

EL SENTIDO ACTUAL DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE REEDUCACIÓN Y
REINSERCIÓN SOCIAL

Vicenta Cervelló Donderis

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia

Publicado en: "Presente y futuro de la Constitución española de 1978".
Universidad de Valencia, 2005, págs. 217 - 233

<http://www.cienciaspenales.net>

EL SENTIDO ACTUAL DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL

(Publicado en presente y futuro de la Constitución española de 1978. Universitat de València.

Valencia 2005 págs 217-233)

Vicenta Cervelló Donderis.

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universitat de València.

Sumario: 1.- La reeducación y reinserción social en el ámbito de los fines de la pena; 2.- Características generales del principio de reeducación y reinserción social. 2.1- Naturaleza jurídica 2.2.- Contenido y alcance; 3.-Su relación con la duración de la pena de prisión 3.1. Planteamiento 3.2 Postura jurisprudencial; 4.- Su relación con el contenido de la pena de prisión; 4.1. Alternativas penitenciarias al encarcelamiento. 4.2 Incidencia de la reforma de la ley 7/ 2003; 5.- Perspectivas de futuro

1.- LA REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LOS FINES DE LA PENA.

Es común el empleo de los términos “función y fines de la pena” para el análisis y discusión de dos aspectos: los objetivos que persigue la pena, básicamente dirigidos a evitar delitos futuros y los mecanismos utilizados para ello a través de la prevención general y la prevención especial. En este sentido la STC 55/1996 de 28 de Marzo distingue entre un fin esencial y directo de protección al que responde la norma , otros fines legítimos que puede perseguir la pena y las diversas formas en que la misma opera (funciones o fines inmediatos entendidos como prevención general y prevención especial).

De esta manera con las categorías de prevención general y especial se atiende a las diversas influencias que tiene sobre el comportamiento de los seres humanos la conminación

legal y la aplicación de la pena, como pueda ser la intimidación, la confianza y fidelidad al Derecho o la educación.

El análisis de los fines de la pena ha sufrido una interpretación pendular ya que cuando determinadas finalidades se dan por superadas acaban regresando con matices, formando con ello un constante ir y venir que va perfilando la eficacia y legitimidad de la pena en función de los cambios sociales y políticos producidos, prueba de ello son las recientes reformas penales y penitenciarias que suponen un regreso a las corrientes más tradicionales de la ciencia punitiva.

Los postulados retributivos de Kant y Hegel que no veían en la pena más que el castigo por el delito cometido “fueron despedidos” en el ámbito del Derecho Penal al prevalecer la idea de que la pena dejaba de ser un fin y pasaba a ser un medio, dando lugar al castigo “*ne peccetur*” no “*quia peccatum est*” es decir, no porque se cometan delitos sino para que no se cometan en el futuro. Con el paréntesis de la prevención general negativa o intimidatoria cuya presencia ha sido constante en la eficacia y legitimidad de la pena, la prevención general positiva o integradora supone de alguna manera una vuelta a las ideas retributivas al considerar que la pena sirve como afirmación del Derecho en la colectividad creando una conciencia social de tranquilidad y confianza jurídica. Por su parte la prevención especial quiso superar el aspecto meramente retributivo e intimidatorio de las penas para apostar por su eficacia educativa y de integración social, si bien tales pretensiones pese a que en los años setenta alcanzaron su mayor desarrollo, viven en los últimos tiempos un nuevo retroceso hacia ideas más conservadoras.

De esta manera la reflexión sobre los fines de la pena se debate entre la confirmación de la pena como castigo; el evidente efecto intimidatorio de las leyes, especialmente las penales; la utilización de la pena para crear una conciencia colectiva de confianza jurídica y la actuación sobre el condenado y su entorno para que no vuelva a delinquir. Esta última configura la actual reeducación y reinserción social o resocialización que el legislador constituyente ha materializado en el artículo 25.2 de la Constitución Española que declara “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...” y que en los últimos años ha venido sufriendo una constante reinterpretación ya que si bien en un principio se le dotó de un significado limitado a la recuperación del condenado

durante la ejecución de la pena de prisión, pasó a proyectarse sobre la prisión para la mejora de las condiciones penitenciarias y en la actualidad se viene utilizando para el rechazo de las penas de prisión de larga duración.

