

Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable (*)

CARMEN JUANATEY DORADO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Alicante

A la memoria de Francisco Bueno Arús, con agradecimiento por la generosa ayuda que me brindó.

RESUMEN

El objetivo del trabajo es mostrar que la «cadena perpetua revisable» prevista en el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código penal (de abril de 2013) es incompatible con el fin de la reinserción social. Para ello se confronta el modelo de política criminal de la seguridad ciudadana (en el que se inserta la nueva institución) con el de la reinserción social característico del Estado de bienestar, y se expresa por qué este último (en el que no debe tener cabida dicha pena) es el único compatible con una sociedad democrática basada en los principios de humanidad y de igualdad.

Palabras clave: Cadena perpetua, reinserción social, política criminal, punitivismo, garantismo, Estado de bienestar.

(*) Parte de este trabajo lo he realizado durante mi estancia en el Center for Administration of Justice de la Florida International University (desde agosto de 2012 a noviembre de 2012). Agradezco a esta última institución las facilidades que me dio durante ese tiempo para trabajar en este y en otros proyectos. A la Generalitat Valenciana (Consellería de educación, formación y empleo. Dirección General de Universidad, Estudios superiores y Ciencia. Servicio de política científica) por haberme concedido una beca para estancias de personal investigador doctor fuera de la comunidad valenciana (Resolución de 12 de mayo de 2012). Y, por supuesto, a la Universidad de Alicante, Institución a la que, en último término, debo el haber podido disponer de ese tiempo.

ABSTRACT

The aim of this paper is to show that «life imprisonment» under the Draft Law amending the Criminal Code (April 2013) is not compatible with the purpose of the social reintegration of offenders. The argument compares the «law and order» criminal policy model underlying this kind of punishment with the social reintegration model, that is characteristic of the welfare State, and shows why the latter (in which life imprisonment should have no place) is the only one compatible with a democratic society based on the principles of humanity and equality.

Keywords: Life imprisonment, social reintegration, criminal policy, punitivism, safeguards theory, welfare State.

SUMARIO: I. Introducción. II. Dos modelos contrapuestos de política criminal: 1. El modelo penal de la seguridad ciudadana. 2. El modelo finlandés. III. La ejecución de penas privativas de libertad: modelo a seguir: 1. Introducción. 2. El modelo garantista de Ferrajoli en la fase de ejecución de penas privativas de libertad. 3. En defensa de un modelo orientado hacia la reinserción social. IV. Dos ideas contrapuestas: reinserción y prisión permanente revisable. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, son muchos los trabajos de especialistas en Derecho penal, en Derecho penitenciario y en Criminología que exponen su preocupación por la escalada de punitivismo que asola nuestro país y por el aumento incesante de la población penitenciaria (1). En los años de la transición se abrió en España una etapa progresista y humanitaria en el ámbito penal y penitenciario que se

(1) Entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-03, 2004; GRACIA MARTÍN, LUIS: «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho Penal del enemigo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-02, 2005; TAMARIT SUMALLA, J.: «Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-06, 2007; CID, J.: «El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 2, núm. 6 (2008); LARRAURI PIJOAN, E.: «La economía política del castigo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11-06, 2009; ROLDÁN BARBERO, H.: «El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-04, 2010; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I.: «Aumento de presos y Código penal. Una explicación insuficiente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-04, 2011.

plasmó en importantísimas reformas penales, como la operada por la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal, y la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979 (en adelante LOGP). Sin embargo, esa tendencia humanitaria se ha visto invertida en los últimos años, entre otras razones, por el endurecimiento de las penas que trajo consigo la aprobación del Código penal de 1995 (debido fundamentalmente a la supresión de la redención de penas por el trabajo) (2) pero, sobre todo, por las reformas del Código penal llevadas a cabo en el año 2003 (3). Estas últimas reformas han supuesto la apertura de grietas cada vez más amplias y profundas en el sistema penal de garantías que se había asentado en España en los años de la transición y en ellas se plasma de manera clara un trasfondo ideológico retribucionista contrario al principio de humanidad.

Un hito en este proceso regresivo lo constituye el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código penal, de 3 de abril de 2013 (en adelante ALOCP) (4). Este texto, introduce muchas propues-

(2) En este sentido se manifiesta el Grupo de Estudios de Política Criminal: *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución y a las medidas cautelares personales*, Málaga, 2005. Confirma el análisis del Grupo de Estudios de Política Criminal, CID, J.: «El incremento...», *ob. cit.*, pp. 1-6.

(3) Sobre estas reformas puede verse, MAQUEDA ABREU, M.: «Crítica a la reforma penal anunciada», en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, págs. 6-11; y «Políticas de Seguridad y Estado de Derecho», en Pérez Álvarez (coord.): *Serta: In Memoriam Alexandri Baratta*, 2004, pp. 1287-1298; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal», en *Revista Xuridica Galega*, núm. 38, 1.º trimestre, 2003, pp. 13-38; JUANATEY DORADO, C.: «La Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal», en *La Ley Penal*, núm. 9, 2004, pp. 5-30; GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, 2004; FARALDO CABANA, P.: «Un Derecho Penal de enemigos para integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003 de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en FARALDO CABANA, Puente Aba y Brandariz García (coords.): *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, pp. 299-340; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: «Contrarreforma penal (el annus horribilis de 2003) y el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2006», en Bueno Arús, Helmut Kury, Rodríguez Ramos y Zaffaroni (dirs.): *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006, pp. 1347-1382.

(4) Un comentario crítico al Anteproyecto de Ley Orgánica de octubre de 2012 que coincide, en lo sustancial, con el nuevo ALOCP, de abril de 2013, puede verse en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013; véase también DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y SÁEZ VALCÁRCEL, R., en «La reforma penal y el sueño de la razón», *El País* de 24 de abril de 2013.

tas de modificación que tienen un sentido inequívocamente reaccionario, como la supresión de funciones a los jueces de vigilancia penitenciaria (5) (quienes a lo largo de todos estos años han contribuido de forma decisiva a la protección de los derechos de los reclusos), la previsión de medidas de seguridad indeterminadas o –la que aquí me interesa especialmente– la llamada «prisión permanente revisable», instituto este último que –me parece– ningún político hubiese osado introducir durante los años de la transición (6).

¿Qué ha pasado en España para que se haya producido este cambio tan pronunciado de tendencia? Lo primero que cabría pensar, si se hiciese un análisis serio y objetivo de las cosas, es que ha tenido lugar una escalada de violencia o un incremento notable de la delincuencia que ha llevado a los expertos a la conclusión, seria y fundada en análisis empíricos, de que tal cambio se ha debido a un déficit en nuestro sistema de control formal y que, en consecuencia, la solución adecuada, según esos expertos, no puede ser otra que incrementar la intervención penal. Pero nada más lejos de la realidad. La situación que parecen mostrar los trabajos sobre la materia es que ni se ha producido ese aumento de la criminalidad, ni esa tendencia expansionista del Derecho penal parece deberse a un estudio de expertos que haya mostrado que una política criminal de mano dura es la mejor solución para resolver los problemas de delincuencia que puede haber hoy en España (7). Para-

(5) Por ejemplo, en relación con la autorización para la clasificación en tercer grado (artículo 36.1 ALOCP); o con la concesión de la libertad condicional y la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículos 90 y ss. ALOCP).

(6) Sobre las razones de política criminal que subyacen a la propuesta de introducción de la pena de «cadena perpetua», MAPELLI CAFFARENA, B.: «La cadena perpetua», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, abril 2010, pp. 28-31.

(7) Estados Unidos podría ser el ejemplo más claro de que esta política de mano dura, que utiliza la pena de prisión como único recurso frente a conductas que podrían ser sancionadas por medios mucho menos gravosos, no sólo no sirve para resolver los problemas de delincuencia, sino que está generando un grave problema de superpoblación penitenciaria. El ingente gasto público que este desbordado sistema penitenciario crea es, sin embargo, claramente insuficiente para atender a las necesidades de reinserción de las personas encarceladas, lo que significa que la mayoría de ellas saldrán de la prisión sin haber recibido tratamiento alguno de reinserción y sin ayuda alguna para tratar de reiniciar su vida en libertad. Tratar de luchar contra esta situación y de buscar soluciones a la misma es uno de los temas centrales que ocupan hoy a criminólogos y sociólogos en Estados Unidos. Por todos, puede verse, PETERSILIA, J.: *When prisoners come home: parole and prisoner reentry*, Oxford University Press, Oxford, 2003; SEITER, R., AND KADELA, K.: «Prisoner reentry: what works, what does not, and what is promising», en *Crime and Delinquency*, Vol. 49(3), July, 2003, pp. 360-388; TRAVIS, J.: *But they all come back: Facing the challenges of prisoner reentry*, Washington DC, The Urban Institute Press, 2005; THOMPSON, A.: «Releasing

lamente, lo que sí reflejan muchos de estos trabajos es el actual problema de superpoblación penitenciaria en España (8). Así, en las últimas décadas, la población penitenciaria ha experimentado un crecimiento notable y constante que tampoco guarda relación con la evolución de la tasa de la delincuencia, y que parece tener más que ver con el abuso de la pena de prisión y con esa política de mano dura (9).

