

# CÁRCELES EN APUROS: ¿QUÉ OPORTUNIDAD?!

PROF. DR. ROLAND HEFENDEHL

*Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico,  
Universidad de Freiburg*

*SUMARIO: I. Introducción al tema. II. ¿Cómo y en qué medida se vaciaron las cárceles? 1. La situación en Alemania 2. La situación en otros Estados III. ¿Por qué se vacían las cárceles? IV. ¿Por qué deberían vaciarse las cárceles? V. ¿Y después de la crisis? Bibliografía.*

*PALABRAS CLAVE: coronavirus, ejecución de la pena, cárceles, resocialización.*

## I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

No solo dirigimos una mirada alerta a nuestro entorno inmediato, sino también a Alemania, Europa y el mundo. Porque somos curiosos y porque podemos permitirnoslo. Y es que no debemos olvidar una cosa: la crisis individual es siempre local. A menudo nos dejamos fascinar por lo distinto, lo inusual. En el caso del coronavirus, me parece que es un poco diferente: aquí estamos mirando al mundo entero porque el virus afecta al cuerpo humano de manera similar en todas partes; sin embargo, los países se ven afectados de maneras completamente diferentes y los gobiernos reaccionan de manera completamente diferente ante los riesgos.

Pero también hay una constante y sobre ella me gustaría llamar la atención: el virus está vaciando las prisiones de todo el mundo, al menos un poco. Lo vivo en Alemania y lo leo sobre Italia y Francia, pero también sobre Turquía o Chile, por ejemplo.

A continuación, me gustaría comenzar examinando la forma en que algunos Estados han procedido a vaciar las cárceles. Aquí, por supuesto, tengo la infor-

---

\* Esta contribución se origina en una ponencia presentada el año pasado en las “Jornadas Internacionales de Derecho Penal en agosto de 2020 en la Universidad Externado de Colombia. En la preparación de este artículo agradezco de todo corazón la ayuda de mis ayudantes Nico Hanke y Jakob Bach. Este artículo fue publicado con el título “Gefängnisse in Not: Was für eine Chance?!”, en *Neue Kriminalpolitik* 2020, N° 4, pp. 39-55. La posibilidad de publicar en la *Revista de Ciencias Penales* se la agradezco a Nomos Verlag. La traducción al castellano fue realizada con gran cuidado por Cabrera Guirao, LLM. Se lo agradezco mucho.

mación más detallada sobre Alemania y me baso en algunos informes adicionales sobre otros países. Sin embargo, la evaluación científica crítica de estos fenómenos aún está pendiente.

Estos hallazgos empíricos son el punto de partida de la quizás aún más importante pregunta sobre el por qué: ¿por qué se están vaciando las cárceles? ¿Se trata simplemente de la preocupación de que ya no se pueda garantizar la protección adecuada de los reclusos o se esconde en ello algo más?

El tercer y último paso será considerar el tiempo después de la crisis. ¿Volverá a ser entonces todo como antes o será diferente?

## II. ¿CÓMO Y EN QUÉ MEDIDA SE VACIARON LAS CÁRCELES?

### 1. La situación en Alemania

En Alemania, a pesar de la desgracia que importa una condena penal, tuvieron suerte aquellos para quienes el Ministerio Público (“*Staatsanwaltschaft*”) ordenó una pena sustitutiva de la privación de libertad (“*Ersatzfreiheitsstrafen*”) como consecuencia de no poder pagar una multa<sup>1</sup>. Esto se debe a que los ministerios de justicia ordenaron en casi todos los estados federales a las autoridades de ejecución, con base en el § 455a StPO, primero aplazar las condenas<sup>2</sup>. Algunos ministerios de justicia estatales otorgaron, además, a las respectivas fiscalías su autorización conforme al § 46a StVollstrO para interrumpir la ejecución de penas sustitutivas de privación de libertad<sup>3</sup>.

Mientras el 29 de febrero de 2020 4.773 presos aún cumplían penas sustitutivas de libertad en Alemania, como consecuencia de estas medidas se redujo

<sup>1</sup> § 43 del Código Penal alemán (en adelante “StGB”), al respecto una visión panorámica KINZIG, Jörg, en SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30ª edición, § 43 nm. 1 con mayores referencias.

<sup>2</sup> Cf. a modo de ejemplo el Comunicado de Prensa del Ministerio de Justicia y Protección del Consumidor de Baden-Württemberg de 16.3.2020 ([https://www.justiz-bw.de/,Lde/Startseite/Service/Minister+Wolfe+zu+weiteren+Corona-Massnahmen+in+Justiz+und+Justizvollzug/?LIS\\_TPAGE=1825757](https://www.justiz-bw.de/,Lde/Startseite/Service/Minister+Wolfe+zu+weiteren+Corona-Massnahmen+in+Justiz+und+Justizvollzug/?LIS_TPAGE=1825757) [última visita: 30.11.2020]); Comunicado de Prensa del Ministerio de Justicia de Renania del Norte-Westfalia de 25.3.2020 ([https://www.justiz.nrw.de/JM/Presse/PresseJM/archiv/2020\\_01\\_Archiv/2020\\_03\\_25\\_Strafaussetzung/index.php](https://www.justiz.nrw.de/JM/Presse/PresseJM/archiv/2020_01_Archiv/2020_03_25_Strafaussetzung/index.php) [última visita: 30.11.2020]); Comunicado de Prensa del Ministerio de Justicia de Renania Palatinado de 17.3.2020 (<https://jm.rlp.de/de/service/presse/detail/news/News/detail/justizminister-herbert-mertin-funktionsfaehigkeit-der-rheinland-pfaelzischen-justiz-bleibt-gewahrleis/> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>3</sup> Por ejemplo, el Comunicado de Prensa del Ministerio de Justicia de Renania del norte Westfalia de 25.3.2020 (véase la nota al pie número 2).

rápidamente su número a 2.447 a fines de marzo<sup>4</sup>, lo que corresponde una disminución de 48,7% en un mes. En los meses siguientes, el número disminuyó hasta 1.956, en junio de 2020<sup>5</sup>.

Algunos estados, como Berlín o Hamburgo, fueron más lejos. Allí se han dejado de hacer cumplir penas inferiores a tres años<sup>6</sup>. No podrían, en cambio, beneficiarse de esta reducción quienes han sido condenados por delitos violentos relacionados con el control de armas y por delitos sexuales, así como tampoco quienes lo han sido por delitos en el ámbito de la delincuencia organizada y los delitos de peligro común<sup>7</sup>.

En comparación con la fecha clave de fines de febrero, para el 31 de mayo de 2020 bajó el número de condenados cumpliendo penas privativas de libertad de hasta tres años en un 24% en Berlín y en un 21% en Hamburgo<sup>8</sup>. Aún más drásticamente se expresa este diagnóstico respecto de condenas privativas de libertad de menos de tres meses. En Berlín se registra, en el periodo de tiempo antes indicado, un retroceso de alrededor de un 70%, mientras que en Hamburgo la cifra alcanza alrededor de 58%<sup>9</sup>. Mientras en Hamburgo el número de penas privativas de libertad de corto plazo subió por primera vez levemente en junio de 2020, esta bajo nuevamente un poco en junio de 2020.

En estos casos siempre se recalcó el carácter temporal de estas medidas. Las respectivas fiscalías pudieron volver entretanto efectivamente al funcionamiento normal<sup>10</sup>. Esto también vale para Berlín. Un camino diferente escogió el sena-

---

<sup>4</sup> Cálculo propio sobre los datos contenidos en STATISTISCHES BUNDESAMT (Editor), *Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzugs*, Januar bis Juni 2020.

<sup>5</sup> STATISTISCHES BUNDESAMT (véase nota al pie número 4).