2.- CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PRINCIPIO DE REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL

2.1 Naturaleza jurídica

Aunque el análisis de este principio abre un abanico de cuestiones desde el punto de vista jurídico-penal¹, en los primeros años de vigencia constitucional uno de los temas más debatidos fue la consideración de la reinserción social como derecho subjetivo susceptible de recurso de amparo o por el contrario su categoría de principio general con vigencia en el ámbito del Derecho Penal y Penitenciario. Tal opción implica utilizar la finalidad resocializadora para valorar en el primer sentido si una pena de prisión impuesta que no sea capaz de lograr la reinserción por circunstancias de lugar, tiempo o personales vulnera un derecho fundamental del condenado, o bien para valorar en el segundo sentido la constitucionalidad o no de un precepto penal o penitenciario que por no dirigirse a tal finalidad la obstaculice abiertamente.

La STC 28/1988 de 23 de Febrero y otras muchas después (STC 72/1994 de 3 de marzo, STC 75/1998 de 31 de Marzo...) ha establecido que el art.25.2 de la Constitución Española no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación, por no ser un derecho subjetivo ni fundamental sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, por eso no puede haber penas privativas de libertad que por su duración o su modo de cumplimiento impidan u obstaculicen de modo significativo la reeducación y reinserción social del condenado.

Con este parecer el Alto Tribunal venía a rechazar el sentido positivo de la reinserción por el cual un penado pueda exigir el logro de los objetivos de integración social tras su paso por la pena privativa de libertad, decantándose por su sentido negativo de no obstaculización de dichos objetivos, es decir se trataría no tanto de conseguir la reinserción sino de no impedirla.

¹ CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario* Valencia 2001 pág 50 y ss.

Similar argumento se utiliza para el trabajo penitenciario en la STC 172/1989 de 19 de Octubre, entre otras, donde se afirma que la Administración penitenciaria sólo está obligada cuando puede ofrecer un puesto de trabajo y no lo hace, y no en todo caso, al tratarse de un derecho de aplicación progresiva y no un auténtico derecho subjetivo.

Como consecuencia de ello aunque la pena de prisión cumplida no haya conseguido alcanzar la reinserción social no vulnera el precepto constitucional, pero si lo infringiría un precepto que la impidiera abiertamente como por ejemplo la regulación legal de la cadena perpetua en la medida que no permita ni siquiera expectativas futuras de libertad.

2.2 Contenido y alcance

Inicialmente los términos reeducación y reinserción social tuvieron un contenido esencialmente clínico dirigido a la personalidad del sujeto al entender que éste podía ser sometido a un tratamiento voluntario que neutralizara la tendencia delictiva; tal concepto es el que parece guiar a la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 (en adelante LOGP) en su concepto del art. 59.2 como la “intención y capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades” y la mención en el art. 66.2 de la misma norma entre las clases de tratamiento de la psicoterapia de grupo, la terapia de comportamiento y la modificación de actitudes del interno. Este significado le puede dotar de un contenido moral inadmisibles en un Estado de Derecho que reconoce el libre desarrollo de la personalidad, además de encontrar múltiples obstáculos de legitimidad y eficacia denunciados entre otros por García Pablos y Muñoz Conde².