Ese cambio de tendencia y esa fuerte inclinación hacia una política criminal cada vez más represiva parece responder más bien a una serie de factores que han derivado en lo que Díez Ripollés ha denominado «el nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana» (10).

A partir de este estado de cosas, lo que me propongo en este trabajo es defender, por un lado, que un modelo penal garantista, con un sistema penitenciario basado en el principio de reinserción social es, hoy por hoy, el modelo al que debería orientarse la política criminal en una

prisoners, redeeming communities: reentry, race, and politics», New York University Press, New York, 2008; TRAVIS, J., CRAYTON, A. AND MUKAMAL, D.: «A new era on inmate reentry», *Corrections today*, diciembre, 2009, pp. 38-41; GIDEON, L., AND SUNG, H.: *Rethinking corrections. Rehabilitation, Reentry and Reintegration*, Sage, 2010; DRAKULICH, K. CRUTCHFIELD, R., MATSUEDA, R., AND ROSE, K.: «Instability, Informal control, and criminogenic situations: community effects of returning prisoners», en *Crime Law and Social Change*, V. 57, 2012, pp. 493-519.

(8) En un análisis sobre la evolución cuantitativa de la población penitenciaria en España en el período comprendido entre 1975 y 2007, González Sánchez indica que el número de presos ha pasado de 23,59 por cada 100.000 habitantes en 1975 a una cifra de 148,45 por cada 100.000 habitantes en 2007; cifra que ha ido en aumento hasta el año 2009 (inclusive). Así, este autor señala que el uno de enero de 2010, con 162 presos por cada 100.000 habitantes, España se ha convertido en el país de la Europa Occidental con la mayor tasa de encarcelamiento (excluyendo Suiza y Luxemburgo), cuando tradicionalmente había sido de los países con una tasa más baja de población penitenciaria, en coherencia con su baja tasa de delitos y, en particular, de delitos violentos, en GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I.: «Aumento de presos...», *ob. cit.* pp. 04:1-04:5; también sobre el aumento anual constante de la población reclusa, ROLDÁN BARBERO, H.: «El uso...», *ob. cit.*, pp. 04:2-04:3. Asimismo, DÍEZ RIPOLLÉS y SÁEZ VALCÁRCCEL afirman que la duración media de la estancia en prisión en España duplica, al menos, la de los otros grandes países europeos, en *El País*, de 24 de abril de 2013. No obstante, de acuerdo con un informe de ACAIP, entre los años 2010 y 2012 (inclusive), la población reclusa parece haber experimentado un pequeño descenso, con un ligero repunte a comienzos de 2013, en www.acaip.es.

(9) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: «Algunos rasgos...», *ob. cit.* p. 17; DEL MISMO, «La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-12, 2011, pp. 12:03-12:04, en donde apunta que las tasas de encarcelamiento parecen ser más producto de decisiones político-criminales que reflejo de la criminalidad. Véase también; TAMARIT SUMALLA, J.: «Política Criminal con bases empíricas en España», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, núm. 3, 2007; y LARRAURI PJOAN, E.: «La economía...», *ob. cit.*, pp. 06:4-06:8.

(10) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: «El nuevo modelo...», *ob. cit.*, pp. 03:1-03:34.

sociedad que pretenda llamarse democrática y fundada en principios básicos como el de humanidad y el de igualdad. Y, por otro lado, que el fin de la reinserción social al que deben orientarse las penas y medidas privativas de libertad es incompatible con la prisión permanente revisable. La constitucionalidad de esta medida se ha defendido alegando su carácter revisable, pero es esta una tesis con la que no puedo estar de acuerdo: quienes hoy defienden la prisión permanente revisable no pueden defender en serio al mismo tiempo la idea de la reinserción social como fin de la pena; o, al menos, no para todos los condenados.

En las páginas que siguen presentaré un desarrollo de esta última tesis en varios pasos. En primer lugar, señalaré los rasgos característicos del modelo de política criminal que parece dominar hoy en España (aunque no entre los penalistas), lo que explicaría, en mi opinión, las reformas penales del año 2003 y las propuestas (regresivas) del ALOCP; en concreto, la introducción de la «prisión permanente revisable». En segundo lugar, y como contraposición al modelo anterior, me referiré brevemente al sistema político-criminal finlandés, basado en un sistema social de bienestar, con la finalidad de mostrar que una política criminal solidaria y humana permite, en términos generales, reducir el recurso a la pena de prisión, favoreciendo la reducción de la población penitenciaria, sin que ello tenga como consecuencia necesaria un incremento de la criminalidad. En tercer lugar, comentaré las líneas generales del modelo penal garantista que propone Ferrajoli en relación con la fase de ejecución de la pena privativa de libertad por contenerse en él, en mi opinión, la crítica más seria y profunda al sistema orientado hacia la reinserción social. Y, en cuarto y último lugar, expresaré las razones que me llevan a separarme en algunos aspectos de la propuesta de Ferrajoli y a defender un régimen de ejecución de la pena privativa de libertad orientado hacia la reinserción social, dentro de un modelo de política criminal fundado sobre un sistema de bienestar social semejante al finlandés, y en el que, desde luego, no tendrían cabida institutos como la «prisión permanente revisable» y, menos aún, la regulación concreta que prevé el ALOCP (11).

II. DOS MODELOS CONTRAPUESTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

1. El modelo penal de la seguridad ciudadana

Trabajos dedicados a analizar la problemática de la seguridad ciudadana en España nos muestran que no parece existir una necesaria

(11) Véanse los artículos 36.1, 76.1 e), 78 bis y 92 del ALOCP.

correlación entre el sentimiento de inseguridad y de miedo a ser víctima de un delito en la ciudadanía, y los niveles de delincuencia (12). En este sentido, un estudio existente (basado en encuestas de victimización), en el que se analiza la evolución de la delincuencia común en España entre los años 1989 y 2008, muestra una tasa de la criminalidad descendente y, sin embargo, un constante y notable aumento en la atención que los medios de comunicación dedican al delito. Esto último parece estar operando como un elemento esencial en el incremento de la sensación de inseguridad y en la preocupación por el problema de la delincuencia entre la población: la percepción de los ciudadanos es que la delincuencia ha aumentado cuando la realidad es que ha descendido (13).

Podría decirse que, en la actualidad, como indica Díez Ripollés, existe una generalizada sensación entre la población de que las cosas no funcionan en materia de prevención de la delincuencia y una falta de confianza en la capacidad de los poderes públicos para abordar esta situación, que es independiente de la evolución de la tasa de la criminalidad (14).

Y, como he apuntado, una circunstancia que parece ser decisiva en este fenómeno es que, en los últimos años, todo lo relacionado con la criminalidad ha adquirido un interés social, mediático y político

(12) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 1, núm. 4 (2006), p. 7; del mismo, «La dimensión...», *ob. cit.*, pp. 12:3-12:4; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Sistema de sanciones...», *ob. cit.*, pp. 06:18-06:22.

(13) GARCÍA ESPAÑA, E., DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., PÉREZ JIMÉNEZ, F., BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J. y CEREZO DOMÍNGUEZ, A.: «Evolución de la delincuencia en España: Análisis longitudinal con encuestas de victimización», *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 2, núm. 8, 2010, pp. 22-24. Para un amplio análisis sobre el tratamiento informativo de la criminalidad y su influencia sobre la percepción ciudadana de la misma, SOTO NAVARRO, S.: La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-09, 2005; GARCÍA ARÁN, M. y BOTELLA CORRAL, J.: (dirs.): *Medios de comunicación, Política criminal y garantías penales en España*, Valencia, 2008; VARONA GÓMEZ, Daniel: «Medios de comunicación y punitivismo», en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2011. Este mismo proceso es el que ha tenido lugar en EEUU, donde a partir de los años sesenta la «declaración de guerra» contra el crimen ha dado lugar a una desmedida atención de los medios de comunicación por todo lo relacionado con la delincuencia. Esto ha provocado un incremento del miedo a ser víctima de un delito entre la población y la creencia errónea de que la delincuencia ha ido en aumento, cuando la realidad es que en este país los delitos violentos han experimentado un descenso en las últimas décadas, en Pettit, B.: *Invisible men. Mass incarceration and the myth of black progress*, New York, 2012, pp. 34-50.

