

La lucha contra la mafia en Italia: razones aparentes y reales de la prisión “dura” y la cadena perpetua sin revisión

POR MARIO CATERINI (*) y MORENA GALLO (**)

Sumario. I. La cadena perpetua en Italia: problemas de constitucionalidad.- II. La disciplina de la “cárcel dura” en Italia: génesis y finalidad.- III. La vida en prisión según el artículo 41 bis: normas y limitaciones para los detenidos en “prisión dura”.- IV. El régimen del artículo 41 bis de la Ley Penitenciaria italiana en la jurisprudencia constitucional italiana.- V. La “prisión dura” en la jurisprudencia europea.- VI. Castigo y reinserción social.- VII. Conclusiones.- VIII. Referencias.

Resumen: este estudio aborda dos cuestiones debatidas en la doctrina y jurisprudencia penal en Italia: la cadena perpetua sin revisión y el régimen penitenciario especial. Ambas instituciones están unidas por el hecho de que en la mayoría de los casos se aplican a condenados por delitos de delincuencia organizada, en particular mafiosos. Esta investigación su génesis histórica, su regulación, sus fines aparentes y los que en la práctica han asumido estas instituciones, escudriñando también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las conclusiones ponen de relieve que el verdadero objetivo de la cadena perpetua y de la prisión “dura” en Italia probablemente no solo sea impedir que el delincuente reanude o continúe sus relaciones con organizaciones criminales, sino también intentar obligar al recluso a cooperar con la justicia, lo cual plantea problemas de compatibilidad con muchos principios de la Constitución italiana y del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Palabras claves: cadena perpetua - prisión dura - peligrosidad social - reeducación

La lotta contro la mafia in Italia: ragioni apparenti e reali del ‘carcere duro’ e dell’ergastolo ‘ostativo’

Abstract: *questo studio affronta due questioni dibattute nella dottrina e nella giurisprudenza penale italiana: l’ergastolo senza revisione e il regime penitenziario*

(*) Universidad de Calabria, Catedrático de Derecho Penal. Director del Instituto de Estudios Penales “Alimena” (ISPA), Centro de Investigación Interdepartamental, Universidad de Calabria. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8766-9908>.

(**) Investigadora junior en el Instituto de Estudios Penales “Alimena”, Centro de Investigación Interdepartamental de la Universidad de Calabria. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-7431-6872>.

speciale. Entrambi gli istituti sono legati dal fatto che nella maggior parte dei casi sono applicati ai condannati per reati di criminalità organizzata, in particolare per reati di mafia. La ricerca esamina la loro genesi storica, la loro regolamentazione, le finalità apparenti e quelle che nella pratica questi istituti hanno assunto, esaminando anche la giurisprudenza della Tribunale costituzionale italiana e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Le conclusioni evidenziano che il vero scopo dell'ergastolo senza revisione e del carcere "duro" in Italia probabilmente non è solo quello di impedire al reo di riprendere o continuare i suoi rapporti con le organizzazioni criminali, ma anche quello di cercare di costringere il detenuto a collaborare con la giustizia, il che pone problemi di compatibilità con molti principi della Costituzione italiana e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Parole chiave: ergastolo - carcere duro - pericolosità sociale - rieducazione

I. La cadena perpetua en Italia: problemas de constitucionalidad

En Italia ya no existe la pena de muerte, pero sí una pena "hasta la muerte" (Musumeci, Pugiotto, 2016, p. 64), es decir, la cadena perpetua y todas las disciplinas conexas, como sus formas, y el régimen de la llamada prisión "dura", ex artículo 41 *bis* ord. penit. (Della Bella, 2012, pp. 1-12).

El tema de la cadena perpetua es, por supuesto, muy discutido y provoca reacciones sociales encontradas. La cadena perpetua, hoy en día, es la pena máxima contemplada en el ordenamiento jurídico italiano: el artículo 17 del Código Penal la sitúa entre las penas previstas para los delitos, junto con la prisión y la multa.

Lo que distingue a la cadena perpetua de la prisión perpetua es su perpetuidad: el artículo 22 del Código Penal establece que "la pena de cadena perpetua es perpetua y se cumple en uno de los establecimientos destinados a tal fin, con obligación de trabajo y aislamiento nocturno" (Riondato, 2017, pp. 236-241). Cuando el Código Penal italiano entró en vigor en 1930, la cadena perpetua era realmente perpetua, pero poco a poco esta característica fue cambiando y en 1962 el legislador estableció que una persona condenada a cadena perpetua podía optar a la libertad condicional tras cumplir veintiocho años de la pena, reducidos a veintiséis por la llamada Ley Gozzini (1). Hoy, por tanto, en Italia la cadena perpetua, al menos "sobre el papel", tiene la apariencia, más que de una pena perpetua, de una

(1) La Ley N° 663, de 10 de octubre de 1986, establece que una persona condenada a cadena perpetua, una vez que haya cumplido el número mínimo de años de su condena y haya mantenido una conducta que sugiera una revisión crítica de lo que ha hecho, puede obtener la aplicación de una medida de seguridad durante cinco años, al término de los cuales expira la condena. Además, una vez cumplidos veinte años de prisión, el condenado a cadena perpetua podrá acogerse a la medida alternativa de semilibertad y, tras diez años de prisión, se le concederá un periodo de libertad vigilada, en un número no superior a cuarenta y cinco días por año.

pena “de ejecución progresiva”, en el sentido de que el condenado puede cambiar su situación penitenciaria y encaminarse hacia la reinserción social.

Sobre la legitimidad de la cadena perpetua, el Tribunal Constitucional italiano, a lo largo de los años, siempre se ha mostrado cauto. Un *excursus* por la principal jurisprudencia constitucional muestra que el *Giudice delle leggi* primero consideró que la cadena perpetua no era ilegítima, precisamente porque el delincuente puede ser puesto en libertad (Tribunal Constitucional, 22 de noviembre de 1974, N° 264), y después también admitió a los presos a perpetuidad el disfrute de beneficios, en particular la posibilidad de la libertad condicional (Tribunal Constitucional, 21 de septiembre de 1983, N° 274; Grevi, 1984, pp. 19).

Esta legislación, sin embargo, cambió a principios de los años noventa cuando, en un momento de emergencia relacionado con el considerable aumento de los atentados y masacres a manos de la delincuencia organizada de tipo mafioso, que afectaba cada vez más a los representantes de las instituciones, el legislador introdujo una legislación de emergencia que modificó profundamente el sistema penitenciario establecido en la Ley Gozzini de 1986. El cambio más importante se refería al tratamiento penitenciario de los condenados por delincuencia organizada: se introdujo el artículo 4 *bis* (2) en el reglamento penitenciario. La finalidad de este cambio era claramente endurecer el tratamiento penitenciario de los delincuentes de la delincuencia organizada de tipo mafioso (Guazzaloca, Pavarini, 1995, p. 303). Una disciplina “de emergencia” (Moccia, 1997, pp. 8-9), por tanto, que introdujo y configuró diferentes regímenes de cadena perpetua, a través de la combinación de los nuevos artículos 4 *bis* y 58-*ter* de la Ley n° 354/1975. Regímenes que —pudiendo entrar aquí en detalles— divergen en la posibilidad de acceder o no a beneficios penitenciarios, entre ellos el de recuperar la libertad (3). En el caso de la condena a cadena perpetua por delitos de delincuencia organizada, terrorismo o subversión, el acceso a los beneficios sólo es posible si se produce la adquisición de elementos que excluyan la actualidad de los vínculos del recluso con la delincuencia organizada, terrorista o subversiva, así como la colaboración con la justicia, de conformidad con el artículo 58 *ter* de la Ordenanza penitenciaria, en ausencia de los cuales, excluyendo los casos de colaboración imposible o

(2) La nueva disposición del artículo 4 *bis* del reglamento penitenciario fue introducida por el decreto legislativo n° 152 de 13 de mayo de 1991, convertido posteriormente en la Ley N° 203 de 12 de julio de 1991. De este modo, el legislador determinó las condiciones en presencia de las cuales los condenados por infracciones consideradas especialmente graves, imputables a la delincuencia organizada, pueden acceder a medidas alternativas a la detención, al trabajo extramuros y a permisos de bonificación.

(3) Los beneficios contemplados en el artículo 4*a* de la Ordenanza penitenciaria son la asignación a un trabajo externo, permisos con prima, medidas alternativas a la detención; se excluye la libertad anticipada.

inútil (4), la prisión permanece “hasta la muerte” (Dolcini, 2019, p. 96; Dell’Andro, 2019, p. 955).

En dicho sentido, si la cadena perpetua, en la fórmula que permite el acceso a los beneficios penitenciarios, aparece como la “cara presentable” de la pena perpetua, no puede hacerse una consideración similar para la llamada cadena perpetua. La cadena perpetua, tal y como fue rediseñada por el artículo 4 *bis* de la Ley 354/1975 introducida en 1991, no presenta ninguna finalidad reeducativa conducente a la reinserción social, como pretende la Constitución italiana, presentándose, por el contrario, como una pena perpetua, que sólo puede ser revisada en caso de colaboración con la justicia. Tal régimen penitenciario, pues, no es más que una sanción marcadamente aflictiva, con el único objetivo de la cooperación del delincuente con la justicia y, por lo tanto, si así se plantea, está muy lejos de cualquier finalidad reeducativa, así como del sentido de humanidad de la pena (Risicato, 2015, p. 1246).

La cuestión de la supuesta ilegitimidad de la cadena perpetua, debatida tanto a escala nacional como europea —de la que se hablará más adelante—, se inscribe en un problema más amplio de remodelación del sistema penitenciario y de reconsideración de la función de la pena.

Queriendo intentar ilustrar de forma sencilla el hiato entre la cadena perpetua y un sistema orientado a la Constitución italiana, podríamos identificar dos cuestiones principales. La irreconciliabilidad de la cadena perpetua con la finalidad de reeducación recordada por la Constitución, que normativamente ya podemos deducir implícitamente de la abolición de la pena de muerte; la negación, para los condenados a una pena “hasta la muerte”, de cualquier posibilidad y utilidad de reeducación y resocialización, según el razonamiento de que la pena de muerte es una eliminación física y material; mientras que la pena “hasta la muerte” es una eliminación civil y virtual (Risicato, 2015, p. 1246). El condenado a cadena perpetua, en cuyos documentos bajo el epígrafe ‘fin de condena’ se indica “año 9999”, probablemente nunca verá el fin de la prisión (5), salvo con su muerte. Está claro, por tanto, que de poco o nada serviría su resocialización y, bien mirado, ni siquiera el condenado se ve estimulado a adherirse a las posibles ofertas de

(4) La colaboración imposible se define como el suministro de información pero cuando ya ha habido una plena comprobación del hecho delictivo y de la responsabilidad, sobre la que además ha recaído una sentencia irrevocable; la colaboración, por el contrario, es inútil o irrelevante cuando el condenado ha tenido una participación limitada en el hecho delictivo y ello no permite un conocimiento que haga valer la colaboración.