<sup>6</sup> Comunicado de Prensa de la Administración del Senado de Berlín para Justicia, Protección del Consumidor y Antidiscriminación de 17.03.2020 (<https://www.rak-berlin.de/kammerton/ausgaben/ausgabe/ausgabe-03-2020-2/massnahmen-im-bereich-des-berliner-straftvollzugs-anlass-des-coronavirus/> [última visita: 30.11.2020]); Comunicado de Prensa de la Autoridad para Justicia y Protección del Consumidor de Hamburgo de 25.03.2020 (<https://www.hamburg.de/pressearchiv-fhh/13757508/2020-03-25-jb-haftantritt-bei-kuerzeren-freiheitsstrafen-wird-verschoben/> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>7</sup> Comunicado de Prensa de la Autoridad de Justicia y Protección al Consumidor de Hamburgo de 25.3.2020 (véase nota al pie número 6).

<sup>8</sup> Cálculo propio (véase nota al pie número 4).

<sup>9</sup> Cálculo propio (véase nota al pie número 4).

<sup>10</sup> En Baden-Württemberg por ejemplo se limitó la suspensión a tres meses. Cf. Comunicado de Prensa del Ministerio de Justicia y Protección al consumidor de Baden-Württemberg de 16.03.2020 (véase nota al pie número 2).

dor de justicia competente, que suspendió la ejecución inicialmente hasta la mitad de junio. Esto se concretó por medio del otorgamiento de indultos<sup>11</sup>. A mediados de agosto, en Baviera aún quedaba por determinar “cuándo reanudar el cumplimiento de las penas privativas de libertad”<sup>12</sup>.

Es llamativo que los criterios de los privilegios comunicados al mundo exterior son la sentencia impuesta y el delito condenado<sup>13</sup>. En cambio, la edad o el estado de salud de los detenidos o de las personas que van a ser detenidas no parecen jugar papel alguno<sup>14</sup>. Volveremos a esto en la búsqueda de las razones legítimas para vaciar las cárceles.

## 2. La situación en otros Estados

En países cuyas cárceles están mucho más superpobladas que en Alemania pareciera que se ha procedido a un vaciado aún más riguroso<sup>15</sup>. Por ejemplo, los disturbios en las cárceles al principio de la crisis del coronavirus en Italia llevaron a que se aprobara el arresto domiciliario para cientos de presos mayores con condiciones médicas preexistentes. Sin embargo, esta práctica se ha utilizado con mayor moderación desde que se hizo público que entre los beneficiarios se contaban conocidos jefes mafiosos<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Berlin erspart Schwarzfahrern und Ladendieben Gefängnis, tagesspiegel.de de 30.6.2020 (<https://www.tagesspiegel.de/berlin/behrendts-corona-gnadenerlass-berlin-erspart-schwarzfahrern-und-ladendieben-gefaengnis/25963162.html> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>12</sup> Die Corona-Krise in Bayern - der Monat August, sueddeutsche.de de 16.8.2020 (<https://sz.de/1.4997991> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>13</sup> Un catálogo de los criterios de exclusión para una interrupción de la ejecución de la pena se encuentra, por ejemplo, en el Comunicado de Prensa del Ministerio de Justicia de Renania del Norte-Westfalen de 25.03.2020 (Véase la nota al pie número 2); una diferenciación de acuerdo con el tipo de delito en el Comunicado de Prensa de la Autoridad para Justicia de Hamburgo de 25.03.2020 (véase la nota al pie número 6).

<sup>14</sup> En los comunicados de prensa a los que se hace referencia en las notas al pie 2 y 6 no se encuentra consideración alguna.

<sup>15</sup> En su reporte anual sobre cárceles la Associazione Antigone partió de la base de una ocupación nacional de cerca de 130% en febrero, entretanto ha caído a 112,2 %, cf. el comunicado de prensa de 21.05.2020 (<http://www.antigone.it/upload2/uploads/docs/Press%20kit%20Antigone's%20XVI%20Report.docx.pdf> [última visita: 30.11.2020]); el Ministerio de Justicia italiano hablaba de una cuota de ocupación de 106,1% de 30.6.2020, cf. al respecto los datos preparados por World Prison Brief (<https://www.prisonstudies.org/country/italy> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>16</sup> Al respecto, también el comunicado de prensa de la Associazione Antigone de 21.05.2020 (véase la nota al pie número 15).

Al principio de la crisis en Turquía, aparentemente 90.000 prisioneros fueron liberados o transferidos a arresto domiciliario<sup>17</sup>. El punto de partida fue también cárceles crónicamente superpobladas<sup>18</sup>. Sin embargo, presos condenados por asesinato y delitos sexuales –o acusaciones de terrorismo– no fueron liberados por medio de la reforma legal<sup>19</sup>. La principal crítica en este caso fue que los miembros de la oposición encarcelados no podían beneficiarse de la normativa, aunque estos se encontraran dentro de uno de los grupos de riesgo debido a su edad o estado de salud<sup>20</sup>.

La cuota de ocupación de los recintos penales franceses en 2018 se encontraba aún en 114%. El primero de abril de 2020 este valor había caído a 106,8%<sup>21</sup>. El 24 de mayo de 2020 había 58.926 reclusos con una capacidad para 61.137, lo que corresponde a una tasa de ocupación de cerca del 96%<sup>22</sup>. Responsable de ello fue la posibilidad de liberar anticipadamente a presos a los que solo les quedaban unos meses para cumplir su pena de cárcel. Por otra parte, el sistema de justicia penal funcionó con mucha más lentitud como resultado de la pandemia y se dictaron menos condenas<sup>23</sup>.

Echemos un vistazo a otro *hotspot* en la actualidad: Estados Unidos. Allí bajó el número de personas en recintos penitenciarios (*jails*) entre la mitad de marzo y principios de junio de 2020 en 200.000 personas. Esto representa una

---

<sup>17</sup> Türkei entlässt tausende Gefangene, dw.com de 14.04.2020 (<https://www.dw.com/de/t%C3%BCrkei-entl%C3%A4sst-tausende-gefangene/a-53115093> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>18</sup> Respecto de la situación en las cárceles turcas véase la respuesta del gobierno federal respecto de una pequeña encuesta de representantes de la fracción DIE LINKE, Bundestagsdrucksache 19/8484 (<https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/19/084/1908484.pdf> [última visita: 30.11.2020]); el Ministerio de Justicia de Turquía refiere para noviembre de 2019 una cuota de ocupación de 130,6%, cf. al respecto los datos preparados por World Prison Brief (<https://www.prisonstudies.org/country/turkey> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>19</sup> Türkei entlässt tausende Gefangene, dw.com de 14.04.2020 (véase la nota al pie número 17).

<sup>20</sup> Cf. el comunicado de Amnesty International de 13.04.2020 (<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/04/prison-release-law-leaves-prisoners-at-risk-of-covid/> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>21</sup> Cf. al respecto los datos preparados por World Prison Brief (<https://www.prisonstudies.org/country/france> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>22</sup> Crise du Covid-19: une occasion historique pour les prisons, Le Monde.fr de 26.05.2020 ([https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/05/26/crise-du-covid-19-une-occasion-historique-pour-les-prisons\\_6040768\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/05/26/crise-du-covid-19-une-occasion-historique-pour-les-prisons_6040768_3232.html) [última visita: 30.11.2020]).

<sup>23</sup> Comunicado de Prensa del Ministerio de Justicia francés de 9.04.2020 (<http://www.presse.justice.gouv.fr/communiqués-de-presse-10095/mesures-penitentiaires-au-9-avril-2020-33064.html> [última visita: 30.11.2020]).

disminución de 25%<sup>24</sup>. En los últimos meses aumentó ligeramente el número de los reclusos en las cárceles<sup>25</sup>.

El estado de California en los Estados Unidos quiso liberar hasta fin de agosto de 2020 a unos 8.000 reclusos anticipadamente debido a la pandemia de coronavirus; más de 10.000 ya habían dejado la cárcel anticipadamente. “Esta medida sirve a la salud y seguridad de los reclusos y del personal” anunciaron las autoridades penitenciarias californianas<sup>26</sup>. Las cifras actuales de infección muestran lo amenazada que está su salud. Por ejemplo, en la cárcel de San Quentin, una de las prisiones más antiguas de los Estados Unidos, más de mil reclusos han dado positivo por el coronavirus<sup>27</sup>.