(14) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El nuevo modelo...», *ob. cit.*, p. 03:8; también en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Algunos rasgos...», *ob. cit.*, p.17.

inexistente en épocas anteriores (15). Los medios de comunicación han visto en el fenómeno de la delincuencia un fecundo elemento para cumplir objetivos políticos, ideológicos o simplemente lucrativos. Esto ha dado lugar a un uso desmedido de las noticias relacionadas con el fenómeno de la delincuencia, convirtiéndose en uno de los principales temas de atención mediática al que se dedican grandes titulares en la prensa, la radio y la televisión. Todo ello ha generado un aumento, sin fundamento real, en la preocupación y el miedo al delito, con la consiguiente demanda social de mayor intervención (16).

Esta situación ha desembocado en el modelo de política criminal al que antes he hecho referencia, denominado «modelo penal de la seguridad ciudadana», que ha sido descrito magníficamente por Díez Ripollés (17). Siguiendo a este autor, los rasgos característicos de este modelo serían, muy sintéticamente, los siguientes:

En primer lugar, el sentir de la opinión pública, la demanda popular, ha pasado a ser un elemento de primer orden en la toma de decisiones legislativas. Los políticos han de mostrar una clara disposición a reaccionar frente a cualquier problema social tipificando nuevos delitos o agravando los ya existentes.

Lo que parece primar es una aproximación simplista y sin matices al problema de la delincuencia, que ve la solución en un incremento de las penas y en una política de mano dura, sin tener en cuenta los múltiples factores sociales y personales que intervienen en este fenómeno, y sobre los que habría que actuar. Se aborda el problema a partir de los síntomas sin atender a las causas.

En segundo lugar, en este contexto, las garantías penales, los principios constitucionales del Derecho penal, tienden a verse como un privilegio para el delincuente y no como una garantía para todos frente

(15) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Algunos rasgos...», *ob. cit.*, p. 1.

(16) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El nuevo modelo...», *ob. cit.*, p. 03:25. Sobre el tema, con un enfoque sobre el papel que en este contexto social de demanda de mayor intervención penal deben jugar las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, VIDALES RODRIGUEZ, C.: «Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales», en *Estudios penales y criminológicos*, V. XXXII, 2012, pp. 469-502. Sin embargo, una investigación sobre la actitud de los ciudadanos hacia la delincuencia juvenil cuestiona que exista, en este concreto ámbito, una demanda de mayor intervención penal, aunque en ocasiones ante hechos violentos sí se reclame un mayor rigor punitivo, en FERNÁNDEZ MOLINA, E. y TARANCÓN GÓMEZ, P.: «Populismo punitivo y delincuencia juvenil: mito o realidad», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-08, 2010.

(17) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El nuevo modelo...», *ob. cit.*, p. 03:34. Para un análisis en profundidad sobre las líneas características de esta orientación de la política criminal puede verse, GARLAND, D.: *The culture of control*, The University of Chicago Press, 2001.

a posibles excesos de los poderes públicos. Los ciudadanos no se sienten concernidos por esos posibles excesos en la intervención punitiva. En general, las decisiones en el campo represivo son decisiones que afectan a «terceros»: los delincuentes.

La sociedad no se siente responsable, se renuncia al análisis sobre las causas estructurales de la delincuencia. La imagen del delincuente ya no es la de una persona con posibles deficiencias en su proceso de socialización, sino la de alguien que voluntaria y arbitrariamente ha decidido autoexcluirse de la sociedad.

El modelo penal garantista vigente en España desde la reinstauración de la democracia atraviesa un mal momento debido, en parte, a la exacerbación del modelo y, en parte, a la actitud de muchos de los penalistas que, involucrados en profundos –y en ocasiones estériles– debates teóricos, se han mantenido ajenos a la realidad empírica.

En consecuencia, la orientación de las penas de privación de libertad hacia la reinserción, con los consiguientes posibles beneficios o mejoras en la forma de ejecución de la pena para el condenado, no encuentra ya justificación en la posible responsabilidad social y, por tanto, deja de verse como un derecho del condenado y como un beneficio para la sociedad, para pasar a considerarse un agravio hacia las víctimas y un beneficio injustificado para el delincuente.

En tercer lugar, en este contexto de simplificación del tratamiento de la delincuencia, los agentes sociales encargados de la toma de decisiones en el ámbito penal han caído en el descrédito. Los políticos no se perciben como los representantes del pueblo que persiguen el interés general, sino su propio interés o el de su partido [de acuerdo con el barómetro del CIS de enero de 2013, la clase política figuró como la tercera preocupación de los ciudadanos tras el paro y los problemas económicos (18)]. Los jueces tienden a verse como un colectivo no imparcial en el tratamiento de la delincuencia y que toma decisiones alejadas del sentido común o demasiado benevolentes. Y los funcionarios de prisiones, como trabajadores al servicio de los presos.

En cuarto y último lugar, frente al papel neutral de la víctima en el ámbito de la intervención penal, en el que la protección de sus intereses se lleva a cabo en la medida en que la lesión de los mismos representa un perjuicio para la sociedad, las víctimas han pasado a ocupar

(18) Según el barómetro del CIS de enero de 2013, la preocupación por la nefasta actuación de los políticos batió su record histórico al alcanzar la marca más alta de toda la democracia, ya que sumó quince meses consecutivos como tercera preocupación nacional, por delante de la corrupción y el fraude que ocuparon el cuarto lugar. En el barómetro de abril de 2013, pasó ya a ocupar el cuarto lugar tras la corrupción, los problemas de índole económica y el paro.

un lugar preeminente en el debate de política criminal. De manera que la víctima, cuyo fin es la satisfacción de sus propios intereses afectados por el delito, asume la tarea de abordar el complejo problema de la delincuencia (19).

Parece claro que este modelo, para el que el problema de la delincuencia se resuelve con un incremento de penas y una política de mano dura, y en el que la idea de reinserción, como fin al que ha de orientarse la pena de prisión, queda totalmente desacreditada, no sólo no es el modelo a seguir, sino que es el modelo a batir. No es este un modelo caracterizado por los principios de humanidad y de solidaridad, sino por un fuerte individualismo en lo social y en lo económico propio de una política neoliberal y contrario al estado del bienestar.

2. El modelo finlandés

Como contraposición al modelo anterior, Lappi Seppälä, un conocido criminólogo finlandés, describe cómo en su país, en los años cincuenta, se llevó a cabo una profunda reforma social y política, inspirada en los principios de solidaridad y de asistencia, característicos de la política criminal escandinava (20), que permitió pasar de un

(19) En España, en los últimos años, hemos tenido conocimiento a través de los medios de comunicación de la entrevista concedida por el presidente del gobierno al padre de una víctima quien le hizo entrega de 500.000 firmas solicitando un incremento de penas para los casos de pederastia y la introducción de la cadena perpetua (*El País*, de 26 de mayo de 2008); así como de la designación, por un determinado partido político, de ese mismo padre, lego en Derecho, como asesor en temas de justicia (*El País*, de 15 de marzo de 2010). Igualmente, en mayo de 2012, los medios de comunicación informaron de la entrevista concedida por el ministro de justicia al padre de una víctima quien previamente había criticado la decisión del gobierno de no introducir la prisión permanente revisable para los delitos sexuales (*El País*, de 14 de mayo de 2010).

(20) Como señala Lappi Seppälä, los países nórdicos se distinguen de otros muchos países, europeos y no europeos, tanto en términos de estabilidad como de indulgencia o clemencia de la política penal, y su política criminal se ha construido sobre la base del cumplimiento de las normas por razones de legitimidad y aceptación, más que de temor y disuasión. De hecho, durante casi cinco décadas, el índice de reclusos se ha mantenido dentro de una horquilla de entre 40 y 60 presos por cada 100.000 habitantes, en LAPPI SEPPÄLÄ, T.: «Confianza, Bienestar y Economía Política. Explicación de las diferencias en materia de Política Criminal», en *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas. Nuevos estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2008, p. 336; y en «Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos», en *Cuadernos de Política Criminal*, segunda época, núm. 90, 2006, p. 155.

sistema penal altamente represivo con una población penitenciaria, en ese momento de las más altas de la Europa occidental, a un sistema penal mucho más laxo, caracterizado por una notable limitación del recurso a la pena de prisión, mediante el uso de penas alternativas, con lo que se logró reducir la población penitenciaria hasta llegar a una cifra que está entre las más bajas de Europa (21).