(5) La legislación que ahora ha sido sustituida por el Decreto-Ley N° 162, de 31 de octubre de 2022, convertido por la Ley N° 304, de 30 de diciembre de 2022, ha eliminado, al menos formalmente, la presunción absoluta de peligrosidad de la cadena perpetua no cooperadora.

procedimientos encaminados a la reeducación y resocialización, ya que cualquier esfuerzo sería un fin en sí mismo, prácticamente inútil.

En referencia, por otra parte, a la incompatibilidad de la cadena perpetua sin revisión con la prohibición de trato contrario a la humanidad del artículo 27.3 de la Constitución italiana, que sitúa a la persona y su dignidad por encima de la necesidad de prevención del Estado, hay que decir que —también a la luz del hacinamiento carcelario, que se presenta como deshumanizante— una condena “hasta la muerte”, es decir, sin fin, genera un efecto exacerbante, “incluso divorciado de la pena abstracta y concretamente impuesta” (Pugiotto, 2012, p. 125; Risicato, 2015, p. 1246).

Es evidente, por tanto, que la cadena perpetua, al menos en su concepción original, muestra elementos más estridentes con la Constitución italiana, revelando flagrantes desarmonías con los artículos 3, 25 y 27 de la misma Carta fundamental, planteándose no como una pena determinada, no como una pena reeducadora, no como una pena proporcionada (Bianchi, 2015, p. 3822).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) también ha sido preguntado en varias ocasiones sobre la compatibilidad de la cadena perpetua con las disposiciones del propio Convenio Europeo. En las numerosas sentencias del TEDH sobre el tema de la cadena perpetua, nunca se ha cuestionado la legitimidad convencional de esta pena, sino su compatibilidad con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes establecida en el artículo 3 del Convenio.

Al igual que el Tribunal Constitucional italiano, el Tribunal de Estrasburgo legitima la cadena perpetua, ya que, en la n.e de ejecución, gracias al acceso a beneficios y medidas alternativas, así como a la libertad condicional, tiende [en teoría] a no ser perpetua y garantiza al recluso el llamado “derecho a la esperanza”, precisamente la posibilidad de ver reducida la duración de la detención (Colella, 2011, p. 194). La cuestión de la cadena perpetua italiana también llegó al TEDH con el caso Viola, un condenado que siempre se proclamó inocente, hasta el punto de que nunca tomó el camino de la cooperación (TEDH, *Viola c. Italia*, n. 2, 13 de junio de 2019). El juez de Estrasburgo calificó la cadena perpetua de Italia como una pena irreductible *de facto*. El razonamiento del Tribunal para llegar a esta conclusión se desarrolló desde dos puntos de vista: por un lado, la pena de cadena perpetua se basaba en una presunción absoluta, completamente irracional, ya que partía de la idea de que el condenado siempre es libre de elegir si coopera o no, cuando, en realidad, a menudo las condiciones ambientales y contextuales hacen que tal elección sea peligrosa; por otro lado, esta presunción legislativa, al equiparar la falta de colaboración con la peligrosidad social continuada, no hacía más que perfilar la condición del penado tal y como ya era en el momento de la

comisión del hecho delictivo y, por tanto, sin tener en cuenta los posibles cambios acaecidos durante la ejecución de la pena (Pugiotto, 2016, p. 17).

El régimen “ostensivo” en la versión anterior al Decreto-Ley N° 162, de 31 de octubre de 2022 —según el razonamiento seguido por el Tribunal de Estrasburgo— restringía excesivamente el acceso a las medidas destinadas a la resocialización y, por este motivo, era contrario al principio de finalidad necesaria de la pena, que, a su vez, según el artículo 3 del Convenio, “constituiría una verdadera *positiv obligation* que incumbiría a los Estados miembros del Consejo de Europa” (Siracusa, 2021, p. 195).

Lo que el Tribunal Europeo ha dispuesto, en la sentencia que nos ocupa, es una revisión de la pena de cadena perpetua para garantizar que los presos sometidos a este régimen penitenciario tengan una posibilidad real de reinserción y la oportunidad de recuperar la libertad. La dirección dada por el TEDH a Italia, por tanto, era la de una reforma que permitiera evaluar caso por caso la trayectoria reeducativa del condenado, a la luz de una revisión crítica del delito cometido, hasta el punto de considerar que la detención ya no es necesaria. Las implicaciones del caso Viola no tardaron en hacerse patentes en la jurisprudencia italiana (Brucalé, 2019: 49; De Cesare, 2019, p. 83; Galiani, 2019, p. 113). Inmediatamente después del pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo, de hecho, el Tribunal Constitucional italiano, con una sentencia innovadora si no inesperada, se encontró expresando su opinión sobre la llamada doble vía sancionadora (Tribunal Constitucional, 4 de diciembre de 2019, n. 253). Esta decisión, sobre el tema de la cadena perpetua y los permisos de prima, sin duda representa un paso hacia el fortalecimiento de la finalidad reeducadora de la pena. Esta sentencia confirmó la censura de inconstitucionalidad de la preclusión del acceso a inconstitucionalidad de la preclusión del acceso a los permisos de prima para los reclusos condenados a penas temporales o a cadena perpetua por el delito contemplado en el artículo 416 *bis* del Código Penal, en caso de que no colaboren con la justicia. Como consecuencia de esta preclusión, la cadena perpetua para el penado no cooperador, según el Tribunal, era una pena de prisión flexible sólo de derecho, por tanto, meramente en abstracto, pero de hecho seguía siendo una pena perpetua, que hacía prevalecer la mera finalidad de prevención general, en lugar de la de reeducación del penado (Tribunal Constitucional 4 de diciembre de 2019, núm. 253, párrafo 8.1 y 8.2). Entre los motivos de inconstitucionalidad del artículo 4 *bis* Orden Penitenciaria, el Tribunal esgrimió la irracionalidad de la presunción absoluta, que se colocaba en la base del régimen, pues no es posible excluir que, en la práctica, incluso con cooperación voluntaria, el condenado siga siendo socialmente peligroso, así como en la hipótesis contraria, incluso en ausencia de cooperación, pueden faltar en realidad las condiciones de peligrosidad social. Sin embargo, a la luz de la decisión del Tribunal, es evidente que, aunque la presunción ya no se considera absoluta, sino relativa, el procedimiento de concesión de un permiso de bonificación a una

persona condenada por delitos de tipo mafioso es muy complejo: según el Tribunal Constitucional, la peligrosidad social del delincuente mafioso condenado no puede ser superada por la mera observación de su comportamiento durante el período de detención y por su adhesión a un itinerario de reeducación y resocialización, ni siquiera por una mera declaración de desvinculación, sino sólo por la adquisición de elementos congruentes y específicos a favor del cese de este vínculo asociativo. Por ende, con la reducción de la peligrosidad social, que debe ser demostrada por el propio delincuente condenado.

El Tribunal Constitucional italiano también volvió a examinar la legitimidad de la cadena perpetua en 2021. En esta última ocasión (Tribunal Constitucional, 11 de mayo de 2021, n. 97), sin embargo, el tipo de decisión fue diferente del de otras sentencias del mismo Tribunal sobre el tema de la cadena perpetua (por ejemplo, Tribunal Constitucional, 9 de abril de 2003, núm. 135), en el sentido de que no entró en el fondo de la cuestión, optando, por el contrario, por aplazar el tratamiento, con el objetivo de conceder al Parlamento tiempo suficiente para debatir y regular la materia de forma coherente con la Constitución (Siracusano, 2022, p. 1354; Puggiotto, 2022, p. 761; Riscato, 2021, p. 653). En la sentencia en cuestión, el Tribunal enumeró varias razones que justificaban una regulación diferente de la cadena perpetua. En primer lugar, la existencia de una serie de actos del Parlamento, capaces de sugerir una posibilidad concreta de reforma del sistema, haciendo clara referencia a los proyectos de ley ya presentados. La Consulta consideró —leemos en su razonamiento— que su intervención en el asunto habría sido desestabilizadora porque habría equiparado la figura del colaborador de la justicia con la del reticente, haciendo así una elección de política criminal que, en cambio, corresponde al poder legislativo. Con la posición adoptada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2021, además, nos encontramos ante el reconocimiento de la inconstitucionalidad de la cadena perpetua, sin que, no obstante, se haya declarado dicha inconstitucionalidad.

La disciplina de la prisión perpetua, a raíz de la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 2021, fue reformada por el Decreto-Ley n° 162, de 31 de octubre de 2022, convertido por la Ley n° 304, de 30 de diciembre de 2022 (Bernardi, 2022, *passim*). Llegando al núcleo de la novedad en materia de cadena perpetua, el decreto ley, además de eliminar la relevancia de la cooperación “imposible” y “no fiable”, rediseñó los requisitos previos, en ausencia de cooperación, para el acceso a los beneficios penitenciarios externos. Dado que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (Ordenanza N° 97/2021) al que el Gobierno pretendía dar “respuesta”, pone de manifiesto que no puede existir una presunción absoluta de peligrosidad social derivada únicamente de la falta de cooperación. El Decreto sanciona una serie de elementos que el detenido debe demostrar para superar una presunción que, a estas alturas, debe considerarse sólo relativa, al menos “sobre el papel”. Así, la reforma, en lo que se refiere a los delitos asociativos, se

extiende en identificar los elementos que el detenido debe demostrar para que se supere la presunción vinculada a la falta de cooperación: 1) “el cumplimiento de las obligaciones civiles y de reparación pecuniaria resultantes de la condena o la imposibilidad absoluta de dicho cumplimiento”; 2) “elementos específicos (...) que permitan excluir la actualidad de los vínculos con la delincuencia organizada, terrorista o subversiva y con el contexto en el que se cometió el delito, así como el peligro de restablecimiento de dichos vínculos, incluso indirectamente o a través de terceros”. Se especifica que estos elementos deben ser “distintos y adicionales a la conducta penitenciaria habitual, a la participación del detenido en el itinerario reeducativo y a la mera declaración de desvinculación de la organización criminal a la que pudiera pertenecer”. Todo ello, “teniendo en cuenta las circunstancias personales y del entorno, las razones que puedan deducirse en apoyo de la no colaboración, el examen crítico de la conducta delictiva y cualquier otra información disponible”. Se añade que “para la concesión de los beneficios, el juez comprobará también la existencia de iniciativas adoptadas por el interesado en favor de las víctimas, tanto en las formas de indemnización como de justicia restaurativa”.