Más adelante sin embargo se ha trasladado la reinserción al propio marco penitenciario³ para que pueda ofrecer al recluso unas condiciones óptimas de acceso a la cultura, al mercado laboral y le aparte de factores criminógenos como la marginalidad o la drogodependencia. Para ello la intervención se proyecta no sólo sobre el recluso sino fundamentalmente sobre la prisión

² MUÑOZ CONDE, F. “La resocialización del delincuente análisis y crítica de un mito” *CPC* 1979. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”. *ADPCP* 1979

³ Defendido en la doctrina española por MAPELLI CAFFARENA, B. en *Principios fundamentales del sistema penitenciario español* Barcelona 1983

con el fin de mejorar sus condiciones de cumplimiento y con ello facilitar el tránsito hacia la libertad. Ejemplo de ello es su extensión a los preventivos en el art. 3.4 del Reglamento Penitenciario de 1996 (en adelante RP) y los nuevos cometidos del tratamiento incorporados en el art.110 RP, entre los que junto al desarrollo de aptitudes formativas y utilización de técnicas psicosociales para mejorar las actitudes de los internos se menciona el compromiso de potenciar y facilitar los contactos con el exterior.

En este sentido la evolución de su contenido ha provocado el desplazamiento desde su inicial vocación de educar para vivir en libertad, hacia el intento de procurar que la estancia en la prisión no empeore las perspectivas resocializadoras del sujeto evitando los efectos nocivos; en resumen: de la resocialización se ha llegado a la no desocialización.

Centrado de esta manera el contenido en la no desocialización, el siguiente interrogante consiste en preguntarnos si por su especial incidencia en el ámbito penitenciario la finalidad resocializadora rige sólo en las penas privativas de libertad o en todas y en todo caso en cuál de los momentos por los que pasa la pena.

Inicialmente algunas opiniones doctrinales⁴ y el propio Tribunal Constitucional se mostraron partidarios de limitar el principio constitucional exclusivamente a la ejecución penitenciaria, por su posición sistemática, sin embargo más adelante las posturas han dejado de ser tan estrictas al no limitar su alcance a la ejecución, ni siquiera en exclusiva a las penas privativas de libertad⁵.

Actualmente esta última opinión es más correcta por una serie de razones:

- la referencia del art.25 de la Constitución Española a los derechos del condenado, no tiene porque excluir su alcance a otras fases de la pena.

- si a la determinación judicial se le sustrae la finalidad resocializadora se limitan sus referencias a la retribución y a la prevención general integradora lo que no es conveniente, y por otro lado las referencias a las características personales del sujeto de las circunstancias

⁴ COBO,M.-BOIX,J. “Derechos fundamentales del condenado, reeducación y reinserción social” *Comentarios a la legislación penal Tomo I Derecho Penal y Constitución* Madrid 1982 pág 219

⁵ GARCÍA ARÁN, M. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995* Navarra 1997 pág 34. ALVAREZ GARCÍA, J. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español* Granada 2001 pág 33

modificativas de la responsabilidad penal o incluso a la peligrosidad de figuras como la suspensión de la ejecución quedarían vacías de contenido.

- si el mandato genérico es al legislador no se entiende muy bien porque ha de cuidar esta orientación en la ejecución de la pena pero no en su previsión legal, ya que tan importante es el análisis constitucional de la forma de cumplimiento de una pena como de su previsión legal y correspondiente aplicación judicial.

La STS 18.5.1995 (4490) establece que al no hacer la Constitución distinción alguna, esta finalidad esencial debe procurarse en el momento legislativo de fijación por la ley de la pena correspondiente al delito cometido, en el ejecutivo de cumplimiento de la pena dentro del sistema penitenciario y en el judicial al señalar en la sentencia la pena correspondiente o determinar el límite punitivo que impida una exacerbación deshumanizada. En el mismo sentido la STS 15.2.96(877), STS 18.7.96(5920) y STS 6.7.2002(7236) declaran que el art.25.2 de la Constitución Española tiene un alcance genérico que ha de tener el cuenta el legislador al fijar los límites de las penas y los límites de su cumplimiento, los jueces y Tribunales en la aplicación de las normas penales y penitenciarios y los órganos de la Administración.