El cambio en ese país tuvo obviamente mucho que ver con cambios estructurales de carácter económico, político y social, y con factores culturales e ideológicos, que permitieron que Finlandia pasase a ser un país basado en un sistema de bienestar social. De hecho, el período de liberación penal en Finlandia coincidió con su incorporación al sistema nórdico de Estado del bienestar, lo que, a juicio de este autor finlandés, confirma la hipótesis de Garland sobre la existencia de una estrecha relación entre seguridad económico-social y solidaridad garantizada por un Estado del bienestar y un bajo nivel de represión penal.

Entre los factores que influyeron de manera decisiva en ese cambio de política criminal (contraria, por cierto, a la dominante en la mayor parte de los países europeos durante los años 80 y 90), Lappi Seppälä destaca los siguientes:

1. La falta de confianza en la eficacia de la pena de prisión, reforzada por una amplia información, procedente de investigaciones criminológicas, sobre los nefastos efectos del encarcelamiento en la vida futura de los reclusos.

2. La creencia dominante de que el delito es un problema social que debe ser reducido a través de reformas sociales más que por medio de medidas represivas.

3. El hecho de que el control de la delincuencia nunca ha sido un tema prioritario en las campañas electorales en Finlandia. Durante ese período, la «política criminal racional y humana» fue el slogan oficial de la política criminal finlandesa.

4. El hecho de que los finlandeses no se dejan llevar por el populismo y los medios de comunicación no utilizan en su beneficio el problema de la delincuencia.

5. La circunstancia de que la política criminal finlandesa es una política esencialmente orientada por expertos. Las reformas legales se elaboraron por profesionales especialistas y se llevaron a cabo

(21) LAPPI SEPPÄLÄ, T.: «Política criminal...», *ob. cit.*, pp. 121-123; y en «Confianza, Bienestar...», *ob. cit.*, p. 337. Véase también, TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Sistema de sanciones...», *ob. cit.*, pp. 06:35-06-38.

mediante un permanente contacto entre políticos, funcionarios y académicos.

6. La circunstancia de que el proceso de toma de decisiones legislativas ofrece pocas tentaciones políticas hacia el populismo y el punitivismo (el consenso político y la consistencia son dos valores que han ayudado al cambio; el bipartidismo –afirma el autor– es más proclive a episodios de populismo en Derecho penal y a cortos periodos políticos orientados a legislar penalmente según el caso) (22).

Este modelo que, dentro del mundo occidental, se situaría en el extremo opuesto al modelo penal de la seguridad ciudadana (este último dominante hoy en países como Estados Unidos), es al que, pese a las circunstancias sociales, económicas y políticas actuales, debemos aspirar (23). Pero, en todo caso, lo que tiene interés también destacar aquí es que ese cambio tan profundo que tiene lugar en la política criminal finlandesa hacia un sistema menos represivo, y que redujo la población penitenciaria de forma tan considerable, no supuso cambios en la evolución de los niveles de delincuencia. El estudio de Seppälä confirma la tesis de que las tasas de delincuencia y de encarcelamiento son independientes entre sí, de forma que una y otra aumentan o disminuyen conforme a propios factores y explicaciones (24).

En resumen, lo que este autor trata de mostrar es que la represión penal parece estar asociada más bien a factores como los siguientes: sentimientos sociales tales como el miedo al delito, la falta de confianza en el sistema legal, la escasez de recursos sociales, las desigualdades socio-económicas, las estructuras políticas y las culturas legales: «a mayor confianza en el sistema, menor es la tasa de población penitenciaria, y viceversa» (25).

En definitiva, una política menos represiva no significa necesariamente un incremento de las tasas de delincuencia y puede contribuir a disminuir la población penitenciaria.

(22) LAPPI SEPPÄLÄ, T.: «Política criminal...», *ob. cit.*, pp. 128-129.

(23) No obstante, a pesar de las características generales del sistema penal finlandés, este país cuenta entre sus penas con una modalidad de cadena perpetua revisable, si bien con una regulación mucho menos severa que la prevista en el ALOCP. Sobre el porcentaje de condenados a cadena perpetua en este y en otros países europeos, GRIFFIN, D., O'DONNELL, I.: «The life sentence and parole», en *The British Journal of Criminology*, vol. 52(3), 2012, p. 612.

(24) LAPPI SEPPÄLÄ, T.: «Política criminal...», *ob. cit.*, p. 127; y «Confianza, Bienestar...», *ob. cit.*, p. 347.

(25) *Ibid.*, pp. 134-135.

III. LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: MODELO A SEGUIR

1. Introducción

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, desde mi punto de vista, quienes de una u otra forma trabajamos en el ámbito del sistema penal y penitenciario tenemos la obligación moral de luchar contra ese modelo penal de la seguridad ciudadana. A pesar de la actual situación económica y social de nuestro país, no deberíamos dejar de aspirar a un modelo como el finlandés, basado en un sistema de bienestar social, aunque precisamente en este momento estemos asistiendo a la destrucción de muchos de los aspectos del estado del bienestar que se habían ido alcanzando a partir de los años de la transición (26). Y, en el contexto de una política criminal de tales características, la línea a seguir, aunque con algunas matizaciones, sería la marcada por Ferrajoli en su modelo garantista del Derecho penal, a fin de proteger las libertades públicas y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Creo que puede decirse que, en su extraordinaria obra *Derecho y Razón*, Ferrajoli sienta las bases de lo que debería ser el Derecho Penal de todo país que quiera denominarse civilizado. Ahora bien, desde mi punto de vista, algunas de sus propuestas en lo que atañe a la

(26) Aunque ya desde hace tiempo se viene hablando del desmantelamiento del Estado del bienestar (véase, por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El nuevo modelo...», *ob. cit.*, pp. 03:27-03:28), lamentablemente, en estos momentos estamos asistiendo al mayor embate al sistema social de bienestar español de toda la democracia. Como apunta Joaquín Estefanía, «mientras que los indicadores básicos de desigualdad apenas han cambiado para el promedio de la Unión Europea desde 2007, España está sufriendo un aumento extraordinario de las diferencias económicas entre los hogares. El nivel de concentración de las rentas de capital es de los mayores en la UE y hay una alta incidencia de las políticas de ajuste sobre todo en las rentas del trabajo de bajos salarios», en «Ningún hombre es una isla», *El País*, de 4 de febrero de 2013. Igualmente, Luis Ayala hablando de la situación económica de España afirma que esta presenta ciertas peculiaridades en el contexto de la UE que la hacen única: «primera, que el mayor ajuste se está produciendo en las rentas de hogares con menos recursos; segunda, que los incrementos transitorios de la pobreza y la desigualdad tienden a convertirse en crónicos a largo plazo; y tercera, que frente al aserto habitual de que el bienestar social se recuperará si lo hacen la actividad económica y el empleo, los datos son contundentes: las estimaciones de la relación entre el ciclo económico y la pobreza muestran una acusada asimetría en la respuesta de esta a las recesiones y las expansiones, siendo mucho más sensibles a las primeras. Por tanto, volver a altas tasas de crecimiento de la economía española no garantiza que los problemas económicos de un segmento importante de la sociedad de española vayan a reducirse drásticamente», en «Las consecuencias de la austeridad», *El País*, de 10 de mayo de 2012.

fase de ejecución de las penas privativas de libertad deben ser objeto de alguna matización. Esto es, creo que lo que debemos propugnar es, precisamente, un modelo garantista como el diseñado por Ferrajoli, pero quizás no exactamente en el sentido por él defendido, sino en el que la pena de prisión se oriente hacia la reinserción social (en este aspecto, pero no en otros, me aparto del modelo de este autor).

A continuación, paso a exponer un breve resumen de las propuestas de Ferrajoli en relación con el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad y seguidamente comentaré cuáles son las diferencias que me separan de lo defendido por este autor.

2. El modelo garantista de Ferrajoli en la fase de ejecución de penas privativas de libertad

Ferrajoli, en su programa de minimización del Derecho Penal, al referirse a la fase de ejecución de la pena de privación de libertad, rechaza un sistema de cumplimiento flexible basado en la idea del tratamiento. Ferrajoli se hace las siguientes preguntas:

«¿Es legítima la modificación de la duración de la pena en sede de ejecución? ¿Es lícito a la administración penitenciaria, o incluso al juez de ejecución, reducir o aumentar la pena conforme a los resultados del tratamiento? ¿Cuál es en efecto la función de un sistema penal escindido, que prevé y dispone penas severas en sede legal y judicial para más tarde desmentirlas con una serie de indulgencias dispensadas discrecional y sistemáticamente en sede de ejecución administrativa?» (27)

A estas preguntas Ferrajoli responde básicamente lo siguiente:

No es legítima la modificación de la pena en sede de ejecución en atención a los resultados del tratamiento. Tal sistema resulta contrario a los principios de legalidad, de certeza y de igualdad.