La idea que se desprende de una lectura somera de la nueva norma es que se ha pretendido establecer una serie de condiciones muy difíciles, si no imposibles de probar —aunque la norma habla de [mera] “alegación”—, máxime tratándose de un detenido que ha estado encerrado durante décadas en un centro penitenciario, con todas las complicaciones que ello conlleva también desde el punto de vista probatorio. Quizá lo más desconcertante sea lo que parece una paradoja, esto es, la carga de la prueba de los hechos [no] futuros, es decir, la vinculación de elementos que permitan excluir no sólo la actualidad de los vínculos con la delincuencia organizada, terrorista o subversiva, sino también el peligro de que se restablezcan tales vínculos. En efecto, aunque el Tribunal Constitucional ha expresado la necesidad de excluir el riesgo de un futuro restablecimiento de vínculos delictivos, la reforma legislativa hace recaer esta prueba negativa [o alegación] sobre el detenido, mientras que esta carga parecería recaer más propiamente sobre la otra parte, la que quiere impedir la excarcelación. Una cosa es que un condenado a cadena perpetua deje entrever elementos “positivos” como para suponer razonablemente la voluntad de restablecer vínculos con la criminalidad, elementos que podrían y deberían ser objeto de prueba positiva por el Ministerio Fiscal; y otra cosa es condicionar la concesión del beneficio a la *probatio diabolica*, por parte del penado, de elementos que permitan acreditar la inexistencia de peligro de restablecimiento de vínculos con la criminalidad.

La nueva norma, además, se basa en conceptos demasiado elásticos, como “contexto” o “conexiones indirectas”, dúctiles e instrumentales hasta el punto de permitir, de algún modo, mantener al condenado a perpetuidad siempre en prisión, carentes de una referencia, de un sustrato realmente demostrable y, por tanto, en la práctica interpretable casi a placer del magistrado. Parece, por tanto,

que el Gobierno, ha pretendido sustituir la presunción absoluta por una que es sólo formalmente relativa, pero sustancialmente casi imposible de superar, “traicionando” así el espíritu que puede extraerse de los principios constitucionales, incluso en el caso de no cooperación. El razonamiento que puede extraerse de la jurisprudencia constitucional italiana y europea existente hasta la fecha es que la no cooperación *per se* no puede tomarse como índice dirimente, excluyendo como tal la reeducación del condenado a perpetuidad. La enmienda, por otra parte, aunque formalmente intenta cumplir con esta directriz, la traiciona, vaciándola de contenido real (De Vito, 2022, párrafo 6).

Cabe añadir que el Decreto-Ley N° 162/2022 para los condenados a cadena perpetua no cooperadores ha modificado el umbral mínimo de años de prisión para poder optar a la libertad condicional: ya no son los veintiséis años de condena exigidos por el artículo 176 del Código Penal, sino treinta años. Por último, la pena puede extinguirse ya no a los cinco sino a los diez años —si el recluso logra superar las dificultades de la presunción relativa de peligrosidad social— durará más que en el pasado y conllevará la prohibición de reunirse o mantener contacto con personas condenadas por delitos que causan gran alarma social (los contemplados en el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y con personas sometidas en determinados casos a medidas de prevención personal o patrimonial.

II. La disciplina de la “cárcel dura” en Italia: génesis y finalidad

No se puede hablar de “cadena perpetua” sin abordar el delicado tema de la llamada “prisión dura” en Italia, es decir, la disposición del artículo 41 *bis de* la Ordenanza Penitenciaria italiana, un régimen especial de detención al que, en 2023, fueron sometidas 740 personas. En Italia, de hecho, los reclusos sometidos a este régimen especial de detención suelen ser condenados a largas penas de prisión y, aproximadamente, el 17% son condenados a cadena perpetua. Si bien hay que señalar que el régimen especial de detención también se aplica y, no con poca frecuencia, a personas que aún están a la espera de juicio o que no han sido condenadas definitivamente. También hay que señalar que, en la mayoría de los casos, los delitos que dan lugar tanto a la cadena perpetua como al llamado régimen de “prisión dura” son los de la delincuencia organizada de tipo mafioso. Por ello, la cadena perpetua y el régimen especial de internamiento previsto en el artículo 41 *bis* del Reglamento Penitenciario están íntimamente relacionados.

Desde la entrada en vigor de la Ley de régimen penitenciario de 1975, las prácticas relativas a la vida en prisión parecían orientarse hacia una mayor apertura al mantenimiento de las relaciones familiares y, más en general, de los vínculos afectivos, también y, sobre todo, con el fin de lograr alcanzar la finalidad reeducadora de la pena (párrafo 6).

Sin embargo, el conjunto de disciplinas consagradas en el reglamento penitenciario, especialmente a la luz de los actos terroristas que se produjeron en Italia en los años setenta, comenzó a sufrir cambios. El más importante de ellos fue, sin duda, el relativo a la introducción del artículo 90 del reglamento penitenciario, cuyo texto original, contenido en la Ley N° 354 de 26 de julio de 1975, fue inmediatamente objeto de reforma debido al preocupante avance de los grupos terroristas y las organizaciones delictivas. En un escenario de emergencia, el legislador italiano sintió la necesidad de diferenciar el tratamiento penitenciario para aquellas personas consideradas más peligrosas, ya que eran más propensas a cometer delitos. De ahí la redacción del artículo 90 de la Ordenanza Penitenciaria, que preveía normas especiales de tratamiento dentro de las instituciones penitenciarias.

El texto de ese artículo, titulado “exigencias de seguridad”, ahora derogado, preveía que, siempre que surgieran razones graves y excepcionales que pudieran comprometer el orden y la seguridad públicos, el Ministro de Justicia podría suspender la aplicación, durante un período determinado, de las normas ordinarias de tratamiento penitenciario previstas por la ley, que estuvieran en conflicto con esa necesidad de orden y seguridad. La lógica era, por lo tanto, contener, en centros penitenciarios especiales o en secciones separadas, a los sujetos considerados promotores de desórdenes y que, por lo tanto, en el contexto penitenciario podían generar protestas y, por ello, comprometer la seguridad interna de la prisión.

Sin embargo, la norma prevista en el citado artículo 90, aunque inicialmente concebida para remediar eventuales situaciones de difícil gestión interna en los establecimientos penitenciarios, posteriormente comenzó a ser recordada cada vez que era necesario trasladar a estas prisiones especiales a personas que ocupaban cargos destacados en organizaciones criminales, no sólo para evitar la ocurrencia de episodios violentos o protestas en la prisión, sino también para sustraer a los demás reclusos de su sujeción.

En estas prisiones o secciones especiales, para cumplir mejor las disposiciones del artículo 90 de la Ordenanza Penitenciaria, se introdujeron una serie de restricciones —que no pueden tratarse aquí en su totalidad—, en particular la prohibición de organizar actividades culturales, deportivas y recreativas, la prohibición de participar en las representaciones de los presos encargadas del control de la alimentación y de las bibliotecas, la imposibilidad de hablar con los familiares de visita a menos que estuvieran separados por cristales, la prohibición de poder telefonar a los familiares, la reducción del tiempo al aire libre y el control de la correspondencia con otros presos.

En la aplicación del artículo 90 de la Ordenanza penitenciaria subyace, como ya se ha dicho, la necesidad de hacer frente a una situación de emergencia y la verificación de la existencia de tal situación pasa por el Ministerio de Justicia, el

cual, una vez reconocida la urgencia de aplicar el régimen diferenciado, establece el plazo para la suspensión de las normas ordinarias de tratamiento previstas en la Ordenanza penitenciaria.

El artículo 90 de la Ley Penitenciaria fue derogado por la Ley N° 663 de 10 de octubre de 1986 —más conocida como Ley Gozzini— y, en su lugar, se introdujo el artículo 41-bis de la misma ley, que inicialmente contenía todas las disposiciones en un único párrafo. No hubo ningún cambio sustancial, ya que el texto no se renovó con respecto al de la disciplina anterior, salvo en la parte que aclaraba cuáles eran los requisitos previos que legitimaban la facultad del Ministro de Justicia de suspender las normas ordinarias de tratamiento. El artículo 41-bis, al menos en su redacción original, se refería precisamente a casos excepcionales de revuelta u otras situaciones de emergencia. La principal innovación residía, por tanto, en una limitación de la discrecionalidad del Ministro en la aplicación del régimen diferenciado. De hecho, el antiguo artículo 90 de la Ordenanza penitenciaria era mucho más general y ello había permitido someter a este régimen diferenciado a presos cuya peligrosidad social ni siquiera se había evaluado detenidamente. La redacción del 41-bis, por el contrario, ponía un importante límite a la potestad de la autoridad administrativa, estableciendo que era necesaria la concurrencia de hechos extraordinarios para su aplicación.

Sin embargo, se amplió el contenido el artículo 41 bis del reglamento penitenciario, mediante el Decreto-Ley N° 306 de 8 de junio de 1992, con la introducción de un segundo apartado, dedicado a la incomunicación en los lugares de castigo de los dirigentes y afiliados a organizaciones criminales de tipo mafioso, como la tristemente célebre Cosa Nostra (6). Esta reforma del legislador se consideró necesaria tras el ataque de la mafia siciliana al Estado, con un largo reguero de muertes y derramamiento de sangre, que provocó un cambio de ritmo y una respuesta como contraofensiva del Estado al poder mafioso.

Los primeros decretos de aplicación del 41 bis penitenciario no se dictaron *ad personam*, sino que fueron medidas acumulativas dirigidas a varias personas condenadas por delitos muy graves, fijándose la vigencia de la medida en un año, pero prorrogable indefinidamente.

Ya se ha dicho que el régimen diferenciado del artículo 41 bis de la Ley Penitenciaria se concibió como una herramienta para hacer frente a una emergencia, pero con la Ley N° 279, de 23 de diciembre de 2002, este régimen penitenciario especial se “estabilizó” y se convirtió en una herramienta permanente de prevención especial. Si, por una parte, la nueva legislación se preocupó de tipificar el contenido del artículo 41, por otra, reguló el procedimiento de impugnación de

(6) Es una organización criminal mafioso-terrorista presente en Italia y especialmente en Sicilia.

los decretos de ejecución y de prórroga del régimen penitenciario especial, atribuyendo plenos poderes al tribunal de vigilancia.