Finalmente la ausencia de la mención de otras finalidades en el art.25.2 de la Constitución Española ha planteado⁶ si la reinserción social es la única finalidad constitucionalmente reconocida, si es la función preponderante o si por el contrario se puede prescindir de ella, cuando son otros los fines protagonistas. Tal planteamiento sólo puede obtener la respuesta de la no exclusividad de la resocialización como fin de la pena, (STC 55/1996 de 28 de Marzo) lo contrario haría la pena innecesaria en el sujeto que no la necesita (por estar ya insertado) que no le da tiempo a obtenerla(penas cortas) o que la rechaza, lo que no puede admitirse ya que la pena siempre cumple una función de tutela de bienes jurídicos que por si misma ya legitima la imposición del castigo. Ahora bien cuestión diferente es imponer la pena en virtud de razones estrictas de Justicia al margen de los objetivos resocializadores, al extremo incluso de entorpecerlos, lo que llevaría a imponer una pena innecesaria y con ello desproporcionada. Estas situaciones se dan en los casos de imposición obligatoria de la pena a

⁶ RODRIGUEZ MOURULLO, G. *Delito y pena en la Jurisprudencia constitucional* Madrid 2002 pág 105

quien está perfectamente reinsertado laboral y familiarmente por el largo tiempo transcurrido entre la comisión del delito y su enjuiciamiento o a quien tiene que cumplir a breve estancia en prisión(STC 19/1988 de 16 de Febrero, STC 120/2000 de 10 de Mayo).

Para evitar tales dislates el Código Penal cuenta con una serie de instituciones como son la sustitución de la prisión y la suspensión de la ejecución de la pena, que al exigir la no habitualidad en el primer caso (art.88 Código Penal) y la primariedad delictiva en el segundo (art.81 Código Penal) y en ambos casos que se trate de penas de corta duración (hasta un año regla general y dos excepcionalmente en el primer caso, y hasta dos años con la excepción de drogodependientes que puede llegar a tres años en el segundo caso) son de aplicación limitada. Otra solución es el indulto o la concesión de ciertas figuras penitenciarias como el tercer grado o la libertad condicional, en el primer caso se trata de una figura discrecional en manos del poder ejecutivo y en el segundo sus grandes posibilidades han sido duramente recortadas en la reforma de la ley 7/2003 que más adelante es objeto de comentario.

De esta manera al no ser excluyente la finalidad mencionada en el art.25.2 de la Constitución Española, los fines preventivo generales, los preventivo especiales no resocializadores como la intimidación o la inocuización e incluso la retribución también están presentes. Como paradigma de esto el ATC 780/1986 de 15 de Octubre indica que la reeducación y reinserción social no es la única finalidad legítima de las penas privativas de libertad y la STC 150/1991 de 4 de Julio establece que tampoco se opone a otros fines como la prevención general.

3.- SU RELACIÓN CON LA DURACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN.

3.1.- Planteamiento

En Italia y Alemania existe la cadena perpetua con el beneplácito de sus respectivos Tribunales Constitucionales en 1974 y 1977 respectivamente, en ambos casos se trata de una perpetuidad formal ya que permiten excarcelaciones a través del indulto o la libertad condicional después de cumplir periodos que van desde los quince hasta los veintiséis años, con lo cual son razones de prevención general positiva en su calidad de reforzamiento de la

conciencia colectiva las que la mantienen a sabiendas de no suponer el encarcelamiento indefinido. Esta situación ha provocado opiniones doctrinales contrarias a su existencia por la contraposición que supone al principio de certeza y de efectividad de la pena, ya que la existencia de penas muy graves respecto a las que existe la convicción del no cumplimiento en virtud de la erosiones provocadas por la semilibertad o la libertad condicional, da lugar a un efecto contraproducente en el condenado, proponiendo en su lugar penas más benignas pero de efectivo cumplimiento. Otro argumento crítico con su existencia se plantea en términos de igualdad porque efectivamente una cadena perpetua impuesta a un sujeto en los primeros años de edad penal no tiene los mismos efectos que si es impuesta en los años de madurez ya que en este último caso las perspectivas resocializadoras se reducen considerablemente.

