de redención.

Esta conciencia encuentra expresión en una reciente cuestión de legitimidad constitucional en la que el Tribunal Constitucional italiano está llamado a decidir sobre la eliminación del no reconocimiento en el acceso a la libertad condicional. En particular, el objeto de la denuncia es “los artículos 4-bis, párrafo 1, y 58-ter de la ley italiana número 354 de 1975 y del artículo 2 del decreto ley italiano número 152 de 1991 [...] en la parte en la que excluyen que la persona condenada a cadena perpetua por delitos cometidos en las condiciones establecidas en el art. 416-bis del Código Penal italiano, o para facilitar la actividad de las asociaciones en él previstas, que no hayan colaborado con la autoridad judicial, podrán ser admitidas en libertad condicional”.

Evidentemente, no es la presunción absoluta lo que distingue este juicio de legitimidad constitucional del ya examinado, sino la naturaleza de las instituciones involucradas y el impacto que sobre ellas tiene la presunción mencionada. El estatus legal de la liberación condicional, de hecho, es completamente diferente al de los permisos premium. La emisión del permiso, de hecho, se considera un “método de tratamiento”, cuya experiencia es parte integral del programa de rehabilitación que los funcionarios jurídico-pedagógicos deben seguir en colaboración con los operadores sociales del territorio, a fin de reintegrar progresivamente al autor del delito en la sociedad. La libertad condicional, salvo que sea revocada por conducta del sujeto que resulte incompatible con el mantenimiento de la prestación, es en cambio causa de extinción de la pena que opera, conforme al artículo 176 y 177 del

Código Penal italiano, si bien el objeto de esta medida es permitir la progresiva reinserción del infractor en la sociedad. Por tanto, puede decirse que los servicios penitenciarios constituyen una forma de ejecución de la pena, mientras que la libertad condicional implica la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por un tiempo determinado, transcurrido el cual, si el reo no ha cometido un nuevo delito, la pena caduca.

Sobre la base de estas consideraciones, el juez constitucional italiano, haciendo uso de sus poderes de administración del proceso constitucional, pospuso la discusión sobre la cuestión de la legitimidad por un año, para permitir que el Parlamento, *medio tempore*, interviniera con una regulación adecuada del asunto, teniendo también en cuenta las indicaciones adoptadas por el propio Tribunal Constitucional, con ocasión de la sentencia número 253/2019. En esencia, se trata de una orden de inconstitucionalidad diferida. Eso significa que, los jueces constitucionales italianos abandonen la técnica de los llamados procesos de censura, considerándolos incongruentes respecto de una cuestión de fuerte impacto social y por la relevancia de los valores en juego, cuyo peso presupone directamente opciones que tiene el legislador el poder de llevar a cabo. De ahí la novedosa opción interlocutoria, con suspensión de la sentencia *a quo*, realizada con espíritu de leal y dialéctica colaboración con el Legislador italiano, para permitir a éstas la adecuada reflexión e iniciativa. Un objetivo que parece plenamente aceptable, ya que el asunto jurídico trata temas muy delicados en la protección de la dignidad humana, donde sólo el legislador puede actuar, en cumplimiento de los principios constitucionales.

Sin embargo, el juez constitucional italiano parece haber llegado ya a una primera conclusión provisional. En principio, y sobre la base del análisis en profundidad ya definido en la sentencia número 253/2019, el Tribunal Constitucional italiano no parece admitir la prohibición de acceso a la libertad condicional para los condenados a cadena perpetua que no colaboren con la justicia, dando lugar así a una suerte de inconstitucionalidad probada pero aún no declarada. Básicamente, la Corte Constitucional no anticipa la decisión final, pero si el legislador no se pronuncia, los jueces constitucionales procederán sobre la base de los principios rectores anunciados⁴⁶.

⁴⁶ Como es sabido, la Corte ha adoptado este esquema de toma de decisiones en dos ocasiones. En el primer y conocido caso Dj Fabo, relativo a la acusación de ayuda suicida contenida en el art. 580 del Código Penal, luego concluyó ante la inercia del legislador, con la sentencia de inconstitucionalidad del art. 580 del Código Penal, en materia de ayudas al sui-

Es evidente que la Corte se enfrenta a un dilema muy complejo. Por un lado, hay cambios de contexto que involucran a personas en condiciones de máxima vulnerabilidad. Por otro lado, existe la conciencia de la irracionalidad del marco normativo de referencia que debería conducir, en la actualidad, a una sentencia de ilegitimidad. Asimismo, la opción colaborativa, defendida por la jurisprudencia constitucional, es también garantía necesaria para no allanar el camino a soluciones jurisprudenciales creativas de dudosa constitucionalidad.