La pena en un modelo basado en el tratamiento cumple dos finalidades inconfesadas:

Una función ejemplar: que se asigna a la pena impuesta y precisamente a la parte de la pena que excede de la que realmente se va a cumplir. Se imponen penas severas que no «deben», sino que simplemente «pueden» ser cumplidas.

(27) FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 6.^a ed., Madrid, 2004, pp. 406-407

Y una función de corrección del reo en sentido disciplinario. Los beneficios penitenciarios y las reducciones de pena se condicionan a la «buena conducta», a la «ausencia de peligrosidad», al «arrepentimiento», o a juicios de valor semejantes que son inverificables e irrefutables. La autoridad juzga directamente la interioridad de las personas. Se condiciona la reducción de la condena o las mejoras en las condiciones de cumplimiento al sometimiento moral del interno (28). Dice textualmente Ferrajoli: «el preso que desee acogerse a los beneficios deberá ofrecer cotidianamente las pruebas de su sensibilidad y disponibilidad al tratamiento, hasta que su personalidad sea juzgada meritoria» (29).

El condenado, una vez en prisión, no tiene una pena cierta que cumplir, sino un mañana incierto que deberá contratar día a día con los órganos encargados de la ejecución, lo que, en su opinión, y cito textualmente: «se confiere así a estos órganos un poder inmenso e incontrolado: la pena cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución, no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas, de las que difiere solamente porque el arbitrio, en lugar de agotarse en el acto de su irrogación, se prorroga durante todo el curso de su aplicación» (30). Y continúa el autor: «por más dotados de humanidad y de sabiduría que puedan estar los jueces de vigilancia penitenciaria, es el objeto y la naturaleza de sus decisiones lo que hace que su función no sea jurisdiccional sino administrativa. La autoridad que dispensa o que niega un beneficio penal, de cualquier modo que se la llame, no comprueba hechos en régimen de contradicción y publicidad, sino que valora y juzga directamente la interioridad de las personas...la «ausencia de peligrosidad», su «buena conducta», su arrepentimiento sobrevenido» o sobre otras valoraciones análogas inverificables e irrefutables por su naturaleza. Es este poder ilimitado el que hace liberticida y total a la institución carcelaria: porque reduce a la persona a cosa, poniéndola completamente en manos de otro hombre y lesionando con ello su dignidad, sea quien fuere, incluso el más sabio y honesto, el que debe decidir» (31). Además, se trata –afirma Ferrajoli– de un mecanismo perverso, pues este sistema flexible es percibido por los internos como algo positivo (32).

(28) *Ibid.*, pp. 407-409.

(29) *Ibid.*, p. 408.

(30) *Ibid.*, p. 408.

(31) *Ibid.*, pp. 408-409.

(32) *Ibid.*, p. 409.

En su opinión, la pena debe ser proporcional al delito cometido y no puede variar en función de la buena conducta del condenado o de variables semejantes. De acuerdo con ello, propone la transformación en derechos de todos los beneficios penitenciarios que son concedidos como premios (33). La certeza de la pena (dentro de su programa de minimización del Derecho penal) es la mayor garantía para el condenado. Una pena cierta e infalible –afirma– tiene mayor eficacia disuasoria que una pena incierta y, por ello, puede ser bastante más benigna.

En definitiva, en su sistema garantista, el fin de la pena no puede ser mejorar al condenado.

3. En defensa de un modelo orientado hacia la reinserción social

Pues bien, como decía, en mi opinión y a diferencia de la propuesta de Ferrajoli, quien rechaza toda posibilidad de modificación de la duración de la pena o de las condiciones de su cumplimiento en atención a la evolución en el tratamiento, el modelo a defender debe ser un modelo basado en la idea de la reinserción social, dentro de un programa de minimización del Derecho Penal, como el que este autor propone, que reduzca el recurso a la pena de prisión, limite, en su caso, su excesiva duración, y en el que quede proscrita la sentencia indeterminada. De hecho, en gran medida, las críticas de Ferrajoli a un sistema orientado hacia la reinserción social parecen centrarse, sobre todo, en el contexto de un modelo de sentencia indeterminada. En este aspecto, la introducción de la prisión permanente «revisable» supone la aceptación de un sistema de sentencia indeterminada que rompe uno de los pilares básicos sobre los que debe asentarse, en mi opinión, un modelo orientado hacia la reinserción social (34). Sólo

(33) Esta propuesta se enmarca dentro de una más amplia que incluiría la determinación de la *pena mínima necesaria* en sede legislativa y jurisdiccional, la supresión de la cadena perpetua, la reducción de las demás penas privativas de libertad en orden a su progresiva desaparición y, fundamentalmente, la previsión de las medidas alternativas como penas directamente irrogables por la condena (*ibid.*, p. 410). Junto a ello sugiere la reducción de la duración máxima de la pena privativa de libertad a corto plazo a 10 años y, quizás, a medio plazo, a un tiempo menor (p. 414).

(34) En esta línea, el Consejo General del Poder Judicial ha afirmado que la pena de prisión permanente revisable se presenta como una simple pena de prisión sometida a condiciones especialmente duras para acceder a la suspensión de la ejecución de la condena, a la libertad condicional, al tercer grado y a los permisos de salida, pero lo que oculta el Anteproyecto es que se trata de una auténtica pena de prisión a perpetuidad sometida a revisión obligatoria y a especiales requisitos en cuanto a la suspensión de su ejecución, libertad condicional, etc., lo que supone, en

dentro de un contexto penal de sentencia determinada, con un máximo irrenunciable –que debería mantenerse dentro de ciertos límites razonables, entre 10 y 15 años de prisión (35)– es posible defender y legitimar un modelo orientado hacia la reinserción social.

En síntesis, a mi juicio, la posición de Ferrajoli podría ser matizada en el siguiente sentido:

En primer lugar, un sistema de cumplimiento de la pena de prisión de carácter flexible, como el que establece nuestra legislación penitenciaria, no es necesariamente despótico. El poder de los órganos de ejecución no es ilimitado si los mecanismos que permiten reducir la duración de la condena –en nuestro sistema penitenciario vigente únicamente contamos con el indulto particular (36)– o bien modificar las

opinión del Consejo, una técnica legislativa inadmisibles en la legislación penal, contraria al principio de seguridad jurídica y a la mayor taxatividad posible para evitar precisamente, ámbitos de incertidumbre, inconcreción y, en suma, de inseguridad jurídica. En coherencia con ello, considera conveniente adecuar la regulación de esta pena al principio de legalidad del artículo 25.1 CE y a la consecuente garantía de previsibilidad de las sanciones ínsita en dicho mandato, de forma que quede nítidamente reflejado el contenido esencial de la pena, más allá de los beneficios penales y penitenciarios de los que el penado pueda ser acreedor, en *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código penal*, de octubre de 2012, p. 40. Aunque este informe se refiere a un Anteproyecto anterior, los argumentos del Consejo son igualmente válidos respecto del nuevo ALOCP, de abril de 2013.

(35) En este sentido se manifiesta la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal que sugiere un límite máximo de 10 años, ampliable hasta 15 años en el supuesto de subida de grado de la pena, en «Una alternativa...», *ob. cit.*, p. 38. Cierda Riezu apunta que «por encima de los quince años de privación de libertad, diversas Resoluciones y Recomendaciones del Consejo de Europa advierten de los efectos nefastos sobre el recluso y su entorno. El Comité europeo para la prevención de la tortura señala que estos reclusos se institucionalizan, pueden quedar afectados por una serie de problemas psicológicos (como la pérdida de la autoestima y el deterioro de las capacidades sociales) y tienden a despegarse cada vez más de la sociedad hacia la que la mayor parte de ellos acabarán por volver», en CUERDA RIEZU, A.: «Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión», *Otrosí*, núm. 12, 2012, p. 32; del mismo, con referencia a muchos de los autores que defienden ese límite de quince años, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Barcelona, 2011, pp. 95-96.