Como se puede observar las críticas específicas dirigidas a valorar su contradicción con el principio de resocialización o de humanidad pasan a un segundo plano porque estas penas en ningún caso contemplan el encarcelamiento definitivo, sino más bien al contrario la posibilidad de excarcelaciones anticipadas y en todo caso estancias en prisión no superiores a treinta años. El propio Tribunal Constitucional español en sentencia 91/ 2000 de 30 de Junio sobre un asunto de extradición ha manifestado que la legislación penal y penitenciaria italiana, incluso en el caso de la pena de ergastolo (reclusión perpetua), cumple las exigencias dimanantes del art. 25.2 de la Constitución Española ya que su ejecución no implica un encarcelamiento indefinido sin posibilidades de atenuación y flexibilidad y por tanto no es una pena inhumana ni degradante.

En España no existe una pena similar pero por aplicación de las reglas concursales en la actualidad se puede llegar a penas de cuarenta años, tras la reforma producida por la ley 7/2003 que modifica el Código Penal de 1995 en los topes punitivos. Además en virtud del art. 78 del Código Penal que también ha sido reformado para endurecerlo, si el límite concursal de la condena queda por debajo de la mitad de la pena real, los permisos de salida, el tercer grado, la libertad condicional y los beneficios penitenciarios se calcularan sobre la condena total, lo que prolonga de una forma desmesurada la posibilidad de alcanzar dichas figuras hasta el punto de hacerlo en muchos casos inalcanzable por llegar antes el fin de la condena que la fecha de disfrute de las mencionadas excarcelaciones.

Como los límites concursales exigen la conexidad entre los diversos procedimientos como posibilidad de enjuiciamiento conjunto, el Tribunal Supremo se ve en muchas ocasiones en la necesidad de rechazarla provocando con ello la existencia de condenas de más de treinta años de prisión ya que cuando son varias se cumplen sucesivamente por su respectiva gravedad. Tal proceder por exigencias del principio de legalidad, no evita que el propio Alto Tribunal se pronuncie en contra de las penas excesivamente largas ya que no sirven a la resocialización, ni a la prevención general ni a la especial sino sólo al envilecimiento sobre el condenado. Por ello en virtud del enunciado del art.25.2 de la Constitución Española se entiende que las penas de tan larga duración son contrarias a la resocialización por ser inhumanas.

3.2.- Postura Jurisprudencial

Ante la existencia de estos encarcelamientos tan prolongados a mediados de los años noventa se ha consolidado una nueva línea jurisprudencial en el Tribunal Supremo que aboga por la necesaria limitación de la duración de la pena de prisión por exigencias de resocialización, proporcionalidad y prohibición de tratos inhumanos y degradantes, ejemplo de lo cual son las siguientes sentencias:

STS 23.1.2000 (12) ...cuarenta y ocho años de prisión es excesivo por eso hay que ajustarlo al humanitarismo penal y a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes...

STS 7.3.2001 (487) ...penas tan largas ni se dirigen a la prevención general, ni a la prevención especial, por lo tanto hay que acudir a los mecanismos penitenciarios para evitar una pena similar a la cadena perpetua...

STS 7.3.2003 (5942) ... no puede conseguirse o es muy difícil la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria ; una privación de libertad muy superior a treinta años sería un tratamiento inhumano por privar de la oportunidad reinsertadora. En el mismo sentido STS 30.1.1998(666)todo lo que contradiga y empañe la resocialización comportará una tacha desde el punto de vista constitucional.

STS 24.7.2000 (6774)... el artículo 76 del Código Penal (acumulación concursal de las penas) debe interpretarse en relación con el art. 15 y el artículo 25.2 de la Constitución.