Un aspecto importante de la modificación legislativa de 2002 es, sin duda, la exclusión de la aplicación del régimen especial únicamente sobre la base del título del delito. Siguiendo la jurisprudencia constitucional anterior (Tribunal Constitucional, 5 de diciembre de 1997, N° 376), se ha establecido que, para que el artículo 41-bis del Reglamento Penitenciario sea aplicable, es necesario comprobar el peligro de la existencia y permanencia de vínculos con la delincuencia organizada a la que pertenece (Corvi, 2010, p. 138). La finalidad de tal institución, por tanto, se encuentra no ya en prevenir una “peligrosidad colectiva”, sino más bien en detectar una peligrosidad individual, es decir, el riesgo de que un determinado recluso pueda continuar con la actividad delictiva incluso desde el interior del centro penitenciario, precisamente al poder contar con vínculos con la delincuencia organizada externa (Della Bella, 2016, p. 225).

Al cabo de unos años, la reforma de 2002 fue considerada por el legislador como una respuesta insuficiente a la delincuencia organizada, hasta el punto de que se sintió la necesidad de intervenir de nuevo sobre el régimen penitenciario especial, y ello porque las asociaciones criminales habían vuelto a forjar vínculos con los jefes encarcelados que, aunque sometidos al régimen del artículo 41-bis, seguían dando órdenes y dictando normas operativas y económicas al grupo mafioso de referencia. La Ley N° 279 de 2 de febrero de 2009 rediseñó así la redacción del artículo 41-bis del Reglamento Penitenciario.

El texto del artículo 41-bis de la Ordenanza penitenciaria, actualmente en vigor, se titula “situaciones de emergencia” y es la síntesis de una serie de intervenciones destinadas a perfeccionar, de manera global, el régimen penitenciario especial que, como en su formulación original, confía al Ministerio de Justicia la posibilidad de suspender la aplicación de las normas ordinarias de tratamiento penitenciario.

En primer lugar, es necesario identificar a los destinatarios de las disposiciones del artículo 41-bis del reglamento penitenciario. De la lectura del segundo párrafo se desprende fácilmente que el destinatario de la medida es un preso o bien firme, es decir, con una condena que ya no puede ser recurrida, o bien aún pendiente de juicio. El criterio de selección de los destinatarios del régimen penitenciario especial remite, explícitamente, al artículo 4-bis, apartado 1, del Reglamento Penitenciario, por lo que, en síntesis, la aplicación de este régimen se dirige a personas que hayan cometido uno o varios “delitos cualificados” (7). Sin em-

(7) En particular, los delitos con fines de terrorismo, incluido el terrorismo internacional o la subversión del orden democrático mediante la perpetración de actos de violencia; los delitos de aso-

bargo, en la práctica, la mayoría de los delincuentes están sujetos al régimen del artículo 41-bis.

La investigación, dirigida a constatar la peligrosidad social de los destinatarios del régimen penitenciario diferenciado, debe tomar en consideración, como índices, el grado de operatividad en el territorio de la asociación criminal a la que pertenece el detenido, así como el papel desempeñado en la organización mafiosa por el mismo sujeto. Una consecuencia natural de lo dicho hasta ahora es que el requisito funcional, aun existiendo, falta en el caso en que el detenido decida colaborar con la justicia en aplicación del artículo 58 ter del Reglamento Penitenciario.

La medida de aplicación del régimen especial de detención adopta la forma de un decreto motivado dictado por el Ministro de Justicia, también a petición del Ministro del Interior y, por lo tanto, se adopta cuando existen razones graves de orden y seguridad, en referencia a la capacidad de determinados detenidos de mantener vínculos con la asociación delictiva, mafiosa, terrorista o subversiva a la que pertenecen. Antes de dictar el decreto, debe consultarse al fiscal que instruye las diligencias previas o al juez del procedimiento y recabar la información necesaria de la Dirección Nacional Antimafia, de los órganos policiales centrales y de los especializados en la lucha contra la delincuencia organizada.

La medida de aplicación o prórroga del régimen penitenciario especial, por lo tanto, es consecuencia de la recopilación de elementos que demuestren un peligro para la seguridad pública, a través de una colaboración entre el Departamento de Administración Penitenciaria, las fuerzas del orden, la Dirección Nacional Antimafia y Antiterrorismo y la Fiscalía Antimafia de Distrito. El decreto ministerial que aplica este régimen se considera, según una tesis, un acto administrativo de carácter autoritativo con finalidad preventiva, que tiene por objeto garantizar el mantenimiento del orden y la seguridad públicos; otra tesis, sin embargo, atribuye al decreto ministerial un “contenido justiciero” (Ardita, 2007, p. 80).

El elemento en el que se basa la aplicabilidad de la medida ministerial de la prisión especial se encuentra —como ya hemos dicho— en la “peligrosidad social” del preso o interno. Si esto no fuera así y si, por tanto, las medidas restrictivas

ciación delictiva de tipo mafioso; los delitos cometidos prevaliéndose de las condiciones previstas por la asociación delictiva de tipo mafioso, o con el fin de facilitar las actividades de las asociaciones delictivas de tipo mafioso; los delitos de reducción a la esclavitud o servidumbre o de mantenimiento en éstas; la prostitución infantil; los delitos de pornografía y el delito de violencia sexual en grupo; el delito de compra y venta de esclavos; el delito de secuestro con fines de robo o extorsión; el delito de asociación criminal con fines de contrabando; el delito de asociación con fines de tráfico de estupefacientes.

del artículo 41 bis del Reglamento Penitenciario se personalizaran y se basaran en elementos distintos de la “peligrosidad social”, estaríamos ante un régimen que cumpliría una función retributiva, en contraste con la propia finalidad de la institución que es, en cambio, la de limitar las comunicaciones como efecto preventivo de la comisión de delitos.

Esta función preventiva del decreto ministerial se confirma en la sentencia de 15 de diciembre de 2014, N° 52054 del Tribunal de Casación, que precisa que el régimen de detención diferenciada, a pesar de las modificaciones, ha conservado su carácter preventivo, sin convertirse nunca en una “pena diferenciada”. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en este sentido, precisando que las limitaciones del artículo 41 bis de la Orden Penitenciaria no pueden asumir la apariencia de una sanción penal, sino únicamente “de cautela en relación con los peligros actuales para el orden y la seguridad, concretamente vinculados a la detención de determinados condenados o procesados por delitos de delincuencia organizada” (Tribunal Constitucional, 5 de diciembre de 1997, N° 376).

Pasando ahora a las condiciones de aplicabilidad de la medida ministerial, conviene reiterar que es necesaria una valoración previa de la “peligrosidad social” del detenido beneficiario de la medida prevista en el artículo 41 bis del Reglamento Penitenciario. Dicha peligrosidad debe ser “cualificada”, es decir, el detenido debe tener capacidad para mantener o reanudar relaciones con la asociación criminal a la que pertenece. Puede decirse, por tanto, que para la primera aplicación de la medida prevista en el artículo 41 bis del Reglamento Penitenciario y, también para la prórroga, se requiere una comprobación no sólo de la actualidad de los contactos delictivos, sino también de la posibilidad y capacidad del detenido para reanudar tales contactos con la asociación a la que pertenece y vincularse a ella.

Como ya se ha mencionado, la eficacia de la medida que ordena el régimen penitenciario especial tiene una duración determinada. Así lo consagra el artículo 41 bis, párrafo 2 bis, que fija esta duración en cuatro años, “prorrogables en la misma forma por períodos sucesivos, cada uno igual a dos años”; la prórroga es necesaria cuando no ha desaparecido la capacidad de mantener vínculos y conexiones con la asociación delictiva (Montagna, 2004, p. 1289). Por supuesto, para proceder a la prórroga, es necesario que se lleve a cabo de nuevo la investigación destinada a verificar la “peligrosidad social”, que sigue el mismo procedimiento que la emisión de la medida de primera aplicación. La prórroga, por tanto, también debe basarse en la recopilación de elementos significativos que demuestren la capacidad continuada del detenido para mantener contactos con la delincuencia organizada, siguiendo así los parámetros dictados por el artículo 41 bis, párrafo 2 bis, del Reglamento Penitenciario. El Tribunal de Casación, con referencia a la prórroga de la orden especial de prisión, declaró que “la existencia de vínculos con una asociación criminal, terrorista o subversiva, exigida por la norma, no tiene que

ser demostrada en términos de certeza, siendo necesario y suficiente que pueda ser razonablemente considerada probable sobre la base de los datos cognoscitivos adquiridos” (Tribunal de Casación, I, 6 de febrero de 2015, núm. 18791).

La medida por la que se somete a un detenido al régimen previsto en el artículo 41 bis del Reglamento Penitenciario debe estar adecuadamente motivada. Esta necesidad surge del hecho de que se trata de un tratamiento penitenciario que tiene efectos restrictivos que afectan significativamente a la libertad de la persona sometida al régimen diferenciado. La motivación debe ser completa y contener todos los elementos que fundamentan la reconstrucción de la “peligrosidad social” y, por tanto, que sustentan la tesis según la cual el mantenimiento del preso en el régimen ordinario correría el riesgo de generar problemas de orden público y de seguridad. En particular, es necesario hacer referencia a los datos según los cuales el sujeto de la medida es “socialmente peligroso”, así como al hecho de que está en condiciones de mantener contacto o de volver a establecerlo con el grupo criminal al que pertenece, aún activo y que opera en el exterior.

Un discurso similar se aplica a la medida de prórroga del régimen diferenciado: en este caso, sin embargo, la fundamentación deberá basarse en las constataciones de las que se deduzca la actualidad de las razones de orden público y seguridad. En el decreto de prórroga, por lo tanto, será necesario desandar los presupuestos que condujeron al dictado de la primera medida ministerial, reafirmando, entonces, la necesidad de reconfirmar la sujeción al régimen diferenciado, ya que ha habido un nuevo reconocimiento de la peligrosidad del detenido y de su capacidad de mantener contactos con la asociación criminal. Dicha peligrosidad “cualificada”, según la jurisprudencia, ha de verificarse mediante la denominada “prueba legal”, por la que, en ausencia de elementos inequívocos sobre la desaparición de los vínculos con el grupo criminal, la pertenencia al mismo ha de considerarse actual y permanente. La motivación es fundamental, ya que en ella puede basarse el detenido para reclamar contra la decisión administrativa de aplicar el régimen penitenciario especial.