(36) El beneficio penitenciario de redención de penas por el trabajo, que permite el acortamiento de la condena, es ya legislación derogada que se aplica únicamente a aquellos condenados con arreglo al Código penal anterior a los que beneficia este texto legal. Sobre este beneficio puede verse, BUENO ARÚS, F.: *La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1975; del mismo: «De nuevo sobre la redención de penas por el trabajo», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, 1982, pp. 429-439; JUANATEY DORADO, C.: «Criterios reguladores de la concesión y pérdida de la redención de penas por el

condiciones de cumplimiento están debidamente regulados y las decisiones sobre su aplicación deben ser motivadas y están sujetas a revisión por órganos judiciales. En todo caso, dentro de un contexto de minimización del Derecho Penal, quizás los beneficios penitenciarios deberían limitarse a aquellos que permiten modificar las condiciones de cumplimiento, eliminando los que puedan suponer acortamiento de condena. De esta forma, el poder de los órganos de ejecución se mantendría dentro de los límites de la pena impuesta en sede judicial y sus facultades quedarían restringidas a las propuestas de modificación de la forma de cumplimiento.

En segundo lugar, discrecionalidad no significa arbitrariedad (37). La interdicción de la arbitrariedad de los órganos de ejecución debe ser controlada a través de un sistema de quejas y recursos que permitan al interno recurrir contra las decisiones que considere arbitrarias e injustificadas. En este orden de cosas, en España existe ya una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, fruto de la resolución de numerosos recursos de amparo interpuestos por internos en centros penitenciarios, a través de la cual el alto Tribunal ha ido estableciendo una doctrina general dirigida a garantizar los derechos de los reclusos frente a la actuación de los órganos de ejecución penitenciaria.

En tercer lugar, como he indicado más arriba, un sistema que establezca, por un lado, un límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión dentro de límites razonables –este no sería hoy el caso de España (38) y, menos aún, si se introduce la prisión permanente revisable– y, por otro lado, un sistema en el que los mecanismos de flexibilización estén reglados y las decisiones sobre su aplicación sometidas a un procedimiento de revisión, me parece que garantiza suficientemente los derechos de los reclusos, frente a posibles abusos y no tiene por qué significar el sometimiento moral del interno.

Además, el tratamiento, como mecanismo a través del cual se pretende alcanzar la reinserción social, ha de ser voluntario (39) y debe

trabajo», en *Poder Judicial*, núm. 3 (monográfico sobre Vigilancia Penitenciaria), 1988, pp. 93-112.

(37) Sobre la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad, véase, por todos, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2.ª edic. 1997; LIFANTE VIDAL, I.: «Dos conceptos de discrecionalidad», en *Doxa*, núm. 25, 2002.

(38) Aunque hoy en España el máximo de cumplimiento de la pena de prisión es, como regla general, de 20 años, este límite máximo admite excepciones que, tras las reformas de 2003, podría llegar, en algunos casos, a cuarenta años de prisión (art. 76 Cp).

(39) Así lo ha entendido, en nuestro país, el Tribunal Constitucional (SSTC 75/1998, de 31 de marzo FJ 2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; y 194/2002, de 28 de octubre, FJ 9, entre otras).

centrarse fundamentalmente en la idea de reinserción social, más que en la idea de reeducación. Esta misma línea es la indicada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (40). Se trata de un modelo más realista y moderado, cuyo objetivo ha de ser contrarrestar los efectos negativos de la prisión y, en la medida de lo posible, ofrecer al interno la posibilidad de mejorar sus capacidades, por medio de la formación laboral, educativa, cultural, deportiva, etc., quedando proscritos aquellos tratamientos que puedan suponer un atentado contra la dignidad del recluso.

En cuarto y último lugar, los beneficios penitenciarios, los permisos, el régimen de semilibertad o la libertad condicional, han de ser concebidos como derechos, pero en un sentido –por así decirlo– débil, esto es, su concesión no puede ser automática a todos los reclusos, sino dependiente de ciertas variables como la peligrosidad, el sentido de responsabilidad individual y social, la satisfacción de la responsabilidad civil, etc. Aunque estas variables no son, en su mayor parte, verificables, las decisiones sobre tales institutos deben ser motivadas y han de estar sometidas al control judicial lo que limita la posible arbitrariedad. El riesgo de arbitrariedad es, lamentablemente, inevitable, cuando se trata de tomar decisiones en relación con la conducta humana. Por esa razón, del mismo modo que, como admite Ferrajoli, en sede judicial el juez o tribunal, por razones de equidad, ha de tener cierto margen de discrecionalidad a la hora de determinar la pena (41) y ha de valorar aspectos como la intención o la gravedad

(40) Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre las reglas penitenciarias europeas (1) (adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952.ª Reunión de Delegados de Ministros). Sobre este documento puede verse, MAPPELLI CAFFARENA, B.: «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006.

(41) En este orden de cosas, es interesante constatar cómo Ferrajoli admite que los jueces, en su función de determinación de la pena (a su juicio, los jueces únicamente deben determinar la cantidad de pena, pero no la calidad de la misma, función que ha de corresponder en exclusiva al legislador), inevitablemente han de recurrir a juicios de valor, basados en referencias empíricas: los juicios de «gravedad» o «levedad» de un hecho suponen siempre valoraciones subjetivas no verificables ni refutables. Estos juicios de valor son, en su opinión, los que forman la discrecionalidad fisiológica de la comprensión judicial y sobre ellos sería vano pretender controles ciertos y objetivos, por lo que propone dos órdenes de indicaciones, en el método y en el contenido. En el plano del *método* los juicios no pueden ser sobreentendidos, sino explícitos y motivados con argumentaciones pertinentes que evidencien las inevitables premisas valorativas de los mismos (entre ellas, la de «indulgencia» y la «simpatía»). En cuanto al contenido, la función judicial no puede tener otros fines que la justicia del caso concreto: el juez no puede proponer finalidades de prevención general que

del hecho que no son verificables, durante el cumplimiento de la pena, los órganos de ejecución han de gozar de cierta discrecionalidad que les permita atender a los diversos factores que intervienen en el comportamiento humano.

De hecho, aunque el juez pueda tratar de determinar la pena más adecuada al caso, no es posible ajustar una pena exacta de la que pueda decirse que sea la «justa» y «equitativa» en el supuesto concreto. Cierta flexibilidad durante la ejecución permite también ir adaptando el castigo a la evolución de determinadas circunstancias individuales que, en muchos casos, no se han podido tener en cuenta por el juez a la hora de fijar la pena y que, sin embargo, han tenido que ver, de forma directa o indirecta, en su comisión (marginación social, desestructuración familiar, carencias de formación educativa y/o laboral, etc.). La actividad reglada y controlada de los órganos de ejecución permitirá de este modo completar una comprensión equitativa del comportamiento delictivo, teniendo en cuenta múltiples factores que difícilmente pueden ser apreciados en el momento de la actividad de juzgar.

En definitiva, en términos generales, y en defensa de un sistema penitenciario como el español que orienta el cumplimiento de la pena hacia la reinserción social, cabría añadir lo siguiente:

Primero. Algunas de las críticas que se han dirigido al modelo basado en la idea de la reinserción social no son en realidad críticas que respondan a defectos del modelo, sino a deficiencias de los sistemas penales en los que se aplica o se ha aplicado, caracterizados por el abuso de la pena de prisión, la consiguiente superpoblación penitenciaria y la falta de medios, que dificultan enormemente la labor de los agentes encargados de realizar las tareas de reinserción social (42). Del mismo modo, algunos de los fracasos de programas de tratamiento en el ámbito penitenciario no se han debido a la imposibilidad de modificar los hábitos delincuenciales del recluso sino a deficiencias de los programas mismos.

Segundo. La cárcel, el mero encierro no es bueno para nadie. El mero hecho objetivo de la estancia en prisión, como todos sabemos,

harían de cada una de sus condenas una sentencia ejemplar. En FERRAJOLI, L.: *«Derecho y Razón...»*, *ob. cit.*, pp. 402-406.

(42) Sobre el problema existente en la actualidad en Estados Unidos debido a la alta población penitenciaria y la liberación prevista de miles de condenados (se ha calculado que 1.700 al día), de los cuales la mayoría regresan a la comunidad sin haber contado con ningún tipo de tratamiento rehabilitador, GIDEON, L.: «Corrections in an Era of Reentry», LIOR GIDEON and HUNG-EN SUNG: *«Rethinking corrections...»*, *ob. cit.*, pp. 1-17.

limita las expectativas sociales, personales y profesionales del recluso. El deber de la sociedad es, al menos, tratar de contrarrestar estos efectos, mediante instrumentos dirigidos a paliar los déficits y carencias preexistentes, a reducir las consecuencias negativas del encierro, e intentar ampliar el horizonte vital del penado y sus expectativas de participación social (43).