Para evitar estas desproporcionadas penas el Tribunal Supremo aconseja corregirlas en sede de ejecución a través de figuras como el indulto o la libertad condicional anticipada, lo que con la reforma de 2003 no es posible en ningún caso en condenados por terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales; apartar a estos delitos de los beneficios penitenciarios no es conveniente por la separación que crea entre terrorismo y delitos comunes, por suponer una doble punición y porque la legislación penitenciaria es quien debe seleccionar a los reclusos merecedores de estas figuras.

Esto ha dado un sentido nuevo a la aplicación del art.76 del Código Penal en virtud del cual se vincula la duración de las condenas acumuladas a la finalidad resocializadora del art.25.2 de la Constitución Española y a la proporcionalidad representada por la prohibición de penas inhumanas y degradantes del art.15 del mismo texto constitucional, interpretación jurisprudencial que no casa con la exacerbación legal de la duración de la prisión permitida en las últimas reformas penales.

4.- SU RELACIÓN CON EL CONTENIDO DE LA PENA DE PRISIÓN

4.1.- Alternativas penitenciarias al encarcelamiento

Como medio nuclear de reinserción social el tratamiento penitenciario tiene como uno de sus principales objetivos el potenciar los contactos con el exterior para evitar la nocividad de la prisión, sirviéndose para ello la legislación penitenciaria de una serie de medios entre los que destacan los permisos de salida, el régimen abierto o la libertad condicional. Tales figuras penitenciarias tienen en su regulación una serie de requisitos dirigidos a valorar el comportamiento del sujeto y las expectativas de reinserción social a fin de hacer un juicio de valor sobre el buen uso que va a hacer el sujeto de estas excarcelaciones.

Lo primero que es digno de crítica es que la libertad condicional sea la única de estas tres figuras que tiene una regulación completa en una ley orgánica como es el Código Penal, ya que

en las otras dos figuras la regulación se desplaza al Reglamento Penitenciario e incluso en el caso de los permisos de salida a una Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, tal proceder no sólo vulnera el principio de legalidad sino que dota a la Administración de grandes facultades discrecionales en la concesión de facilidades a la reinserción social.

En el caso de los permisos de salida ordinarios el art.47.2 LOGP los concibe como preparación para la vida en libertad, el art.154 RP recoge sus requisitos centrados en la clasificación en segundo o tercer grado, buena conducta y haber cumplido una cuarta parte de la condena, y finalmente la Administración Penitenciaria ha añadido a través de la Instrucción 22/96 de 16 de Diciembre la aplicación de una tabla de variables de riesgo que dificultan su concesión al contar entre los factores de riesgo la extanjería, drogodependencia, reincidencia, ausencia de permisos, lejanía vivienda o presiones internas. La competencia para la concesión de estos permisos ordinarios la tiene la Dirección General de Instituciones Penitenciarias salvo si el permiso va a durar más de dos días, y se trata de internos clasificados en segundo grado, en cuyo caso decide el Juez de Vigilancia Penitenciaria,

El Tribunal Constitucional ha exigido en varias ocasiones la necesidad de motivación para su denegación y que no se basen en informes estereotipados como el tiempo que resta para la excarcelación, tal proceder no sólo limita las posibilidades de resocialización sino que se aparta de la finalidad de los permisos como medio de preparación para la libertad. (STC 112/96 de 24 de Junio, STC 75/98 de 31 de Marzo)

El régimen abierto es la denominación dada por el art. 72.2 LOGP a los establecimientos donde se cumple el tercer grado de clasificación, si bien es en el art.102.4 RP donde se establece el requisito necesario para ello: capacidad de vivir en semilibertad, tan amplia expresión tiene como única referencia la del art.104.3 del mismo Reglamento que exige en quienes no hayan cumplido una cuarta parte de la condena un tiempo de estudio suficiente así como una valoración especial del historial delictivo y de integración social. La competencia para toda clasificación la tiene la Dirección General de Instituciones Penitenciarias a propuesta de la Junta

de Tratamiento del establecimiento penitenciario, y sólo si se ha interpuesto recurso interviene el Juez de Vigilancia Penitenciaria