III. La vida en prisión según el artículo 41 bis: normas y limitaciones para los detenidos en “prisión dura”

La denominación prisión “dura” del régimen diferenciado en el artículo 41 bis de la Ordenanza Penitenciaria deja claro que las prisiones que albergan a reclusos sometidos a reclusión especial son prisiones de máxima seguridad y en su interior se muestra la cara más dura del Estado.

Los presos o internos a los que se ha ordenado aplicar el régimen penitenciario del 41 bis proceden de los circuitos de alta seguridad. Estos circuitos albergan a presos acusados o condenados por delitos tipificados en el artículo 4 bis

del Código Penal o en el artículo 74 del Decreto Presidencial 309/90), pero, una vez que entran en el circuito de “prisión dura”, tienen que empezar a contar con una serie de limitaciones mucho más estrictas. Si en el circuito de alta seguridad podían disfrutar de cuatro horas diarias al aire libre, telefonar a casa una vez a la semana durante seis minutos, tener cuatro entrevistas al mes, comprar alimentos al “excedente” de la prisión (8) y utilizar la cocina de gas de su celda para cocinar, así como asistir a cursos de estudio y escuchar misa los domingos por la mañana en la capilla de la prisión, con el régimen especial de la “prisión dura”, todo esto ya no está permitido. Incluso en materia de registros, la sumisión al régimen diferenciado endurece las modalidades: el registro ordinario, efectuado con instrumentos no invasivos, como el detector de metales, es sustituido por el registro extraordinario, que prevé incluso desvestirse al detenido al final de cada uno de sus desplazamientos y antes de su regreso al pabellón y a la celda.

La custodia y vigilancia de esta categoría de detenidos está gestionada por el grupo operativo móvil (GOM), compuesto por personal seleccionado de la administración penitenciaria, que custodia los doce pabellones de régimen especial del artículo 41 bis distribuidos por todo el país.

Las celdas, al menos en la mayoría de los casos, tienen una superficie de seis metros cuadrados, en los que se colocan un catre de hierro y un taburete, ambos clavados en el suelo, y de nuevo, una pequeña mesa y un armario, esta vez fijado a la pared. Mientras que los presos comunes tienen la posibilidad de realizar actividades recreativas, así como leer, teniendo acceso a las bibliotecas de la prisión, para los presos bajo el régimen de “prisión dura” esto no está permitido.

Ni siquiera es posible cocinar porque en las celdas del régimen del artículo 41 bis no se pueden guardar ollas ni sartenes y está prohibido que los presos compren alimentos que necesiten cocinarse. No se permite tener una cocina de gas en la celda, que sólo pueden utilizar en determinados momentos y en lugares distintos de la sala de detención, por orden de la administración penitenciaria, en la forma establecida por la dirección de la institución.

No hay trabajo, salvo a través de las actividades del pabellón: existe, de hecho, la figura del obrero, que se encarga de la limpieza de las zonas comunes del pabellón, la figura del portador de alimentos, que distribuye la comida en cada celda, pasando por delante de ellas con un carrito, y la figura del lacayo, que es un asistente personal, entendido como un preso que asiste a otro recluso enfermo e incapaz de realizar incluso las actividades más sencillas de la vida diaria.

(8) Es la posibilidad de que los reclusos adquieran, siguiendo un procedimiento formalizado y con autorización, productos del exterior incluidos en una lista de artículos subvencionables.

Importantes restricciones están relacionadas con la llamada ‘hora de aire’, es decir, el momento del día en que pueden salir de sus celdas para dar paseos, en lugares al aire libre, que en la jerga penitenciaria se denominan ‘paseos’. En el régimen de presos “comunes”, la hora de aire se hace junto con todos los presos de la misma sección, mientras que en el caso de los presos sujetos al régimen del artículo 41 bis se organiza en pequeños grupos; deben ser “sujetos compatibles”, refiriéndose así a la imposibilidad de reunir a presos que pertenezcan a la misma organización o alianza criminal, o incluso a organizaciones que operen en territorios vecinos; también están prohibidas las reuniones entre presos de la misma ciudad o región. Por este motivo, el comandante del pabellón deberá estudiar bien los grupos, de cuatro personas, que deberán estar compuestos por individuos que nunca antes de su ingreso en prisión se hayan conocido entre sí, ni siquiera se hayan encontrado casualmente.

Por último, como se ha mencionado al principio, esta categoría de detenidos es sometida a un cacheo al desnudo: se realiza al regresar a la celda y, aunque no tiene que ser validado por la autoridad judicial, en cualquier caso debe cumplir los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, que ha aclarado que no debe utilizarse en situaciones ordinarias, sino sólo si surgen exigencias de seguridad interior o si el detenido es peligroso por hechos concretos (Tribunal Constitucional, 22 de noviembre de 2000, N° 526). Los presos sujetos al régimen especial también están sometidos a una vigilancia continua por vídeo de sus celdas.

No es posible, al menos aquí, abordar en detalle las numerosas limitaciones a las que están sometidos los presos del régimen diferenciado, por lo que sólo nos centraremos en algunas, a modo de ejemplo.

El apartado b) del párrafo 2c del artículo 41-bis del Reglamento Penitenciario regula la cuestión de las entrevistas con familiares. La entrevista podría ser una forma de comunicación del detenido para seguir transmitiendo directrices y órdenes al mundo exterior, continuando así su actividad mafiosa y manteniendo su posición en la cúspide dentro del sindicato criminal. Los detenidos sometidos al régimen ordinario pueden tener un máximo de seis entrevistas al mes; para los sometidos al régimen previsto en el artículo 4 bis del Reglamento Penitenciario, en cambio, son cuatro entrevistas y pueden celebrarse con familiares y convivientes, con una duración de una hora, previa autorización del director del establecimiento penitenciario. En cambio, para los presos sometidos a régimen diferenciado, sólo hay una entrevista al mes, que únicamente puede celebrarse con familiares y convivientes. No hay duración mínima ni máxima de las entrevistas, por lo que se aplican las normas generales.

En cuanto a la forma en que se llevan a cabo los interrogatorios, mientras que en el caso de los detenidos en régimen ordinario tienen lugar en el interior sin

tabiques o al aire libre en zonas habilitadas para ello, especialmente si hay niños pequeños presentes, supervisados por personal de la policía penitenciaria; en el caso de los detenidos en régimen especial, los interrogatorios tienen lugar en salas amuebladas de forma que se impida el paso de objetos: de hecho, hay una mampara de cristal a toda altura que separa al detenido del visitante, y hablan a través de un interfono; los interrogatorios de esta categoría de detenidos están sometidos a control auditivo y también se graban, previa autorización motivada de la autoridad judicial. No obstante, existen casos excepcionales en los que se exime de la obligación de la mampara de cristal, en caso de peligro inminente de muerte, celebración de matrimonio o nacimiento de un hijo (Fiorentini, 2013: 198). De nuevo, en los casos de imposibilidad o dificultad objetiva grave para la realización de las entrevistas, la Administración penitenciaria debe organizar la entrevista en forma de videollamada (Tribunal de Casación, 11 de agosto de 2020, N° 23819).

El endurecimiento del régimen también tuvo repercusiones, por supuesto, en el tema de las entrevistas con el abogado defensor. Con el cambio legislativo de 2009, es decir, la modificación del apartado 2 del artículo 41-bis del Reglamento Penitenciario, las entrevistas con el abogado defensor se permitieron en número de tres por semana y las restricciones previstas para las entrevistas con los miembros de la familia no se aplicaron en la forma en que se llevaron a cabo, es decir, con cristal de separación e interfono, mientras que los límites cuantitativos se mantuvieron. Este último aspecto fue objeto de una sentencia del Tribunal Constitucional, que reconoció una restricción del derecho de defensa (párrafo, 4).

El objetivo de limitar y, en cierta medida, impedir la comunicación con el mundo exterior no podía sino conducir a una restricción adicional para los reclusos sometidos a un régimen penitenciario diferenciado, a saber, la de la correspondencia que, de conformidad con el artículo 41-bis, apartado 2, letra e), debe ser censurada, salvo la mantenida con miembros del Parlamento o autoridades nacionales y europeas competentes en materia de justicia.

IV. El régimen del art. 41 bis de la Ley Penitenciaria italiana en la jurisprudencia constitucional italiana

Desde su introducción, la institución regulada por el artículo 41 bis de la Ordenanza penitenciaria ha recibido numerosas críticas, hasta el punto de que ha sido objeto de un control de legitimidad en muchas ocasiones. Las duras censuras se han hecho para resaltar el carácter de aflicción extrema y, en ocasiones, gratuita, así como para poner de relieve los diversos perfiles de incompatibilidad con la protección de los derechos individuales fundamentales (Nicosia, 2009, p. 1245).

Pronto, por tanto, la redacción del artículo 41 bis de la Orden Penitenciaria, tropezó con censuras de inconstitucionalidad, especialmente en referencia a la

posibilidad de una derogación ilimitada de las normas de tratamiento penitenciario. El Tribunal Constitucional, a través de sentencias interpretativas de rechazo (9), ha rechazado la mayoría de las cuestiones de legitimidad constitucional planteadas, ofreciendo, no obstante, indicaciones hermenéuticas que, a través de una lectura constitucionalmente orientada del artículo 41 bis, han tendido a respetar los principios fundamentales del régimen penitenciario. A este respecto, es importante recordar la decisión por la que el Tribunal Constitucional identificó los denominados “límites externos” al poder ministerial (sentencia N° 349 de 28 de julio de 1993). El Tribunal, en esencia, afirmó que corresponde a la administración penitenciaria la facultad de adoptar medidas relativas al tratamiento de los detenidos en el circuito penitenciario, siempre, no obstante, garantizando el respeto a los principios constitucionales que garantizan las libertades individuales compatibles con el estado de detención, la finalidad reeducadora de la pena y el derecho de defensa. Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha reconocido que las autoridades judiciales pueden adoptar medidas que afecten a la cantidad y calidad de la pena (Tribunal Constitucional, 28 de julio de 1993, N° 349).