También recibimos noticias inquietantes desde Chile: el incumplimiento de los reiteradamente prolongados toques de queda se conmina con fuertes multas, la mayoría de las cuales simplemente no pueden ser pagadas por los afectados porque fue su miseria económica la que los llevó a las calles en primer lugar. Sin embargo, también hay sentencias de varios años en cárceles que fueron conmutadas debido al hacinamiento<sup>28</sup>.

Sin embargo, existe en este momento una relación ambivalente con la realidad en este país. Por ejemplo, el ahora reemplazado ministro de Salud había declarado con alarmante honestidad que el gobierno simplemente no sabía qué tan estrechas eran las condiciones de vida y cuán grande era la pobreza en algunas partes de la capital. Asumimos que esta ignorancia se extendió al sistema penal chileno de la misma manera.

¿Está vaciando o llenando el coronavirus las cárceles? Lo primero nos parece mucho más plausible; lo segundo es probablemente un intento ingenuo de animar a la población a conformarse con la norma sobre la base del *rational*

---

<sup>24</sup> HEISS, Jasmine; HINDS, Oliver; SCHATTNER-ELMALEH, Eital; WALLACE-LEE, James, Vera Evidence Brief August 2020 The Scale of the COVID-19-Related Jail Population Decline (<https://www.vera.org/downloads/publications/the-scale-of-covid-19-jail-population-decline.pdf> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>25</sup> SERVICK, Kelly, *Pandemic inspires new push to shrink jails and prisons*, (<https://www.sciencemag.org/news/2020/09/pandemic-inspires-new-push-shrink-jails-and-prisons> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>26</sup> Comunicado de Prensa del Departamento de Correccionales y Rehabilitación de 10.07.2020 (<https://www.cdcr.ca.gov/news/2020/07/10/cdcr-announces-additional-actions-to-reduce-population-and-maximize-space-systemwide-to-address-covid-19/> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>27</sup> KAUR, Hermeet; CHAN, Stella, At least 15 prisoners at a California prison have died of apparent complications from Covid-19, *cnn.com* de 23.07.2020 (<https://edition.cnn.com/2020/07/23/us/california-san-quentin-coronavirus-inmates-trnd/index.html> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>28</sup> Art. 318 bis Código Penal de Chile; cf. también Härtere Strafen bei Missachtung von Schutzmaßnahmen, *faz.de* de 19.06.2020 (<https://www.faz.net/-ivn-a0kc5> [última visita: 30.11.2020]).

*choice*. Ingenuo, porque las personas sufriendo de una necesidad existencial ni siquiera se dejarán influenciar por los considerables costos. Ellos no calculan, luchan por la supervivencia. Incluso en los casos en que las violaciones a las disposiciones sobre el coronavirus no nacen de la necesidad, ni las amenazas de sanciones ni tampoco las propias sanciones tendrán un efecto significativo en el comportamiento.

### III. ¿POR QUÉ SE VACÍAN LAS CÁRCELES?

A primera vista esta pregunta parece extraña y uno se inclina a responder sacudiendo la cabeza: por supuesto que se vacían porque, por desgracia, están demasiado llenas y en tiempos del coronavirus uno tiene que mantener distancia.

Aun cuando tal argumentación parece derivar necesariamente de la función protectora del Estado<sup>29</sup> respecto de sus reclusos en una institución total<sup>30</sup>, no deberíamos estar tan seguros de que esta sea la razón decisiva. Con demasiada frecuencia en el sistema penal solo se presta una atención rudimentaria a los derechos elementales del recluso. Esto comienza con el desprecio del derecho a un internamiento individual<sup>31</sup> y termina con un mero encierro, que pisotea el objetivo de resocialización de la cárcel. Y eso que Alemania ni siquiera sale mal parada en la comparación internacional.

Además de los riesgos de salud para los reclusos, se presentan también riesgos para la salud del personal, que tiene un *lobby*<sup>32</sup> mucho más grande. Tal vez aquí es donde reside el problema, como a menudo lo descubrimos en la actualidad: el

---

<sup>29</sup> El deber de protección estatal alcanza también a la salud de los presos y se deriva del Art. 2 Abs. 2 S. 1 de la Ley Fundamental Alemana, BVerfG *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, 1943, 1945; cf. la regulación simplemente legal de la protección de la salud en centros de ejecución penal como, por ejemplo, la Regulación de Baden-Württemberg en el § 32 JVVollzGB III; sobre la regulación estatal del deber de protección especial en relación con el coronavirus, BODE, Lorenz, Aus aktuellem Anlass: Virusgefahr im Vollzug?!, *Neue Justiz*, 4 (2020), p. 157.

<sup>30</sup> El concepto se origina en el trabajo de GOFFMAN, Ervynng, *Asyle: Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen*. Deutsche Ausgabe, Frankfurt am Main 1972, pp. 15 y ss.

<sup>31</sup> Sobre las garantías y regulaciones estatales al respecto, LAUBENTHAL, Klaus, *Strafvollzug*, 8ª edición, 2019, nm. 380.

<sup>32</sup> Frecuentemente, los presos solo pueden comunicar sus inquietudes, especialmente respecto de la administración del penal, internamente en los consejos de los establecimientos y a los representantes de los presos previstos en la legislación estatal. La pretensión de una representación a nivel federal de los presos frente a la comunidad ha sido presentada por el sindicato de presos fundado en 2014 (Gefangenen-Gewerkschaft/Bundesweite Organisation, también conocida por sus iniciales “GG/BO”). Por el contrario, los funcionarios de ejecución

coronavirus está siendo transportado desde las clases privilegiadas hacia aquellos estratos y estructuras que se consideran particularmente vulnerables<sup>33</sup>. Así fue y es en las favelas<sup>34</sup>, así es en los alojamientos de refugiados<sup>35</sup> y, de hecho, en las cárceles<sup>36</sup>. No se puede excluir la retroalimentación en estas constelaciones porque las clases altas, por ejemplo, no quieren prescindir de su personal.

La argumentación del ministro de Justicia de Renania del Norte-Westfalia<sup>37</sup>, por otra parte, parece indicar en dirección del *rational choice*: tras el vaciado de las prisiones hay un simple cálculo de costo-beneficio. Lo determinante es el inmenso daño que causaría que una cárcel se convirtiera en el foco de la epidemia. Así, allí donde parezca razonable, el Estado prescinde temporalmente del sistema penal y actúa de manera pragmática y económica, casi como una empresa.

Ahora bien, la argumentación sobre razonabilidad sugiere que aún desde una perspectiva económica debiera existir un factor que pareciera bloquear un vaciamiento a gran escala. Porque ahora se considera un lugar común innegable: que las cárceles son una institución desproporcionadamente costosa<sup>38</sup>. Incluso si lográramos incluir los beneficios que se esperan en un complicado cálculo,

---

penal se encuentran representados por la Asociación de los Funcionarios Penitenciarios a nivel federal y estatal y están bien conectados en círculos políticos.

<sup>33</sup> Cf. FEEST, Johannes, “Corona und Knast - ein Zwischenbericht”, en *Neue Kriminalpolitik*, 2 (2020), p. 114: alta puesta en peligro por medio del virus en instituciones totales para los allí internados.

<sup>34</sup> LICHTERBECK, Philipp Das Virus der Reichen, tagesspiegel.de de 19.03.2020 (<https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/panorama/corona-in-brasilien-das-virus-der-reichen/25663062.html> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>35</sup> Aproximación Quälende Quarantäne, sueddeutsche.de de 14.07.2020 (<https://sz.de/1.4965958> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>36</sup> Cf. para los Estados Unidos, solo KAUR, Hermeet; CHAN, Stella, At least 15 prisoners at a California prison have died of apparent complications from Covid-19, cnn.com de 23.7.2020 (véase nota al pie número 27). Por el contrario, las medidas incisivas en los centros penitenciarios parecen no tener efecto: una encuesta del semanario *Der Spiegel* en los Ministerios de Justicia estatales ha tenido como resultado que, de un total de 227 infectados con coronavirus en los recintos penitenciarios de Baden-Württemberg, Baviera, Renania del Norte-Westfalia, Hessen y Baja Sajonia, 166 correspondían a funcionarios y solo 61 a presos. Datos por VOLK, Christian/WIESE, Rebekka, Berühren Verboten, *Der Spiegel* de 8.08.2020, p. 46.