Tercero. Ciertas estadísticas muestran que el índice de reincidencia es notablemente más bajo cuando se trata de personas que han recibido algún tipo de tratamiento en prisión respecto de aquellas que no han recibido ningún tipo de tratamiento; igualmente, la tasa es claramente inferior cuando se trata de personas que han cumplido parte de su condena en tercer grado (44).

Cuarto. En concreto, en España, a pesar de que la Constitución habla de «reeducación y reinserción social» y que la LOGP regula el tratamiento en un sentido muy clínico (conjunto de métodos médico, biológicos, psicológicos, psiquiátricos...), la finalidad debe centrarse, como indicaba más arriba, en la idea de «reinserción social», más que en la idea de «reeducación». Se trata de una propuesta más realista y moderada, cuyo objetivo ha de ser, como ya he comentado más arriba, contrarrestar los efectos negativos de la prisión y, en la medida de lo posible, ofrecer al interno la posibilidad de mejorar sus capacidades, por medio de la formación laboral, educativa, cultural, deportiva, etc. Este es uno de los aspectos en los que la LOGP debería ser objeto de revisión.

Quinto. En la actualidad son muchos los programas de reinserción que se vienen realizando en centros penitenciarios españoles, que son la prueba de que es posible hablar de reinserción social (45).

(43) Señala la tendencia decreciente en el uso de la libertad condicional en España como una de las causas del aumento de la población penitenciaria y apunta la necesidad de invertir esta tendencia para lograr reducir la tasa de encarcelamiento, ROLDÁN BARBERO, H.: «El uso...», *ob. cit.*, pp. 04:4-04:16.

(44) Véase, LUQUE REINA, E.: «La reincidencia penitenciaria», en Cerezo Domínguez y García España (coords.), *La prisión en España: una perspectiva criminológica*, Granada, 2007, pp. 213-240; CID, J.: «El incremento...», *ob. cit.*, p. 29. Precisamente, la libertad condicional y el tercer grado han sido también utilizados en Finlandia como instrumentos para controlar el índice de encarcelamiento, con los buenos resultados que ya se han comentado más arriba, en LAPPI SEPPÄLÄ, T.: «Política criminal...», *ob. cit.*, p. 126.

(45) Por ejemplo –por citar sólo algunos de estos programas–, las «unidades terapéuticas y educacionales» que funcionan hoy en muchas de las prisiones españolas, destinadas a crear un espacio dentro de la prisión libre de drogas y ajeno a las normas que imponen los grupos de presión; o las salidas terapéuticas que se realizan, desde hace aproximadamente doce años, en la prisión de Mansilla de las Mulas (León): los internos salen a diversos lugares de la provincia para realizar cursos

Y, sexto: La orientación de la pena de prisión hacia la reinserción es un límite para la Administración penitenciaria que debe orientar su actuación hacia esa finalidad, lo que debe reflejarse en la actividad diaria de todos los trabajadores de los centros penitenciarios. La vulneración de ese límite puede ser objeto de queja o recurso por parte del interno. Y, lo que es más importante, es un límite para el legislador (que no puede imponer penas incapaces de cumplir ese objetivo) (46).

IV. DOS IDEAS CONTRAPUESTAS: REINSERCIÓN Y PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

En coherencia con todo lo anterior, esa –en palabras de Ferrajoli– «moderna barbarie» (47) que es la cadena perpetua, llamada en el ALOCP «prisión permanente revisable», en la medida en que pueda suponer una reclusión a perpetuidad, sería incompatible con la finalidad de reinserción social (48). Quienes hoy defienden esta pena se amparan en la idea de que es muy difícil –por no decir imposible– establecer una magnitud exacta a partir de la cual quepa afirmar, con carácter general, que una pena es contraria a los principios de reinserción y humanidad, y la prisión permanente en la medida en que es revisable en atención a criterios de reinserción social respetaría tales principios: como ha indicado el Tribunal Constitucional español, la calificación de una pena como inhumana o degradante no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que depende de la ejecución de la misma y de las modalidades que ésta reviste (49). Sin

formativos, tareas de mantenimiento de bosques y espacios naturales, acondicionamiento de patrimonio histórico, etc.

(46) Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, STC 75/98, de 31 de marzo, FJ 2.

(47) FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, *ob. cit.*, p. 412.

(48) Sobre las razones que hacen incompatible la finalidad de reinserción social con la prisión permanente revisable, puede verse CUERDA RIEZU, A.: «*Cadena perpetua...*», *ob. cit.*, pp. 40-41 y 59-81.

(49) SSTC 65/86, de 22 de mayo, FJ 4 y 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9. En sentido semejante se manifestó en su día el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de esta Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas al afirmar: «la prolongación del plazo máximo de cumplimiento “efectivo de la pena” hasta los cuarenta años en caso de delitos especialmente graves, de gran contenido de injusto y de culpabilidad, puede ser la consecuencia de la ponderación del legislador sobre los intereses contrapuestos de la prevención general y especial, y su compatibilidad con la prohibición de penas inhumanas se garantiza suficientemente con un moderno sistema de ejecución de penas como el que inspira nuestra legislación penitenciaria» (en Consejo General del Poder Judicial, «Informe sobre el Anteproyecto

embargo, por un lado, cuanto más amplio sea ese tiempo máximo continuado en prisión más posibilidades habrá de que la pena resulte incompatible con los principios de reinserción y de humanidad y, más aún, si ese límite es indeterminado o puede no haber límite alguno (50). Y, por otro lado, el ALOCP establece largos plazos dentro de los cuales el interno, cualquiera que sea la evolución en su reinserción, no podrá disfrutar de permisos de salida (hasta que transcurran 8 o 12 años, según los supuestos –art. 36.1 ALOCP–) ni ser clasificado en tercer grado (hasta el cumplimiento de 15 o 20 años –art. 36.1 ALOCP–; o de 18, 22, 24 o 32, dependiendo de los casos, en el supuesto de concurso de delitos –art. 78 bis 1 y 3 ALOCP–), ni obtener la libertad condicional – que es regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la condena– (hasta el cumplimiento de 25, 30, 28 o 35 años, dependiendo de los diferentes supuestos –art. 78 bis 2 y 3 ALOCP–). Estos plazos, sin posibilidad de reconsideración alguna en atención a la evolución del interno, implican que la concreta regulación de la ejecución de la pena de prisión permanente y las modalidades que reviste vulneran los principios de reinserción y humanidad (51).

de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», pp. 9-11). En este mismo informe puede encontrarse una referencia a la jurisprudencia sobre esta materia del TEDH, en la que se declara que la cadena perpetua no viola el artículo 3 de la Convención, y de diversos Tribunales Constitucionales de diferentes países cuya legislación prevé la cadena perpetua, pp. 6-7. En relación con esta cuestión, De la Cuesta Arzamendi apunta que, efectivamente, la posibilidad de revisión suaviza las objeciones que la cadena perpetua genera debido a su indeterminación y desde la perspectiva del principio de resocialización, pero, en su opinión, no resuelve los múltiples problemas (criminológicos y jurídicos) que suscita la aplicación de los mecanismos de revisión, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «El principio de humanidad en Derecho Penal», en *Eguzkilore*, núm. 23, 2009, p. 217.

(50) Precisamente, en el reciente informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Código penal, de octubre de 2012, el Consejo General del Poder Judicial ha precisado que el Tribunal Constitucional consideró contrario al artículo 25.1 CE el establecimiento de una sanción pecuniaria sin límite máximo (STC 29/89) o la indeterminación absoluta del límite temporal de una sanción (STC 129/2006, de 24 de abril, FJ 3.º) y, en coherencia con ello, considera conveniente adecuar la regulación de la pena prisión permanente al principio de legalidad del artículo 25.1 CE y a la consecuente garantía de previsibilidad de las sanciones ínsita en dicho mandato, de forma que quede nítidamente reflejado el contenido esencial de la pena, más allá de los beneficios penales y penitenciarios de que el penado pueda ser acreedor, en «Informe al Anteproyecto...», *ob. cit.*, p. 42. El ALOCP, sin embargo, nada cambia en este sentido respecto de la propuesta previa a la que hace referencia el informe del Consejo.

(51) En este orden de cosas, puede ser interesante tener en cuenta, en relación con las concretas modalidades de ejecución que permitirían la compatibilidad de la

Por esta razón, aunque la pena sea revisable, los plazos tan largos que establece el Anteproyecto para efectuar una primera revisión (52), la incertidumbre sobre cuál será, en su caso, el máximo de pena a cumplir y, finalmente, la posibilidad de una reclusión a perpetuidad, hacen que la prisión permanente revisable sea incompatible con los principios de reinserción y humanidad (53). Lo que hace más tolerable y menos alienante la reclusión es la idea de poder volver a la libertad después de un no excesivamente largo o interminable período de tiempo (54); si se suprime esa idea ya no es posible hablar en serio de reinserción.