Con otro importante pronunciamiento, el Tribunal Constitucional trató de restablecer un equilibrio legítimo entre las prerrogativas de la administración penitenciaria y los derechos constitucionales de los detenidos, especialmente en relación con la falta de previsión de un sistema de recurso ante la autoridad judicial de los decretos ministeriales que prevén la aplicación del artículo 41 bis de la Ordenanza penitenciaria. En efecto, el Tribunal Constitucional rechazó la cuestión planteada por el Tribunal de Vigilancia de Milán, precisando, no obstante que, en los casos en los que no existan disposiciones sobre el sistema de recursos, si se produce una violación de derechos subjetivos fundamentales, la legitimidad de los decretos podía ser revisada por la autoridad judicial, en particular por el Tribunal de Vigilancia (Tribunal Constitucional, 23 de noviembre de 1993, N° 410). El Tribunal Constitucional, una vez más, rechazó las censuras en abstracto del régimen especial del artículo 41 bis, precisando que las eventuales violaciones de los derechos fundamentales de los detenidos debían buscarse no tanto en la redacción de la norma, sino más bien, caso por caso, en las medidas de aplicación individual (Tribunal Constitucional, 5 de diciembre de 1997, N° 376).

El Tribunal Constitucional, por su parte, se ha pronunciado, aunque parcialmente, sobre la inconstitucionalidad del artículo 41 bis de la Ordenanza Penitenciaria, con una sentencia que declaró la ilegitimidad del párr. 2-quéter, letra b), última frase, en la parte en que limita cuantitativamente las llamadas telefónicas

(9) Se trata de sentencias en las que el Tribunal Constitucional italiano rechaza la cuestión de la legitimidad de una norma interpretada de una determinada manera. En esencia, el Tribunal, entre las posibles interpretaciones de una norma, declara la que no es incompatible con la Constitución.

y las entrevistas entre el detenido en régimen especial y los defensores (Tribunal Constitucional, 20 de junio de 2013, N° 143), marcando un paso más “en el camino de recuperación de aquellos valores constitucionales que han sido redimensionados por las modificaciones introducidas al régimen por la Ley 94 de 2009” (Corvi, 2013, p. 1189). No es posible abordar aquí en detalle las observaciones realizadas por el Tribunal Constitucional para llegar a este pronunciamiento, pero la decisión también establece principios fundamentales aplicables a todo el sistema (Marini, 2022, p. 12).

La segunda declaración de ilegitimidad del artículo 41 bis se produjo con un pronunciamiento que versaba sobre una cuestión muy concreta, relativa a una disposición introducida por la Ley N° 94, de 15 de julio de 2009, de la que se censuró el artículo 2, párrafo 25, letra f) núm. 3), en la parte en que “exige que se adopten todas las medidas de seguridad necesarias para garantizar la imposibilidad absoluta de que los detenidos en régimen diferenciado puedan cocinar alimentos” (Tribunal Constitucional, 26 de septiembre de 2018, N° 186). La sentencia se mueve en el marco de los parámetros internos de legitimidad, en particular los artículos 3, 27 y 32 de la Constitución italiana, no evocando, en cambio, parámetros supranacionales, derivables en particular del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal constató la flagrante irrazonabilidad de la prohibición, considerada “incongruente e innecesaria a la luz de los objetivos a los que se dirigen las medidas restrictivas autorizadas por la disposición en cuestión”. Una medida que configuraba una excepción injustificada al régimen penitenciario ordinario, dotada de un valor “meramente y además aflictivo” (Tribunal Constitucional, 26 de septiembre de 2018, N° 186).

Otra disposición reglamentaria que caracteriza el régimen especial de detención es la relativa a la prohibición de intercambiar objetos entre los detenidos. La cuestión fue planteada ante los jueces constitucionales, que declararon la ilegitimidad del artículo 41 bis, párr. 2 quater, let. f), Reglamento Penitenciario, en la parte en que preveía la adopción de las medidas de seguridad necesarias dirigidas a garantizar “la imposibilidad absoluta de comunicación entre internos pertenecientes a grupos sociales diferentes, intercambiando objetos” en lugar de “la imposibilidad absoluta de comunicación e intercambio de objetos entre internos pertenecientes a grupos sociales diferentes” (Tribunal Constitucional, 5 de mayo de 2020, N° 97), aclarando, no obstante, que sigue siendo potestad de la administración penitenciaria regular las modalidades de intercambio y que cualquier limitación debe estar justificada por determinados requisitos, objeto de una motivación específica y expresa, que puede ser revisada por el magistrado de vigilancia.

El Tribunal Constitucional se encontró, una vez más, pronunciándose sobre la relación entre el régimen diferenciado y el derecho de defensa, declarando ilegítima la letra e) del artículo 41 bis, párrafo 2 quáter, Reglamento Penitenciario,

por el hecho de que no excluía de ser objeto de censura la correspondencia con el abogado defensor (Tribunal Constitucional, 2 de diciembre de 2021, N° 18). Para llegar a esta decisión, los jueces constitucionales se refirieron tanto a sus propios precedentes, en particular a la sentencia N° 143 de 2013, como a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, 20 de enero de 2009, *Zara c. Italia*), considerando la disposición “totalmente inadecuada” y “ciertamente excesiva” con respecto a la finalidad primordial del régimen diferenciado, es decir, impedir que el detenido siga manteniendo relaciones con la organización criminal a la que pertenece.

El objetivo del Tribunal Constitucional, que se deduce de las sentencias citadas, parece ser reconducir la dirección tomada por el legislador, primero, y por la administración penitenciaria, después, a “vías” compatibles con los principios constitucionales.

V. La “prisión dura” en la jurisprudencia europea

Por lo que respecta a las personas privadas de libertad, el artículo 3 CEDH impone a los Estados la obligación positiva de garantizar que sean detenidas en condiciones compatibles con el respeto de la dignidad humana, que la forma en que se lleve a cabo la medida no las someta a un envilecimiento u ordaña cuya intensidad supere el nivel inevitable de sufrimiento derivado de la detención y que, teniendo en cuenta los requisitos prácticos del encarcelamiento, se garanticen adecuadamente la salud y el bienestar del detenido (TEDH, *Kudla c. Polonia*, N° 30210/96, 2000; *Enea c. Italia*, N° 74912/01, 2009). Italia, N° 74912/01, 2009). Si se tienen en cuenta estos parámetros, el régimen especial del artículo 41 bis del Reglamento Penitenciario podría entrar en conflicto con el artículo 3 CEDH, ya que las limitaciones y aflicciones a las que se está sometido en dicho régimen podrían ir más allá del sufrimiento inevitablemente relacionado con una forma legítima de tratamiento o castigo (TEDH, *Labita c. Italia*, N° 26772/95, 2000).

El problema de la compatibilidad del régimen penitenciario del artículo 41 bis con la prohibición consagrada en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha planteado no sólo a raíz de los numerosos recursos presentados ante el Tribunal censurando las condiciones de detención y los tratos contrarios a la humanidad, sino también a la luz de los informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (Cpt), que ha observado que el artículo 41 bis es uno “entre los 21 regímenes más severos que el Cpt ha tenido que observar hasta ahora”, y se han formulado recomendaciones *ad hoc*, destinadas en particular a hacer menos intenso el régimen de aislamiento al que están expuestos los detenidos (Informe al Gobierno italiano sobre la visita efectuada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y

de las Penas y Tratos Inhumanos o Degradantes a Italia del 22 de octubre al 6 de noviembre de 1995, párrafo 91).

A pesar de la dureza del régimen y de las numerosas críticas de la doctrina y de la Cpt, el TEDH, desde la primera sentencia sobre el tema, lo consideró legítimo porque no alcanzaría el umbral para constituir una violación del artículo 3 CEDH, ya que tal régimen sería necesario para garantizar el orden dentro de los institutos penitenciarios y la seguridad pública, siempre que, en casos particulares, se respete la dignidad del detenido. Ya desde el asunto Natoli, la entonces Comisión Europea había considerado que el régimen del artículo 41 daba lugar a una forma de aislamiento social sólo parcial, ya que en cualquier caso se garantizaban formas de contacto con otras personas, aunque de manera reducida, y no se excluía por completo la posibilidad de trabajar o realizar otras actividades en prisión. La medida, por tanto, no alcanzaba el umbral necesario para ser considerada trato inhumano o degradante (TEDH, *Natoli c. Italia*, N° 26161/95, 1998; TEDH, *Messina v. Italia* (2), N° 25498/94, 30, 2000). Esto, sin embargo, no ha impedido las condenas contra Italia por violar el artículo 3 CEDH en relación con los detenidos sujetos al régimen del artículo 41 bis, como la del caso Labita, pero no por la rigidez del régimen de detención como tal, sino por episodios individuales de violencia dentro de las prisiones especiales.

Una vez aclarado que el régimen especial del artículo 41 bis, según el TEDH, no debe considerarse, como tal, un trato inhumano o degradante, procede verificar si existen factores que, además de las condiciones de aislamiento parcial, puedan agravar de algún modo la severidad del régimen y, por tanto, plantear un problema más riguroso de compatibilidad con el artículo 3 CEDH.

Ya se ha observado que un trato, para violar el artículo 3, debe alcanzar un umbral mínimo de gravedad: es necesario evaluar los elementos del caso concreto, como la duración del trato, sus efectos físicos y mentales y, en ocasiones, el sexo, la edad y el estado de salud del detenido (*Cedu, Price c. Reino Unido*, N° 33394/96, 2001; TEDH, *Mouisel c. Francia*, N° 67263/01, 2002; TEDH, *Gennadi Naoumenko c. Francia*, n° 67263/01, 2002). Reino Unido, N° 33394/96, 2001; TEDH, *Mouisel v. France*, N° 67263/01, 2002; TEDH, *Gennadi Naoumenko v. Ucrania*, N° 42023/98, 2004).

El factor tiempo, por tanto, es el que más puede afectar a la legitimidad del régimen del artículo 41 bis, ya que es capaz de transformar un régimen de internamiento de legítimo a ilegítimo (Della Bella, 2016, p. 328). Aunque siempre se ha considerado una forma de aislamiento no absoluto (TEDH, *Ercolano c. Italia*, núm. 9870/04, 2008), el Tribunal ha observado que, incluso los regímenes de aislamiento relativo, si se aplican durante largos períodos, pueden, en ausencia de una estimulación física y mental adecuada, causar, a largo plazo, efectos nocivos

destinados a adoptar la forma de un deterioro de las facultades mentales y de las capacidades relacionales del detenido (Minnella, 2004, p. 206).