<sup>37</sup> Citado por HUMMEL, Tassilo, Corona leert die Gefängnisse, FAZ de 29.03.2020, p. 26.

<sup>38</sup> Así, el costo en promedio por preso en el año 2010 alcanzaba a □ 109,38 al día (cf. la correspondiente encuesta del IFG al Ministerio Federal de Justicia, [https://fragenstaat.de/anfrage/inhaftierungskosten-in-justizvollzugsanstalten/763/anhang/2011\\_12\\_22\\_antwort\\_bmj.pdf](https://fragenstaat.de/anfrage/inhaftierungskosten-in-justizvollzugsanstalten/763/anhang/2011_12_22_antwort_bmj.pdf) [última visita: 30.11.2020]). Anualmente fluyen sobre 3 mil millones de euros al sistema de ejecución penal (cf. una encuesta IFG adicional al Ministerio de Justicia, <https://fragenstaat.de>).

llegaríamos a la conclusión de que sería mejor prescindir por completo de las cárceles, habida cuenta de las considerables tasas de recaída.

Otros dos motores para vaciar las cárceles parecen concebibles: tal vez la presión de la opinión pública<sup>39</sup> o de la profesión jurídica<sup>40</sup> ha aumentado considerablemente en estos meses para aliviar un poco la situación en las cárceles. Tal vez los responsables del sistema penal ya estaban muy descontentos con sus condiciones de ejecución o, incluso, tenían mala conciencia, por lo que podían aprovechar una circunstancia externa para iniciar reformas.

Sin embargo, tampoco estamos muy convencidos de estos modelos explicativos. Así, por ejemplo, el público en general rara vez ha tenido un interés excesivo en el sistema penal. A mayor abundamiento, pareciera que, muy por el contrario, el interés radica en las sentencias dictadas o por dictar, cuya ejecución, sin embargo, se pierde rápidamente de vista. Debido a la falta de datos disponibles, por ahora no puedo decir si el público vuelve a prestar atención a las, comparativamente costosas, medidas preventivo-especiales (la palabra clave es “cárcel de lujo”<sup>41</sup>) o si se trata simplemente de un tema de odio popular de la prensa sensacionalista.

Podemos confirmar, por lo tanto, que una mezcla de estas consideraciones ha llevado a un controlado vaciamiento, en el que hay que distinguir entre las razones aparentes y las reales. Las prácticas bastante diferentes de los Estados antes mencionados, que se basan más en la injusticia cometida con los presos o quienes lo serán y la vulnerabilidad de los afectados, nos parece que también dependen de la ponderación de las razones mencionadas arriba.

#### IV. ¿POR QUÉ DEBERÍAN VACIARSE LAS CÁRCELES?

Ya que en este momento estamos un poco en penumbras, y no solo sobre los motivos reales y los aparentes del vaciado parcial de las cárceles, pasamos a la siguiente pregunta: ¿qué razones creemos que son legítimas para dar tal paso?

---

de/anfrage/inhaftierungskosten-in-justizvollzugsanstalten-1/364065/anhang/19-05-07\_Bescheid\_NAME\_geschwaerzt.pdf [última visita: 30.11.2020]).

<sup>39</sup> Una exposición crítica de la situación en las prisiones se encuentra, por ejemplo, en KAMPF, Lena, Das ist reine Verwahrung von Menschen, tagesschau.de de 4.06.2020 (<https://www.tagesschau.de/investigativ/wdr/corona-gefaengnis-101.html> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>40</sup> La presión de la defensa en los casos pendientes de detención se ejercía a menudo mediante quejas; así, por ejemplo, los hechos en OLG Hamm COVuR 2020, p. 433.

<sup>41</sup> Respecto de dichas discusiones DÜNKEL, Frieder/MAELICKE, Bernd, “Irren ist (un-)menschlich! 10 Irrtümer einer neo-konservativen Strafvollzugspolitik und ihre Widerlegung - Thesen des Ziethener Kreises”, en *Neue Kriminalpolitik*, 4 (2004), pp. 132 y s.

I. Esta es, por supuesto, una pregunta muy demandante y comienzo a la defensiva, en el sentido de que no estoy cuestionando inmediatamente toda la institución de la cárcel.

1. Sin embargo, no estoy dispuesto a relativizar nada cuando digo que el objetivo del sistema penitenciario es, al menos en Alemania, solo la resocialización<sup>42</sup>. La “protección del interés general” que se pone en juego una y otra vez junto a ella no tiene el estatus de un fin de la ejecución de la pena privativa de la libertad. La reclusión tiene, más bien, la función de servir a la resocialización<sup>43</sup>.

En otros países, la relevancia teórica y práctica de la resocialización es, en parte, peor. En mi concepto, esto también está relacionado con la privatización (parcial) del sistema penitenciario o un dramático subfinanciamiento del sistema penitenciario y las condiciones inhumanas que esto trae consigo<sup>44</sup>.

En Francia, por ejemplo, la resocialización de los reclusos se menciona efectivamente como un objetivo de la ejecución de la pena. Sin embargo, en primer lugar, se hace hincapié en la seguridad de la sociedad, el castigo de los condenados y los intereses de las víctimas. La resocialización del delincuente debe ser armonizada con esto<sup>45</sup>.

En los Estados Unidos, en cambio, a la disuasión (“*deterrence*”), la rehabilitación (“*rehabilitation*”), la protección social (“*social protection*”) y la justa retribución (“*just-deserts*”, “*justice*”, “*retribution*”) se les atribuyen diferentes significados y valores cuya relación causal es poco clara<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> LAUBENTHAL, Klaus, ob. cit., nm. 140 y 149; LINDEMANN, Michael, en FEEST, Johannes; LESTING, Wolfgang; LINDEMANN, Michael, (editores), *Strafvollzugsgesetze, Kommentar*, 7ª edición, 2017, § 2 LandesR nm. 13 ss.; GRAF, Jürgen-Peter, Beck’scher Online-Kommentar Strafvollzugsrecht Bund, 17ª edición, Múnich 2020, § 2 StVollzG nm. 5.

<sup>43</sup> LAUBENTHAL, Klaus, ob. cit., nm. 174; GRAF, Jürgen-Peter, ob. cit. nm. 10 y s.

<sup>44</sup> RÜPPEL, Sascha, *Privatisierung des Strafvollzugs, Frankfurt am Main 2010*, p. 117; sobre la tensión entre resocialización y privatización y la solidez de las obligaciones de tratamiento y resocialización en Alemania, LAUBENTHAL, Klaus, ob. cit., nm. 51.

<sup>45</sup> LOI N° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire - Article 1: “Le régime d’exécution de la peine de privation de liberté concilie la protection de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de préparer l’insertion ou la réinsertion de la personne détenue afin de lui permettre de mener une vie responsable et de prévenir la commission de nouvelles infractions” (“Ley N° 2009-1436 de 24 de noviembre de 2009 penitenciaria - Artículo 1: El régimen de ejecución de la pena de privación de libertad concilia la protección de la sociedad, el castigo del condenado y los intereses de la víctima con la necesidad de preparar la integración o la reinserción del detenido para que pueda llevar una vida responsable y evitar la comisión de nuevos delitos”).

<sup>46</sup> BINDZUS, Dieter; MARTENS, “Harald, Reise in die US-amerikanische Strafvollzugswirklichkeit”, en *Forum Strafvollzug*, 2008, p. 80 (también accesible *online* en: <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=566> [última visita: 30.11.2020]).

2. ¿Cuál es la relación entre el fin de la ejecución de la pena de la rehabilitación y los propósitos de la pena? ¿Se influyen mutuamente o son independientes entre sí?