En esta línea, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código

cadena perpetua con la Convención Europea de Derechos Humanos, la resolución del TEDH, de 18 de septiembre de 2012, en la que se condenó al Reino Unido por violación del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el caso de tres condenados a los que se les impuso una sentencia indeterminada (section 225 of the Criminal Justice Act 2003) y a los que, una vez transcurrido el plazo establecido para la revisión de la condena (a efectos de valorar si persistía su peligrosidad), la comisión de la libertad condicional decidió mantenerlos en prisión ante la inexistencia de datos sobre la rehabilitación de los internos o sobre la disminución de su peligrosidad. El Tribunal consideró vulnerado el artículo 5.1 del Convenio al no haber proporcionado a los condenados la posibilidad de participar en programas de rehabilitación, tal y como había sido recomendado en la sentencia, y no haber tenido la oportunidad real de reducir su peligrosidad (James, Wells and Lee v. The United Kingdom, nos. 25119/09, 57715/09 and 57877/09). ¿Sería compatible con el fundamento de esta resolución, una sentencia indeterminada en la que la valoración sobre la persistencia de la peligrosidad vaya a realizarse después de 25 años? ¿Va el Estado a proporcionar, durante esos 25 años, la participación de los condenados en programas de rehabilitación específicos orientados a reducir su peligrosidad?

(52) En la exposición de motivos del ALOCP se afirma que, «cumplida una parte de la condena que oscila entre 25 y 35 años de condena, el Tribunal deberá revisar de oficio si la prisión debe ser mantenida...». Sin embargo la regulación concreta de esta pena no es precisamente clara en este punto. Así, el artículo 36.1 establece que la prisión permanente revisable será «revisada» de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 ALOCP. Pero este último precepto únicamente hace referencia a la suspensión de la ejecución y prevé entre sus requisitos que el penado haya cumplido 25 años de su condena. Por el sentido de lo dispuesto en el artículo 92 parece que el ALOCP utiliza como sinónimos «suspensión» y «revisión», pero en este aspecto el ALOCP no es precisamente claro.

(53) En esta misma línea, LASCURAÍN, J. A.: «Los males de la cadena perpetua revisable», en *El Mundo*, de 10 de junio de 2010. Defiende también la incompatibilidad de la prisión permanente revisable con los principios básicos del Derecho penal garantista y propone, en consecuencia, su eliminación de la propuesta de reforma del Código penal, ACALE SÁNCHEZ, M.: «Prisión permanente revisable: arts. 36 (3 y 4), 70.4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes en la Parte Especial», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.) y Dopico Gómez-Aller (coord.): *Estudio crítico...*, ob. cit., pp. 180-187.

(54) FERRAJOLI, L.: «Derecho y Razón...», ob. cit., p. 414.

Penal, de octubre 2012, ha puesto de manifiesto la ausencia en la exposición de motivos de dicho Anteproyecto de las razones y motivos que han llevado a sus autores (el gobierno) a incluir la prisión permanente revisable dentro del catálogo de penas previstas en nuestra legislación penal. Así, el informe destaca, por un lado, que no se hace mención alguna a las circunstancias que en el momento actual aconsejarían que se instaure una pena privativa de libertad eventualmente perpetua en contra de lo que ha sido la evolución histórica del Derecho Penal español; y, por otro lado, que su introducción no se justifica en un incremento de los delitos para los que se prevé tal sanción (55). Aunque lo manifestado por el Consejo se refiere a una propuesta anterior, tales argumentos son igualmente predicables del nuevo ALOCP, de abril de 2013.

Además, como apuntan Díez Ripollés y Sáez Valcárcel, la prisión permanente revisable, así como otros institutos que introduce el ALOCP, demandan recursos personales y materiales muy elevados, que ni en este momento ni en un futuro próximo van a estar disponibles. Esto, en su opinión, parece sugerir que se trata de reformas legales de carácter simbólico o aparente (56). En esta misma línea se manifiesta Cuerda Riezu quien se pregunta de dónde van a salir los fondos económicos para hacer frente a los gastos económicos que supondrá la reforma, pues el ALOCP no va acompañado de un informe sobre las implicaciones económicas que supone (57).

Por su parte, Vives Antón, plantea la siguiente pregunta ¿Pertenece a ese núcleo absoluto de los Derechos Humanos el de no ser condenado a una pena potencialmente perpetua? A ello responde que «la idea de una privación potencialmente perpetua de la libertad choca, en mi opinión, con la imagen del hombre como un ser capaz de reflexión y razonamiento, como un ser que siempre puede cambiar y acabar dirigiendo su vida según unos mínimos de racionalidad. Esa imagen, que yace en el fondo de los ordenamientos democráticos, no puede, según creo, sino conducir a la conclusión de que la privación de libertad perpetua es una anomalía incongruente en ellos» (58).

Por último, creo que tiene razón Ferrajoli cuando afirma que la cadena perpetua –o la prisión permanente– es por su naturaleza con-

(55) Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto...*, *ob. cit.*, pp. 43-44. Sobre la escasa vigencia de la prisión de por vida en nuestra legislación histórica, MAPELLI CAFFARENA, B.: «La cadena perpetua», *ob. cit.*, pp. 28-29.

(56) Díez Ripollés, J. L. y Sáez Valcárcel, R., en *ob. cit.*, *El País* de 24 de abril de 2013.

(57) CUERDA RIEZU, A.: «Inconstitucionalidad...», *ob. cit.*, p. 30.

(58) VIVES ANTÓN, T., en *Tribuna Libre*, www.almendron.com/tribuna/

traría a los principios de proporcionalidad y de igualdad de las penas. Esta pena carece, en su opinión, de justificación: por un lado, porque es inhumana y no graduable equitativamente por el juez; y, por otro lado, porque se sustrae al principio igualitario de proporcionalidad en la medida en que tiene una duración más larga para los condenados jóvenes que para los mayores (59).

En definitiva, y en todo caso, la prisión permanente supone la instauración de una sentencia indeterminada, lo cual ha constituido hasta ahora un límite infranqueable en el Derecho penal español de la etapa democrática. El establecimiento de esta pena y las razones a las que responde suponen la vuelta a un Derecho penal premoderno.

V. CONCLUSIÓN

Para concluir, creo que, en términos generales, habría que apelar al sentido de responsabilidad de todos los operadores jurídicos, políticos y mediáticos para que no utilicen el Derecho penal y el miedo al delito con fines electorales, partidistas o simplemente lucrativos. Los poderes públicos deberían sustraerse a esas demandas sociales que, en no pocos casos, responden a falsas creencias; lo que tendrían que hacer es promover una política social de mayor carácter preventivo, y un incremento del gasto social, lo que significa también atajar el problema de la delincuencia desde sus causas y no a partir de los síntomas.

Es cierto que en estos momentos hay importantes factores que dificultan esa política social y que contribuyen al desánimo de la población: la crisis económica; las altas tasas de paro; el descrédito de instituciones tan importantes como el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial, cuyos miembros tienden a ser nombrados más en atención a su ideología o tendencia política que en atención a su prestigio profesional; los múltiples casos de corrupción política... Todos estos factores contribuyen sin duda a reforzar la ideología del individualismo y, en consecuencia, el modelo penal de la seguridad ciudadana, con la consiguiente e innecesaria introducción de penas como la prisión permanente revisable que suponen la quiebra del modelo penal garantista.

(59) *Ibid.*, p. 402. Cuerda Riezu añade el argumento de las características biológicas de los condenados que conllevarían el cumplimiento de muy distintos periodos de reclusión en función de la constitución y de la fortaleza física y psíquica de los mismos, lo que conlleva la vulneración, a su juicio, del principio de igualdad del artículo 14 CE, en CUERDA RIEZU, A.: «Inconstitucionalidad...», *ob. cit.*, p. 32; del mismo, «*Cadena perpetua...*», *ob. cit.*, pp. 87-88.

En suma, comparto la opinión de Joaquín Estefanía cuando afirma que: «Evitar la consolidación de ese triángulo compuesto por crisis económica, corrupción (política y económica) y desigualdad (de oportunidades, rentas, patrimonios y resultados) es cada día más urgente para evitar las explosiones sociales» (60).

Sobran reformas penales y faltan verdaderas reformas sociales.

(60) ESTEFANÍA, J.: «Ningún hombre es una isla», en *El País*, de 4 de febrero de 2013.