El Tribunal, en sus diversas sentencias, siempre ha reconocido en general que la aplicación prolongada de ciertas restricciones puede colocar a un detenido en una situación que podría constituir un trato inhumano o degradante. Sin embargo, ha afirmado que no puede identificar *a priori* una duración precisa para determinar el momento a partir del cual se puede considerar que se ha alcanzado el umbral mínimo de gravedad de una violación del artículo 3 CEDH (TEDH, Gallico *c.* Italia, N° 53723, 2005). Por otra parte, el Tribunal precisó que la aplicación prolongada del régimen debe examinarse a la luz de las circunstancias del caso concreto, en particular debe establecerse que la renovación y la prórroga de las restricciones están fundadas, que no constituyen, por tanto, una mera repetición de restricciones que ya no son justificables en cuanto al fondo (Enea *c.* Italia, N° 74912/01, Rec.) Italia, N° 74912/01, 2009; CEDU, Argenti *c.* Italia, N° 56317/00, 2005; CEDU, Ascitutto *v.* Italia, N° 35795/02, 2007; CEDU, Paoletto *v.* Italia, N° 37648/02, 2015). Estas son afirmaciones importantes del TEDH, que, sin embargo, siempre ha sostenido que no hay violación del artículo 3 CEDH debido a la aplicación prolongada del artículo 41 bis, incluso en casos de aplicación del régimen durante más de doce años, como en el caso Gallico, y ello sobre la base de dos argumentos: por un lado, la aplicación prolongada de las restricciones parecía justificada a la luz de las exigencias de la prevención; y, por otro, se sostenía que no se había alcanzado la prueba de que la aplicación prolongada del régimen hubiera causado efectos físicos o psicológicos en el solicitante que violaran el artículo 3 CEDH.

Sólo en un caso el Tribunal Edu ha reconocido una violación del artículo 3 como consecuencia de la aplicación prolongada de un régimen de detención riguroso, en el caso Öcalan, que fue seguido de la condena del Estado turco por someter al demandante a un régimen de aislamiento casi absoluto durante aproximadamente diez años (TEDH, Öcalan *c.* Turquía, núm. 24069/03, 2014).

El caso Öcalan —a pesar de que el régimen turco se consideró más severo que el del artículo 41 bis del Código Penitenciario italiano— puede servir de advertencia: si del caso turco se deduce que los regímenes de detención más estrictos que el 41 bis, si se aplican durante diez años, son contrarios al artículo 3° CEDH, incluso el 41 bis, si se aplica durante períodos muy largos, puede considerarse razonablemente un trato inhumano y degradante. Piénsese en el caso del mafioso Leoluca Bagarella, sometido al régimen especial desde el 10 de julio de 1995, en cuyo caso el TEDH, en 2008, no reconoció una violación del artículo 3 CEDH debido a la prolongada aplicación del régimen (Bagarella *contra* Italia, 15625/04, 2008). ¿Puede constatarse ahora un trato inhumano y degradante, tras veintinueve años de encarcelamiento en régimen diferenciado, habida cuenta de lo declarado en la sentencia Öcalan?

De la jurisprudencia más reciente, sin embargo, parece desprenderse que el TEDH, aunque tímidamente, empieza a mostrar una mayor sensibilidad hacia la cuestión y así puede afirmarse a la luz de la sentencia sobre el caso del capo mafioso Bernardo Provenzano, cuyos últimos años de detención estuvieron marcados por diversos acontecimientos médicos, debido a las numerosas patologías que padecía el detenido y a su progresivo deterioro, caracterizado también por un grave deterioro de las funciones cognitivas, que acabó limitando y anulando incluso sus capacidades de comunicación. Los jueces de Estrasburgo, conociendo del recurso contra la medida de prórroga del régimen pocos meses antes de su fallecimiento, yendo más allá de lo que hasta entonces se había sostenido genéricamente sobre el tema de la aplicación prolongada del régimen especial de internamiento, consideraron necesario verificar si las autoridades italianas habían llevado a cabo una evaluación efectiva de la peligrosidad del detenido, tomando en consideración cualquier posible cambio en la situación del solicitante que pudiera cuestionar la necesidad de mantener tales medidas restrictivas (TEDH, Provenzano *c.* Italia, Nº 55080/13, 2018).

VI. Castigo y reinserción social

En materia penal, entre los principios constitucionales, reviste especial importancia el apartado 3 del artículo 27, según el cual “las penas no podrán consistir en tratos contrarios a la humanidad y deberán tender a la reeducación del condenado”. El tenor léxico es inequívoco: la disposición consagra el principio de humanidad y la finalidad reeducadora de la pena. Por otra parte, ya a finales del siglo XIX, con la teorización de Franz v. Liszt, la intimidación y la neutralización individuales se vieron flanqueadas por aspectos de verdadera resocialización (Litz, 1883, p. 51).

Es importante aclarar que, en el panorama general, no existe una teoría “ganadora” del castigo, ya que la legitimidad de la sanción penal varía según el tipo de Estado (Marinucci, Dolcini, Gatta, 2018, p. 5). Las connotaciones que se perfilan en nuestra Carta Constitucional son las de un Estado social de Derecho, laico y pluralista. En materia penal, pues, lo que marcó una profunda novedad en Italia fue precisamente la elección realizada por la Asamblea Constituyente, ya que -está claro- quiso consagrar *expressis verbis* la directriz teleológica de la reeducación del condenado, estrechamente vinculada a la inspiración personalista y solidaria de nuestro Estado (Mongillo, 2009, p. 179). Es evidente, en efecto, que en un Estado social de Derecho la relación entre la autoridad y el individuo tiene un rostro completamente distinto al de un Estado autoritario o totalitario o al de un Estado confesional.

El Estado —al menos según la Carta Constitucional italiana— no puede utilizar la pena como mera disuasión, ni puede recurrir a ella para alcanzar fines trascendentes, que pertenecen a una esfera distinta de la de la convivencia civil (Dolcini,

2019, p. 17). La cuestión de cuáles son los fines legítimos de la pena, sin embargo, sigue siendo muy compleja y de permanente actualidad, también porque se ve afectada por las coyunturas sociales, así como por el sistema político-jurídico de referencia.

Tras los primeros intentos, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia constitucional, de frenar el impulso innovador del dictado constitucional, llegó a consolidarse un enfoque “sincretista”, que giraba en torno al concepto de polifuncionalidad de la pena (Mongillo, 2009, p. 179). Es precisamente esta teoría la que ha sido aceptada desde hace tiempo por el Tribunal Constitucional a través de una serie de sentencias (Vassalli, 1961, p. 296). Fundamentales en esta perspectiva han sido las sentencias sobre la cadena perpetua común, en las que el Tribunal afirmó que la finalidad reeducadora no es la única atribuible a la pena y que su incumplimiento, con referencia específica a determinados tipos penales, no podía justificar una declaración de inconstitucionalidad (Tribunal Constitucional, 12 de febrero de 1966, N° 12; Tribunal Constitucional, 22 de noviembre de 1974, N° 264). En las construcciones multifuncionales, la idea de reeducación es de suma importancia, porque no sólo se considera una piedra angular constitucional, sino también un logro de la civilización (Mongillo, 2009, p. 179). El proceso de reeducación se entiende como “un compromiso del Estado hacia el delincuente” (Palazzo, Viganò, 2018, p. 33).

Los últimos cuarenta años de jurisprudencia, sin embargo, han estado marcados por una lenta pero muy significativa evolución que, pasando de la concepción polifuncional de la pena en la perspectiva de una cautelosa transposición del fin reeducador, ha alcanzado progresivamente momentos de más amplia valorización de la misma, hasta llegar a calificar la reeducación del condenado como el principal fin ineludible de la propia pena. De ahí la superación de la teoría polifuncional de la pena y el inicio de la discusión sobre la afirmación de que su ejecución no es inhumana. La respuesta proviene, sin duda, de la afirmación más temprana de Cesare Beccaria, según la cual, para que la pena no sea pura violencia, debe ser el mínimo posible, es decir, lo absolutamente necesario para defender “el depósito de la salud pública” (Beccaria, 1981, p. 65). El castigo, en esta perspectiva, responde a los criterios de proporcionalidad y minimización del uso estatal de la violencia. Huelga decir que el castigo desproporcionado se convierte en prevaricación.

Así pues, es evidente que el principio de reeducación está estrechamente relacionado con el principio de humanidad de la pena y, por tanto, con el principio de proporcionalidad: se trata de una sinergia puesta en juego, por una parte, por el Tribunal Constitucional y, por otra, por el TEDH. Como es bien sabido, en efecto, el principio de humanidad de la pena se afirma no sólo en el apartado 3 del artículo 27 de la Constitución, sino también en el artículo 3° CEDH (TEDH, 6 de abril de 2000, Labita c. Italia, N° 119 y siguientes). El impulso dado por el Tribunal

de Estrasburgo a Italia fue dirigido a intervenir tanto sobre el contenido como sobre las modalidades ejecutivas de las penas de prisión, así como a reconsiderar la relación entre las penas de prisión y otras limitativas de la libertad personal. Todo ello, por supuesto, para garantizar unas condiciones de detención respetuosas con la dignidad humana. Precisamente los estándares mínimos de dignidad en la n.e de privación de libertad personal dentro del centro penitenciario representan un objetivo fundamental a alcanzar no sólo para evitar atropellos a la dignidad del detenido, sino también y, sobre todo, para aspirar a alcanzar la finalidad reeducadora. Nuestro Tribunal Constitucional, de hecho, ya cuando aún abrazaba la teoría polifuncional de la pena, reconocía que “el tratamiento penal inspirado en criterios de humanidad es necesario para una acción reeducadora del condenado” (Tribunal Constitucional, 4 de febrero de 1966, N° 12). Las condiciones de las cárceles italianas, sin embargo, no permiten confiar demasiado, es más, convierten las premisas constitucionales sobre el castigo en otra promesa incumplida. No en vano, la disminución del índice de hacinamiento —aunque registrada en el pasado, salvo un nuevo repunte en los últimos años— no se corresponde automáticamente con el respeto del artículo 3 CEDH (Pugiotto, 2016, p. 1204). A la luz de esto, surge que la capacidad reeducativa de la pena se ve a menudo limitada por las condiciones de incomodidad y sufrimiento del preso, tanto que es inútil pensar en acciones dirigidas a la reinserción social si antes no se crean las condiciones previas para salvaguardar la dignidad de los presos como personas.