Roxin/Greco asumen plausiblemente que la teoría de la retribución conduce con demasiada facilidad a un sistema penal basado en el principio de coacción<sup>47</sup>. Aunque bajo la influencia de Proyecto de Código Penal alternativo y el predominio de la idea de la rehabilitación en los años sesenta y setenta, todavía era posible ver una correspondencia con un sistema penal orientado a la rehabilitación. Sin embargo, hoy estamos asistiendo, muy a mi pesar, a un cierto renacimiento de las teorías de la retribución<sup>48</sup>. Estas se encuentran, también, encubiertas bajo el disfraz de la orientación a las víctimas<sup>49</sup>.

Afortunadamente, estas consideraciones teóricas no han podido (todavía) influir en el objetivo de la ejecución penal, tal vez porque la verdadera teoría del delito no se ocupa del desdeñable sistema de ejecución penal. Pero quizás también porque el legislador ha limitado sin ambigüedades la finalidad del sistema penal de la prevención especial positiva en el § 2 de la StVollzG (Ley de ejecución de penas alemana) y en las normas de los estados federales referidas a la ejecución de la pena, poniendo fin a posibles experimentos mentales con teorías absolutas de la pena<sup>50</sup>.

*Frisch* fue quien recientemente intentó unir los aspectos retrospectivos y prospectivos de la pena<sup>51</sup>. La razón del castigo es únicamente el acto en sí. El castigo subsecuente, por otra parte, tenía que ser en interés de la prevención. Aunque, en principio, podamos estar totalmente de acuerdo con esto respecto del castigo impuesto, en nuestra opinión de esto no se desprende, en todo caso, de una visión absoluta de la función de la pena.

---

<sup>47</sup> ROXIN, Claus; GRECO, Luis, *Strafrecht - Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5ª edición, Múnich 2020, § 3 nm. 9.

<sup>48</sup> Crítico también SCHÜNEMANN, Bernd, “Aporien der Straftheorien in Philosophie und Literatur - Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist”, en PRITTWITZ, Cornelius et al. (editor), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden 2002, pp. 327 y ss.; ROXIN, Claus; GRECO, Luis, ob. cit., § 3 nm. 6a y ss.

<sup>49</sup> HÖRNLE, Tatjana, “Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht”, *Juristen Zeitung* 2006, pp. 953 y s.; HÖRNLE, Tatjana, “Straftheorien”, en HILGENDORF, Eric; KUDLICH, Hans; VALERIUS, Brian (editores), *Handbuch des Strafrechts, Band 1: Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg 2019, § 12 Rn. 26; convincentemente crítico a este respecto GRECO, Luis, “Strafjurist mit gutem Gewissen - Kritik der opferorientierten Straftheorie”, en *Goldammer's Archiv* 2020, pp. 259 y ss.

<sup>50</sup> LAUBENTHAL, Klaus, ob. cit., nm. 175.

<sup>51</sup> FRISCH, Wolfgang, Straftheorie, “Verbrechensbegriff und Straftatsystem”, *Goldammer's Archiv*, 3 (2019), p. 188.

Como consecuencia de lo anterior, hay acuerdo sobre las directrices normativas de la ejecución de la pena. Esto tampoco se pone en duda porque prácticamente todos los estudios de caso empíricos sobre reincidencia llegan a esta frustrante conclusión: la resocialización en la cárcel no funciona ni siquiera cuando se aplican medidas elaboradas como la terapia social<sup>52</sup>.

3. ¿Qué es lo que, entonces, puede derivarse de estas consideraciones teóricas preliminares y de los hallazgos empíricos de las máximas de acción para la ejecución de la pena durante la pandemia del coronavirus?

a) Dado que los esfuerzos por reintegrar a los presos en la sociedad se ven notablemente restringidos por las medidas iniciadas con ocasión de la crisis del coronavirus, aumenta la carga de justificar el mantenimiento de la ejecución penal en la forma en que se practica actualmente y deben explorarse las posibilidades de vaciar las prisiones, al menos parcialmente<sup>53</sup>. Quienes se benefician de ello no saldrían perdiendo en estas condiciones (en su mayoría solo teóricas) posibilidades de resocialización y estarían, en todo caso, mejor protegidos en términos de salud.

En Alemania, hemos introducido las siguientes restricciones, particularmente importantes para la resocialización<sup>54</sup>: las visitas fueron canceladas y las modificaciones que aligerarían los toques de queda planeados fueron denegadas. Los servicios de trabajo de las prisiones también cerraron temporalmente. Como resultado, los reclusos perdieron todos sus ingresos, que de otra manera pagarían al menos parcialmente sus deudas<sup>55</sup>. También se agregaron restricciones a las actividades deportivas y de ocio. Incluso el asesoramiento en materia de

---

<sup>52</sup> ORTMANN, Rüdiger, *Sozialtherapie im Strafvollzug: eine experimentelle Längsschnittstudie zu den Wirkungen von Strafvollzugsmaßnahmen auf Legal- und Sozialbewährung*, Freiburg I. Br. 2002, pp. 321 y ss.; WÖSSNER, Gunda; SCHWEDLER, Andreas, “Correctional Treatment of Sexual and Violent Offenders: Therapeutic Change, Prison Climate, and Recidivism”, en *Criminal Justice and Behavior*, 41 (2014), p. 874.

<sup>53</sup> Similar: Christine Graebisch entrevista con VICE de 14.4.2020 (<https://www.vice.com/amp/de/article/7kzy39/gefangnis-coronavirus-inhaftierte-freilassen> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>54</sup> Sobre las limitaciones, también FEEST, Johannes, *Corona und Knast*, ob. cit. pp. 115 y ss.; FROMM, Ingo, “Über die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf Straf- und Bußgeldsachen”, en *Deutsches Autorechts*, 5 (2020), p. 253.

<sup>55</sup> Cf. la toma de posición conjunta del Grupo Federal de Trabajo para Ayuda a los Delinquentes e.V. y el Grupo Federal de Trabajo de Asesoría a Deudores e.V. de 26.5.2020 ([https://www.bag-s.de/fileadmin/user\\_upload/Stellungnahme\\_BAG-S\\_und\\_BAG-SB\\_Stundung\\_und\\_Kurzarbeit\\_2020.pdf](https://www.bag-s.de/fileadmin/user_upload/Stellungnahme_BAG-S_und_BAG-SB_Stundung_und_Kurzarbeit_2020.pdf) [última visita: 30.11.2020]).

drogas para los presos adictos se vio temporalmente afectado por la prohibición de acceso a las prisiones<sup>56</sup>.

Esta necesidad de explorar las posibilidades de liberación se aplica aún más a aquellos Estados del mundo que, por falta de recursos o incluso por convicción, se contentan con encerrar a los reclusos. Por supuesto, debemos tener cuidado de no imponer a otros sistemas legales, de una manera casi imperialista, nuestras ideas sobre una ejecución proporcional de la pena. Sin embargo, situamos el fin de la ejecución penal –a saber, la resocialización– dentro del principio del Estado social y el respeto de la dignidad humana, y, por lo tanto, creemos que se trata de principios de aplicación casi universal<sup>57</sup>.

La carga de justificación mencionada anteriormente aumenta aún más si la reducción de los esfuerzos para rehabilitar a los presos va acompañada de un aumento de los riesgos de infección. Tales riesgos existen en el caso de internamiento en condiciones de hacinamiento, en condiciones higiénicas inadecuadas y, especialmente, en la población carcelaria, que suele tener un estado de salud deficiente<sup>58</sup>. En la medida en que el sistema penitenciario sufría de hacinamiento incluso antes de la crisis del coronavirus y las condiciones se han deteriorado aún más –por ejemplo, debido a la necesidad de establecer estaciones de cuarentena–, resulta urgente reaccionar ante el hacinamiento.

b) ¿Cómo podría aplicarse esto entonces en la práctica?

Los siguientes parámetros de decisión que hasta ahora también se han utilizado con diferentes ponderaciones en cada caso parecen ser relevantes: la gravedad del delito, el tipo de delito, el grado de rehabilitación, la duración restante de la pena, el peligro para el detenido y su estado de salud.