Surgido del presunto resultado de la sentencia constitucional, el sentimiento es que en el sistema punitivo el sistema de automatismos y presunciones absolutas termina chocando con el finalismo reeducativo que, a su vez, contrasta con el criterio retributivo. La pena, en efecto, no puede justificarse en nombre de la pretensión de compensar el mal del delito con el mal de la pena. En consecuencia, el mecanismo basado en una presunción absoluta de peligro derivada de la ausencia de colaboración con la autoridad judicial, y del que deriva la exclusión automática de algunos condenados del uso de los programas subvencionados, en función del tipo de delito cometido, acaba en claro contraste con el principio de protección de la dignidad humana, ya que no permite una intervención punitiva individualizada, flexible y proporcionada. El infractor, no tiene una personalidad inmutable, desde el momento en que comete el delito hasta el final de la condena. Por el contrario, en el contexto de la ejecución de la condena, el paso del tiempo es una variable significativa, ya que puede influir significativamente tanto en la personalidad del infractor como en el mundo exterior.

Como consecuencia de esta reflexión, es claro que para que la pena sea lícita en su imposición, aplicada por un juez tercero e imparcial al final del juicio, en el contrainterrogatorio entre las partes, también debe permanecer así en su fase ejecutiva. La legalidad de la pena, por tanto, pasa también y sobre todo por su función de resocialización, ubicándose como límite inter-

cidio, "en la parte en la que no excluye el castigo de quien facilite la ejecución de la intención suicida, formada autónoma y libremente, de un paciente que se encuentra en el fase dramática, terminal, de su existencia", Tribunal Constitucional. 22 de noviembre de 2019, n. 242. Y un segundo caso, en el que se discutió la legitimidad constitucional y convencional de la prisión por el delito de difamación en la prensa. También en esta circunstancia, la Corte aplazó un año la discusión de la cuestión, reiterando que, en primera instancia, corresponde al legislador corregir el equilibrio expresado por la normativa impugnada. Sobre este último tema, v. G. L. GATTA, "Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema- Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno", *Sistema Penale*, 2020.

no del ordenamiento jurídico, connotando la estructura del derecho penal, cuyo ejercicio nunca debe perder de vista el sentido de humanidad que debe apuntar a la reeducación del autor del delito, tanto para limitar el alcance del poder punitivo, como para asegurar la convivencia con las situaciones jurídicas de los demás. Sin automatismos, por lo tanto, y sin liberación forzosa, solo el reconocimiento de la posibilidad de evaluar la evolución de la personalidad de la persona a los efectos de su eventual reintegración social como lo exige la Constitución.

No sería extraño, por tanto, hipotetizar un diálogo participativo más marcado entre los principales protagonistas del debate teórico sobre el tema de las reformas penales, con apertura a la sociedad civil. Sobre todo, sería deseable que entrara en juego el legislador que, a pesar de los gritos de alarmismo y de las exigencias de las demandas sociales, parece en cambio fijar su mirada más que nada en el pasado, prefiriendo los mecanismos de ejecución hipotecaria, con la objetivo declarado de privar al condenado de vías de comunicación con la organización criminal a la que pertenece, sacrificando efectivamente la función reeducativa de la pena, considerada, en cambio, preeminente por la Constitución. Una conclusión que, sin embargo, acaba teniendo sus efectos contrarios cuando la institución de la prisión perpetua no revisable se caracteriza por ese absolutismo retributivo propio de la pena capital, con la particularidad de que, mediante la cadena perpetua, el Estado quita la vida al condenado, no matándolo físicamente, sino socialmente, negando así sus ideales como estado constitucional de Derecho⁴⁷.

JESSICA MAZZUCA

*Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro
Campus Universitario "Salvatore Venuta"*

Viale Europa

88100 Catanzaro - Italia

e-mail: Jessica.mazzuca@unicz.it

⁴⁷ Sobre el tema, L. FERRAJOLI, "Ergastolo e diritti fondamentali", en *Dei delitti e delle pene*, vol. 2, 1992, pp. 80, ahora en Id., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, E.S.I., Napoli, 2014, pp. 179-187.