Llegando, por último, a la relación entre la finalidad reeducadora de la pena y la “prisión dura”, el recluso del régimen del artículo 41 bis —lo hemos visto— vive en una condición excepcional en comparación con todos los demás reclusos: su peligrosidad social, en efecto, parece legitimar una suspensión del tratamiento penitenciario ordinario y éste tiene por objeto su neutralización. Sin embargo, cuando se mira sólo a la peligrosidad social, en lugar de a la persona, la pena corre el riesgo de perseguir sólo fines de prevención, dejando de lado la vía de la reeducación y la resocialización. Según la Constitución italiana, las penas, todas ellas, deben perseguir la reeducación del condenado, sea cual sea el delito que haya cometido. La Carta fundamental no permite que la detención tenga [exclusivamente] un carácter punitivo, preventivo o retributivo. El régimen penitenciario especial, además, no parece tener nada de reeducativo porque, en muchos aspectos, se basa en restricciones que parecen ser un acoso físico y psicológico contrario incluso a los convenios internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, imponer limitaciones muy estrictas a la posibilidad de leer libros o escuchar música, parece un instrumento meramente aflictivo, punitivo, sin ninguna función efectiva para la exclusión de vínculos con el mundo exterior y sin revelar ninguna capacidad reeducativa. Es más, en esta última perspectiva, estas actividades deberían ser promovidas.

VII. Conclusiones

La cadena perpetua y el régimen especial de detención en Italia están unidos —en la mayoría de los casos— por el hecho de que tienen su origen en delitos de delincuencia organizada, en particular de la mafia. El otro elemento que ambas instituciones tienen en común es su finalidad o, más bien, las razones que aparentemente las justifican. Por un lado, el carácter de la cadena perpetua, que en la práctica no permite salir de prisión ni siquiera después de muchas décadas, a menos que se haya cooperado con la justicia u otras condiciones cuya prueba es muy difícil, si no imposible, y, por otro lado, el régimen especial de detención, con sus afecciones y limitaciones muy penetrantes, encuentran su aparente razón de ser en el deseo del legislador de evitar que el recluso, si es puesto en libertad (en el caso de la revisión de la cadena perpetua) o desde dentro de la prisión (en el caso del régimen especial), reanude o continúe sus relaciones con organizaciones criminales. A esta racionalidad ‘sobre el papel’, capaz de superar una serie de censuras de constitucionalidad y de violación del CEDH, de hecho, es probable que se añada otra, con una cara menos presentable y, por tanto, no denunciada. La ‘cadena perpetua’ y la ‘prisión dura’, de hecho, en la práctica, se prestan bien a ser utilizadas como instrumentos para tratar de obtener la cooperación de los presos porque, si cooperan con la justicia, obtendrán la revisión de la cadena perpetua y/o el cese del régimen especial de detención.

Esta probable discrepancia entre la función aparente y la real, tanto de la cadena perpetua como del régimen penitenciario especial, surge, por ejemplo, de la consideración de que la colaboración con la justicia no es en sí misma garantía de ruptura de vínculos con la organización criminal, porque podría ser meramente instrumental para la obtención de beneficios penitenciarios. La discrepancia surge también de ciertas limitaciones derivadas del régimen especial del artículo 41 bis del Reglamento Penitenciario, que no parecen útiles para impedir la comunicación con el exterior y, en cambio, parecen tratamientos aflictivos que, en definitiva, sólo sirven para provocar un mayor “sufrimiento” y estimular así la cooperación con la justicia.

Si es cierto lo que ahora hemos puesto de manifiesto, es decir, que el objetivo real de la cadena perpetua y de la “prisión dura” en Italia no es tanto y sólo el que formalmente parece, sino el que la realidad demuestra. A saber, el de intentar obligar al recluso a cooperar con la justicia. Estas instituciones plantean considerables problemas de compatibilidad con muchos principios de la Constitución italiana y también del CEDH. De hecho, se trata de penas que pueden resultar desproporcionadas, especialmente aflictivas y que, en cualquier caso, no conservan nada de la finalidad reeducadora que el artículo 27 de la Constitución atribuye principalmente a la pena. Por otra parte, aunque se quisiera reconocer que la finalidad primordial de la cadena perpetua y de la “prisión dura” es la de especial prevención

y seguridad comprometida por la peligrosidad del reo, baste recordar aquí los versos escritos en la primera década del siglo XIX por Francisco de Goya al pie de dos de sus grabados: “tan bárbara la seguridad como el delito” (10) y “la seguridad del reo no exige tormento” (11).

VIII. Referencias

Ardita, S. (2007). *Il regime detentivo speciale 41-bis*. Giuffrè.

Beccaria, C. (1981). *Dei delitti e delle pene*. RCS Libri. (Trabajo original publicado en 1764).

Bernardi, S. (13 de diciembre de 2022). Il “regime ostativo” ex art. 4-bis ord. Pen. Dopo la conversione del d.l. 162/2022: il testo risultante dalla versione approvata dal senato il 13 dicembre 2022. *Sistema Penale*. <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/regime-ostativo-ex-art-4bis-dopo-la-conversione-dl-162-2022-il-testo-risultante-dalla-versione-approvata-dal-senato-il-13-dicembre-2022>

Bianchi, M. (2015). Poena sine fine. Sulla legittimità etica e costituzionale dell’ergastolo. *Cassazione Penale*, (10), 3822-3838.

Brucalè, M. (2019). Spes, ultima dea. En G. Brunelli, A. Pugiotto y P. Veronesi (Eds.), *Per sempre dietro le sbarre. L’ergastolo ostativo nel dialogo tra le corti* (pp. 49-55). Amicus Curiae.

Colella, A. (2011). La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e di trattamenti inhumanos e degradantes. *Diritto Penale Contemporaneo*.

Corvi, P. (2010). *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*. Cedam.

Corvi, P. (2013). La Tribunale costituzionale riafferma il diritto di difesa dei soggetti sottoposti al regime detentivo previsto dall’art. 41 bis o.p. *Diritto Penale e Processo*, XIX, 1189-1196.

De Cesare, L. (2019). Il possibile dialogo tra Tribunale costituzionale e Tribunale Edu sulla (il)legittimità dell’ergastolo ostativo. *Forum dei Quaderni Costituzionali*, (10), 83-88.

De Vito, F. (2 de noviembre de 2022). Finisce davvero il “fine pena mai”? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis. *Questione Giustizia*. <https://www.questionegiustizia.it/articolo/finisce-davvero-il-fine-pena-mai-riflessioni-e-interrogativi-sul-decreto-legge-che-riscrive-il-4-bis>

(10) “La custodia es tan bárbara como el delito”.

(11) “La custodia de un preso no require tortura”.

Dell’Andro, E. M. (2019). La collaborazione impossibile: i frutti avvelenati nei procedimenti di criminalità organizzata. *Giurisprudenza Italiana*, (4), 955-964.

Della Bella, A. (2012). *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?* Giuffrè.

Della Bella, A. (2016). *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali.* Giuffrè.

Dolcini, E. (2019). Collaborazione impossibile e ergastolo ostativo. *Forum dei Quaderni Costituzionali*, (10), 96-103.

Dolcini, E. (2019). Pena e costituzione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (1), 3-33.

Filippi, L. y Spangher G. (2007). *Manuale di diritto penitenziario annotato con la giurisprudenza.* Giuffrè.

Fiorentini, F. (2013). Regime penitenziario speciale del 41-bis e tutela dei diritti fondamentali. *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, (2), 187-201.

Galiani, D. (2019). Ora tocca ai giudici costituzionali. Il viaggio dell’ergastolo ostativo al capolinea. *Forum dei Quaderni Costituzionali*, (10), 113-122.

Grevi, V. (1984). Sulla configurabilità di una liberazione condizionale “anticipata” per i condannati all’ergastolo. *Foro Italiano*, (1), 19-30.

Guazzaloca, B. y Pavarini M. (1995). L’esecuzione penitenziaria. En F. Bricola y V. Zagrebelsky (Eds.), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (pp. 15-19). Utet.

Listz, F. V. (1962). *La teoria dello scopo nel diritto penale.* (Trad. A. A. Calvi). Giuffrè. (Trabajo original publicado en 1883).

Marini, M. (2022). Il regime dell’art. 41 bis ord. penit. Negli itinerari della giurisprudenza costituzionale. *Archivio Penale*, (2).

Marinucci, G., Dolcini E. y Gatta G. L. (2018). *Manuale di diritto penale, parte generale.* Giuffrè.

Minnella, C. (2004). La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. penit. e la sua applicazione nell’ordinamento italiano. *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, (3), 197-235.

Moccia, S. (1997). *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale.* Esi.

Mongillo, V. (2009). La finalidad rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future. *Critica del Diritto*, (1-4), 173-228.

Montagna, M. (2004). Il regime differenziato verso nuovi equilibri. *Diritto Penale e Processo*, (10), 1280-1294.

Musumeci, C. y Pugiotto A. (2016). *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*. Esi.

Nicosia, E. (2009). Il c.d. 41 bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (3), 124 -1273.

Palazzo, F. y Viganò F. (2018). *Diritto penale. Una conversazione*. Il Mulino.

Pugiotto, A. (2012). Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero perché l'ergastolo è incostituzionale. En F. Corleone y A. Pugiotto (Eds.), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere* (pp. 113-132). Futura Editrice. <https://sfera.unife.it/handle/11392/1728526>

Pugiotto, A. (2016). Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo, en *Diritto penale contemporaneo. Rivista Trimestrale*, (4), 17-35.

Pugiotto, A. (2016). La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (3), 1204-1229.

Pugiotto, A. (2022). Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita per la seconda volta. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (2), 761-771.

Riondato, S. (2017). Sub art. 22. En G. Forti, S. Seminara y G. Zuccalà (Coords.), *Commentario breve al codice penale*. Cedam.

Risicato, L. (2015). La pena perpetua tra crisi della finalidad rieducativa e tradimento del senso di umanità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (3), 1238-1258. <https://iris.unime.it/handle/11570/3091534>

Risicato, L. (2021). L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Tribunale cost., ordinanza n. 97/2021. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (2), 641-670. <https://iris.unime.it/handle/11570/3214224>

Siracusa, L. (2021). La "moralità" dell'ergastolo c.d. "ostativo" per i fatti di mafia. *Diritto penale contemporaneo. Rivista Trimestrale*, (1), 191-218.

Siracusano, F. (2022). Un ulteriore rinvio "aspettando Godot": l'intollerabile sopravvivenza dell'ergastolo ostativo. *Giurisprudenza Costituzionale*, (3), 1354-1364.

Travaglia Cicirello, T. (2014). Il regime carcerario speciale previsto dall'art. 41 bis ord. penit.: un difficile equilibrio tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela dei diritti del detenuto. *Giurisprudenza Italiana*, (6), 1493-1499.

Vassalli, G. (1961). Funzioni e insufficienze della pena. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (2), 296-338.

Fecha de recepción: 17-03-2025

Fecha de aceptación: 20-06-2025