<sup>56</sup> Sobre las medidas del JVA Freiburg, ZIMMERMANN, Frank, Corona-Einschränkungen in Gefängnissen bremsen die Resozialisierung, badische-zeitung.de de 24.5.2020 (<https://www.badische-zeitung.de/corona-einschraenkungen-in-gefaengnissen-bremsen-die-resozialisierung-185816365.html> [última visita: 30.11.2020]).

<sup>57</sup> Cf. DÜNKEL, Frieder, „Resozialisierung im Strafvollzug und internationale Menschenrechtsstandards“, en SPINELLIS, Calliope *et al.* (Hrsg.), *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward – Essays in Honour of Nestor Courakis*, Atenas 2017, pp. 1777 y ss.

<sup>58</sup> A esto se refiere también la Comisaria del Consejo de Europa para los Derechos Humanos en una exhortación a los Estados miembros a proteger la salud de todas las personas en la cárcel durante de la pandemia de COVID-19 (<https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/covid-19-pandemic-urgent-steps-are-needed-to-protect-the-rights-of-prisoners-in-europe> [última visita: 30.11.2020]); en general, sobre los riesgos para la salud y los problemas en la ejecución de la pena, STÖVER, Heino “Gesundheitsversorgung und Gesundheitsförderung im Gefängnis”, en BÖGEMANN, Heiner; KEPPLER, Karlheinz; STÖVER, Heino (editores), *Gesundheit im Gefängnis: Ansätze und Erfahrungen mit Gesundheitsförderung in totalen Institutionen*, Weinheim 2010, pp. 22 y s.

Para Alemania, el § 455a StPO (ley de procedimiento penal alemán) sería la norma relevante. Sobre la base de ella se abre la posibilidad de interrumpir o aplazar la ejecución “si es necesario por razones de organización del sistema penitenciario y si no hay razones imperiosas de seguridad pública”. Como ejemplos, se mencionan el hacinamiento en una institución y los casos catastróficos como una epidemia o un incendio<sup>59</sup>.

De esta formulación legislativa solo poco se puede deducir con respecto a los parámetros mencionados. Después de todo, si ya no se puede garantizar la protección de los reclusos vulnerables, pareciera encontrarse seriamente afectada la organización del sistema penitenciario que habla a favor de una suspensión de la aplicación de la pena o de su aplazamiento<sup>60</sup>. En este caso, por supuesto, se tendría que dar especial valor a un entorno favorable fuera de la cárcel<sup>61</sup>.

El grado de resocialización o la peligrosidad del recluso resultará regularmente variable, impredecible y, por lo tanto, ficticio. Deberíamos partir desde la base de que, para poder resocializar a los reclusos la resocialización debe producirse durante su internamiento, sin embargo, sabemos que en la realidad la duración del encarcelamiento agrava sus efectos adversos<sup>62</sup>. De la misma manera, no será posible calcular los riesgos para la seguridad pública, salvo algunas excepciones. Lo único que se puede determinar es la actual terquedad de los reclusos o, por el contrario, su *compliance*. No debería ser un criterio relajar la ejecución de la pena.

La consideración del delito sobre cuya base se produjo el encarcelamiento jugaría con los prejuicios según los cuales, por ejemplo, los delincuentes sexuales corren un riesgo especial de reincidencia, aunque, sin embargo, no han podido ser confirmados empíricamente<sup>63</sup>. También existe el riesgo de que, por ejemplo,

---

<sup>59</sup> BT-Drs. 7/918, p. 102; COEN, Christoph, en GRAF, Jürgen-Peter (editor), BeckOK-Strafprozessordnung Kommentar BeckOK-StPO, 2020, § 455a nm. 1; APPEL, Ekkehard, en HANNICH, Rolf (editor), *Karlsruher Kommentar-Strafprozessordnung*, Múnich 2019, § 455a nm. 2.

<sup>60</sup> FEEST, Johannes, *Corona und Knast*, ob. cit., p. 121; asimismo, la Comisario de los Derechos Humanos del Consejo de Europa en su exhortación a los Estados Miembros de 6.04.2020 (véase nota al pie 58).

<sup>61</sup> MATT, Eduard, *Übergangsmanagement und der Ausstieg aus Straffälligkeit*, Herbolzheim 2014, pp. 126 y ss.; respecto del creciente interés científico y político del, así llamado “manejo de transición”; WIRTH, Wolfgang, “Steuerung und Erfolgskontrolle im Übergangsmanagement”, en MAELICKE, Bernd; SUHLING, Stefan (editores), *Das Gefängnis auf dem Prüfstand. Zustand und Zukunft des Strafvollzugs*, Wiesbaden 2018, pp. 501 y ss., con mayores referencias.

<sup>62</sup> Respecto del efecto contrario: la cárcel como “escuela del delito”, por ejemplo, HESS, Henner, *Die Erfindung des Verbrechens*, Wiesbaden 2015, p. 331.

<sup>63</sup> WÖSSNER, Gunda, “Women and children as victims of sex offenses: Crime prevention by treating the offenders?”, en KURY, Helmut; REDO, Slawomir; SHEA, Evelyn (editores), *Women*

se excluya de la relajación en la ejecución de la pena a los delincuentes políticos que sean particularmente impopulares para el Estado<sup>64</sup>.

Por qué la extensión de la pena inicialmente impuesta debería transformarse en un parámetro decisivo no es para nada claro<sup>65</sup>, pero es evidente que se encuentra enraizado en el razonamiento del legislador y en la práctica. Si bien el § 57 Abs. 1 StGB (entre otras disposiciones) no establece la extensión de la pena privativa de libertad como criterio para la suspensión de una pena de prisión después de que hayan transcurrido dos tercios de esta, la liberación de media pena de acuerdo con el § 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB (entre otras) sí exige que esta no supere los dos años. También en el caso de la así llamada “amnistía de navidad” se excluye generalmente a los privados de libertad que cumplan con penas privativas de libertad más largas<sup>66</sup>.

Esta (nueva) mirada hacia atrás no convence ni respecto de la suspensión del resto de la pena<sup>67</sup> y la amnistía ni respecto de las preguntas aquí tratadas. El único criterio que parece digno de consideración es el período restante de encarcelamiento, en el sentido de que los delincuentes que están a punto de ser liberados deben ser privilegiados en lugar de aquellos cuyo tiempo en la cárcel será comparativamente largo. Sin embargo, la duración de la pena original no debería tener importancia.

En resumen, entonces, puede verse que la mayor necesidad de protección del prisionero en recintos penitenciarios superpoblados es un criterio más poderoso que juegos mentales sobre la gravedad de la culpa y los peligros para la seguridad pública que pueden ser funcionalizados por los que están en el poder. Turquía debe citarse como ejemplo a este respecto.

---

*and children as victims and offenders: Background, Prevention, Reintegration*, volumen 2, Cham 2016, p. 541.

<sup>64</sup> Al respecto, véase la nota al pie número 20.

<sup>65</sup> Así, también, FEEST, Johannes, *Corona und Knast*, ob. cit., p. 121.

<sup>66</sup> Cf. FUNK, Simon, *Gnade und Gesetz: Zum Verhältnis des Begnadigungsrechts zu seinen gesetzlichen Alternativregelungen*, Berlín 2017, pp. 72 y s. con mayores referencias; sobre la praxis de los Estados federales en los últimos tiempos SULIAK, Hasso, Ein paar Tage früher aus dem Knast, lto.de de 21.12.2019 <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/weihnachten-amnestie-gefangene-strafvollzug-gefaengnis-gnade-erlass-entlassung-haft-2019/> (última visita: 30.11.2020)].

<sup>67</sup> Sobre los motivos de un límite superior en el § 56 StGB, véase KÖNIG, Peter “Strafaussetzung zur Bewährung für Freiheitsstrafen von über zwei Jahren?”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1 (2001), p. 68. Es claro que un determinado límite superior, en todo caso, con referencia a aspectos alejados de la ejecución de la retribución y la prevención general siquiera se pueden justificar. Semejantes necesidades se encuentran en el § 57 StGB, pero también son consideradas ya por medio de los tiempos mínimos de cumplimiento de la pena, de 2 a 6 meses.

## II. Bajo condiciones posiblemente diferentes

Con el fin de, al menos, amortiguar un poco futuras crisis de esta naturaleza, no se requiere siquiera un cambio de paradigma. Hace tiempo se encuentran disponibles sugerencias bien fundadas sobre la despenalización de aquellos delitos que, como la obtención fraudulenta de prestaciones o el hurto de tiendas<sup>68</sup>, no benefician a nadie, pero que, a pesar de su carácter marginal, llenan cárceles por medio del instituto de la pena sustitutiva de privación de libertad<sup>69</sup>.

La otra posibilidad, esto es, la eliminación de las cárceles en un contexto en que las condiciones carcelarias reales y las frustrantes conclusiones sobre el cumplimiento del fin de la pena de la resocialización, no aparece solo como una desacertada quimera, sino como una posibilidad que debe considerarse seriamente<sup>70</sup>. La referencia a las inexistentes alternativas al encarcelamiento en el caso de un injusto grave que no debe quedar sin sanción<sup>71</sup> muestra solo dos cosas: por una parte, la falta de imaginación en una búsqueda no debe ir en detrimento de los que se ven privados de sus libertades sin una posibilidad

---

<sup>68</sup> Cf., por ejemplo, HARRENDORF, Stefan, “Überlegungen zur materiellen Entkriminalisierung absoluter Bagatellen am Beispiel der Beförderungerschleichung und des Ladendiebstahls”, en *Neue Kriminalpolitik*, 3 (2018), pp. 255 y ss.; con mayor profundidad, ALBRECHT, Peter-Alexis, “Strafrecht - ultima ratio: Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts”, en ALBRECHT, Peter-Alexis *et al.* (editores), Baden-Baden 1992, pp. 28 y ss.

<sup>69</sup> FEEST, Johannes, “Weg mit der Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB)! Eine Petition mit Fußnoten”, en HERZOG, Felix *et al.* (Hrsg.), *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte*, Gedächtnisschrift für Edda WeBlau, Berlín 2016, pp. 491 y ss.; GUTHKE, Kai, “Ersatzfreiheitsstrafe abschaffen?”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2 (2018), p. 58.

<sup>70</sup> En relación con la crisis del coronavirus, también FEEST, Johannes, *Corona und Knast*, ob. cit. pp. 120 y ss.; de forma prominente con esa exigencia hace poco, el anterior director de dos recintos penitenciarios Thomas Galli (cf. GALLI, Thomas, *Weggesperrt. Warum Gefängnisse niemandem nützen*, Hamburg 2020, pp. 180 y ss.); antes, OSTERMEYER, Helmut, „Die gefangene Gesellschaft“, en ORTNER, Helmut (editor), *Freiheit statt Strafe: Plädoyers für die Abschaffung der Gefängnisse - Anstöße machbarer Alternativen*, 2ª edición, Frankfurt del Meno 1986, pp. 137 y ss.; cf. con las correspondientes exigencias las contribuciones en *Kriminologischen Journal*, 1 (2008) con el tema “Ist das Gefängnis noch zu retten?” (“¿Puede aún salvarse la cárcel?”).

<sup>71</sup> Cf. la entrevista con Maelicke, Bernd “Häftlinge ab auf die Insel!”, Deutschlandfunk de 19.04.2016 ([https://www.deutschlandfunkkultur.de/strafvollzug-haeftlinge-ab-auf-die-insel.1008.de.html?dram:article\\_id=351722](https://www.deutschlandfunkkultur.de/strafvollzug-haeftlinge-ab-auf-die-insel.1008.de.html?dram:article_id=351722) [última visita: 30.11.2020]): “Und natürlich gerade bei Tätern, die schwere Delikte begehen, sehe ich auch keine Alternative zur Freiheitsstrafe, auch vom Wertebewusstsein der Gesellschaft her”. (“Y evidentemente también en el caso de autores que cometen delitos graves tampoco veo una alternativa a la pena de privación de libertad, también desde el punto de vista del sentido de los valores de la sociedad”).

realista de rehabilitación y, por otra, la audacia de una presunción conforme a la cual la ausencia de sanción está fuera de discusión, lo que precisamente en estas condiciones requiere probarse.

## V. ¿Y DESPUÉS DE LA CRISIS?

El hecho de que uno se atreva a mirar al tiempo posterior a la crisis y, en caso afirmativo, en qué medida, depende también del optimismo y de la magnitud de la angustia actual. Quienes se encuentran entre la espada y la pared no tienen la calma para visiones del futuro.

En Alemania, esta crisis es relativamente manejable en este momento y, por lo tanto, la gente está cuidando el futuro; así, los ministerios de justicia están recalcando enfáticamente que después de la crisis todo será igual que antes<sup>72</sup>. Todos los beneficios son limitados en el tiempo.

Jasper Finke, que realiza investigaciones sobre situaciones excepcionales en el derecho, no está tan seguro de este pronóstico: “en el pasado, hemos visto una y otra vez cómo las crisis [...] cambian nuestra comprensión del derecho de manera duradera”<sup>73</sup>. La ley seguiría evolucionando; los tribunales y las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley seguirían agotando su margen de acción en tiempos de crisis. La crisis se convertiría así en un proceso de aceleración<sup>74</sup>.

Los ejemplos citados por Finke a este respecto –leyes de seguridad más estrictas como reacción a lo que él llama la “*Rote Armee Fraktion*”–, así como los ataques del 11 de septiembre de 2001 o la compra de bonos del Estado por el Banco Central Europeo durante la crisis financiera<sup>75</sup> muestran, en mi opinión, que debemos ser cuidadosos al predecir que el coronavirus incluso vaciaría las prisiones permanentemente. Esto, porque la lucha por una mayor seguridad fue

---

<sup>72</sup> Cf. la nota al pie número 12.

<sup>73</sup> FINKE, Jasper, citado por HUMMEL, Tassilo, Corona leert die Gefängnisse, FAZ de 29.03.2020, p. 26; en el mismo sentido, FINKE, Jasper, “Krisen als Normalität”, en [verfassungsblog.de](http://verfassungsblog.de) de 30.03.2020.

<sup>74</sup> FINKE, Jasper, citado por HUMMEL, Tassilo, Corona leert die Gefängnisse, FAZ de 29.03.2020, p. 26; FINKE, Jasper, ob. cit.

<sup>75</sup> FINKE, Jasper, citado por HUMMEL, Tassilo Corona leert die Gefängnisse, FAZ de 29.03.2020, p. 26; sobre EZB el mismo, [verfassungsblog.de](http://verfassungsblog.de) de 30.03.2020.

y es, en gran medida, consentida políticamente y su necesidad es presentada a la población con tal insistencia<sup>76</sup> que ahora también están convencidos de ello<sup>77</sup>.

Esta actitud no se ve en grado alguno, ni por una parte ni por la otra, con respecto de la ejecución de la pena en que el aspecto del costo no es un factor decisivo. Y así, al final, todo será realmente igual que antes. No hay ninguna posibilidad realista de terminar con este sufrimiento irrespetuoso de la dignidad humana.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, Peter-Alexis, “Strafrecht - ultima ratio: Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts”, en ALBRECHT, Peter-Alexis *et al.* (editores), Baden-Baden 1992.
- , *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft: Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln*, Berlin 2009.
- APPEL, Ekkehard, en HANNICH, Rolf (editor), *Karlsruher Kommentar-Strafprozessordnung*, Múnich 2019, § 455a.
- BINDZUS, Dieter; MARTENS, Harald, “Reise in die US-amerikanische Strafvollzugswirklichkeit”, en *Forum Strafvollzug*, 2008, 79-84.
- DAASE, Christopher; RÜHLIG, Tim Nicholas, “Der Wandel der Sicherheitskultur nach 9/11”, en FISCHER, Susanne; MASALA, Carlo (editores), *Innere Sicherheit nach 9/11*, 2016, 13-33.
- DÜNKEL, Frieder; MAELICKE, Bernd, “Irren ist (un-)menschlich! 10 Irrtümer einer neo-konservativen Strafvollzugspolitik und ihre Widerlegung - Thesen des Ziethener”, en *Neue Kriminalpolitik*, 4 (2004), 131-133.

---

<sup>76</sup> Cf. DAASE, Christopher; RÜHLIG, Tim Nicholas, “Der Wandel der Sicherheitskultur nach 9/11”, en FISCHER, Susanne; MASALA, Carlo (editores), *Innere Sicherheit nach 9/11*, 2016, p. 18; sobre el debate en la República Federal Alemana desde los años 70, KÖTTER, Matthias, *Pfade des Sicherheitsrechts: Begriffe von Sicherheit und Autonomie im Spiegel der sicherheitsrechtlichen Debatte der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden 2008, pp. 153 y ss., 219 y ss., 279 y ss. y 350 y ss.

<sup>77</sup> TRÜDINGER, Eva-María, “Sicherheit aus Vertrauen? Der Einfluss politischen und sozialen Vertrauens auf Präferenzen für staatliche Antiterrormaßnahmen”, en STEINBRECHER, Markus *et al.* (editores), *Freiheit oder Sicherheit?: ein Spannungsverhältnis aus Sicht der Bürgerinnen und Bürger*, 2018, p. 86; DAASE, Christopher; RÜHLIG, Tim Nicholas, *ob. cit.*, p. 27; SINGELNSTEIN, Tobías; STOLLE, Peer, *Die Sicherheitsgesellschaft*, 3ª edición, Wiesbaden 2012, pp. 41 y s.; ALBRECHT, Peter-Alexis, *Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft: Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln*, Berlin 2009, p. 671.

- DÜNKEL, Frieder, “Resozialisierung im Strafvollzug und internationale Menschenrechtsstandards”, en SPINELLIS, Calliope *et al.* (Hrsg.), *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward - Essays in Honour of Nestor Courakis*, Atenas 2017, 1777-1798.
- FEEST, Johannes, “Weg mit der Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB)! Eine Petition mit Fußnoten”, en HERZOG, Felix *et al.* (Hrsg.), *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte, Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, Berlín 2016, 491-494.
- , “Corona und Knast - ein Zwischenbericht”, en *Neue Kriminalpolitik*, 2 (2020), 113-122.
- FINKE, Jasper, “Krisen als Normalität”, en *verfassungsblog.de* de 30.3.2020, <https://verfassungsblog.de/krisen-als-normalitaet> (última visita: 28.9.2020).
- FRISCH, Wolfgang, Strafrecht, “Verbrechensbegriff und Straftatsystem”, *Goldammer’s Archiv*, 3 (2019), 185-204.
- FROMM, Ingo, “Über die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf Straf- und Bußgeldsachen”, en *Deutsches Autorechts*, 5 (2020), 251-254.
- FUNK, Simon, *Gnade und Gesetz: Zum Verhältnis des Begnadigungsrechts zu seinen gesetzlichen Alternativregelungen*, Berlín 2017.
- GALLI, Thomas, *Weggesperrt. Warum Gefängnisse niemandem nützen*, Hamburg 2020.
- GOFFMAN, Ervying, *Asyle: Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen*. Deutsche Ausgabe, Frankfurt am Main 1972.
- GRAF, Jürgen-Peter, Beck’scher Online-Kommentar Strafvollzugsrecht Bund, 17ª edición, Múnich 2020.
- GRECO, Luis, “Strafjurist mit gutem Gewissen - Kritik der opferorientierten Strafrechtstheorie”, *Goldammer’s Archiv* 2020, 258-265.
- GUTHKE, Kai, “Ersatzfreiheitsstrafe abschaffen?”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2 (2018), 58.
- HARRENDORF, Stefan, “Überlegungen zur materiellen Entkriminalisierung absoluter Bagatellden am Beispiel der Beförderungsererschleichung und des Ladendiebstahls”, en *Neue Kriminalpolitik*, 3 (2018), 250-267.
- HESS, Henner, *Die Erfindung des Verbrechens*, Wiesbaden 2015.
- HÖRNLE, Tatjana, “Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht”, en *Juristen Zeitung* 2006, 950-958.
- , “Strafrechtstheorien”, en HILGENDORF, Eric; KUDLICH, Hans; VALERIUS, Brian (editores), *Handbuch des Strafrechts, Band 1: Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg 2019, 507-537.

- KINZIG, Jörg, en SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, *Horst Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30ª edición, § 43.
- KÖNIG, Peter, “Strafaussetzung zur Bewährung für Freiheitsstrafen von über zwei Jahren?”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1 (2001), 67-70.
- KÖTTER, Matthias, *Pfade des Sicherheitsrechts: Begriffe von Sicherheit und Autonomie im Spiegel der sicherheitsrechtlichen Debatte der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden 2008.
- LAUBENTHAL, Klaus, *Strafvollzug*, 8ª edición, Berlin 2019.
- LINDEMANN, Michael, en FEEST, Johannes; LESTING, Wolfgang; LINDEMANN, Michael, (editores), *Strafvollzugsgesetze, Kommentar*, 7ª edición, 2017, § 2 LandesR.
- MATT, Eduard, *Übergangsmangement und der Ausstieg aus Straffälligkeit*, Herbolzheim 2014.
- ORTMANN, Rüdiger, *Sozialtherapie im Strafvollzug: eine experimentelle Längsschnittstudie zu den Wirkungen von Strafvollzugsmaßnahmen auf Legal- und Sozialbewährung*, Freiburg I. Br. 2002.
- OSTERMEYER, Helmut, “Die gefangene Gesellschaft”, en ORTNER, Helmut (editor), *Freiheit statt Strafe: Plädoyers für die Abschaffung der Gefängnisse - Anstöße machbarer Alternativen*, 2ª edición, Frankfurt del Meno 1986, 137-146.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luis, *Strafrecht - Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5ª edición, Múnich 2020.
- RÜPPEL, Sascha, *Privatisierung des Strafvollzugs*, Frankfurt am Main 2010.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “Aporien der Straftheorien in Philosophie und Literatur - Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist”, en PRITTWITZ, Cornelius *et al.* (editores), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden 2002, 327-344.
- SINGELNSTEIN, Tobías; STOLLE, Peer, *Die Sicherheitsgesellschaft*, 3ª edición, Wiesbaden 2012.
- STÖVER, Heino, “Gesundheitsversorgung und Gesundheitsförderung im Gefängnis”, en BÖGEMANN, Heiner; KEPPLER, Karlheinz; STÖVER, Heino (editores), *Gesundheit im Gefängnis: Ansätze und Erfahrungen mit Gesundheitsförderung in totalen Institutionen*, Weinheim 2010, 11-32.
- TRÜDINGER, Eva-María, “Sicherheit aus Vertrauen? Der Einfluss politischen und sozialen Vertrauens auf Präferenzen für staatliche Antiterrormaßnahmen”, en STEINBRECHER, Markus *et al.* (editores), *Freiheit oder Sicherheit?: ein Spannungsverhältnis aus Sicht der Bürgerinnen und Bürger*, 2018, 77-100.

- WIRTH, Wolfgang, “Steuerung und Erfolgskontrolle im Übergangsmanagement”, en MAELICKE, Bernd; SUHLING, Stefan (editores), *Das Gefängnis auf dem Prüfstand. Zustand und Zukunft des Strafvollzugs*, Wiesbaden 2018, 501-521.
- WÖSSNER, Gunda, “Women and children as victims of sex offenses: Crime prevention by treating the offenders?”, en KURY, Helmut/REDO, Slawomir/SHEA, Evelyn (editores), *Women and children as victims and offenders: Background, Prevention, Reintegration*, volumen 2, Cham 2016, 525-556.
- WÖSSNER, Gunda; SCHWEDLER, Andreas, “Correctional Treatment of Sexual and Violent Offenders: Therapeutic Change, Prison Climate, and Recidivism”, en *Criminal Justice and Behavior*, 41 (2014), 862-879.