Para la comprobación de tales criterios es un factor orientativo muy importante el disfrute con éxito de los permisos de salida, por ello cualquier restricción sobre éstos incide directa y negativamente en una posterior progresión a tercer grado. Como se puede comprobar los requisitos del tercer grado son muy vagos en la legislación penitenciaria y nunca relativos a la duración de la condena por su relación con las características personales del sujeto y no las penales de la sentencia, sin embargo la reforma de 2003 lo ha modificado seriamente convirtiéndolo en una fase progresiva objetiva que depende de la duración de la condena y del tipo de delito, como a continuación se señala.

Finalmente la libertad condicional se concibe en el art.72.1 LOGP como la última fase del sistema de individualización científica que permite separar el cumplimiento de la prisión en cuatro grados. Si bien los requisitos generales de clasificación se señalan de una forma amplia en el art. 63 LOGP en torno a los criterios de personalidad, historial individual, familiar, social y delictivo, duración de la pena y medio al que retornará, es el Código Penal en el art.90 el que recoge los requisitos propios de la libertad condicional: clasificación en tercer grado, cumplimiento de tres cuartas partes de la condena, buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social.

De todos los requisitos necesarios para la libertad condicional sólo el referido al tiempo de condena cumplido es de naturaleza objetiva, el resto queda en manos de la Administración Penitenciaria, especialmente la clasificación en tercer grado ya que sin esta progresión previa no tiene sentido el análisis de los dos restantes, razón por la cual el bajo porcentaje de internos que alcanzan el tercer grado se traduce en la misma o menor proporción del disfrute de la libertad condicional.

4.2.- Incidencia de la reforma de la ley 7/ 2003

Con este breve repaso sobre las figuras penitenciarias que tienen mayor relevancia en la orientación resocializadora se ha podido comprobar las numerosas dificultades legales que

existen para su disfrute, especialmente por la gran discrecionalidad que tiene la Administración para su concesión y los escasos medios que se utilizan para ello. Tales dificultades se han visto incrementadas por la reforma operada por la ley 7/2003 de 30 de Junio de reforma del Código Penal ya en vigor, que ha afectado a todas ellas al añadir diversos requisitos para poder alcanzarlas.

Se ha señalado que el cumplimiento de la pena de prisión sin haber disfrutado ningún permiso de salida entorpece la finalidad resocializadora, lo que en la actualidad se va a poder producir en dos casos por aplicación del art. 78 del Código Penal que permite calcular dicha figura sobre la totalidad de la condena y no sobre los límites concursales:

a) condenados a los que por su progresión negativa el Juez de Vigilancia no les aplique la excepción de calcular la cuarta parte necesaria para permisos de salida sobre el límite concursal (al ser cuarenta años el máximo legal, la excepción permite la posibilidad de disfrutar de permisos a los 10 años de condena, y la regla general sobre la totalidad de la condena)

b) condenados por terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales en todo caso ya que entre en las excepciones no se mencionan los permisos de salida, de manera que siempre que se haya aplicado el art.78 (que por otra parte es obligatorio si en el concurso hay al menos un delito castigado con pena de hasta veinte años de prisión) la cuarta parte necesaria para permisos de calculará sobre la totalidad de la condena lo que en algunos casos supondrá la imposibilidad material de disfrutar de permisos por terminar antes el cumplimiento de la pena, vgr.a un condenado a 160 años de prisión se le podrá conceder un permiso a los cuarenta años de condena, fecha coincidente con la libertad definitiva.

El régimen abierto, como se ha expuesto, hasta fechas muy recientes tenía unos requisitos bastante amplios y escasos en lo referido al tiempo de condena cumplido. Tal flexibilidad ha sido menoscabada radicalmente con la reforma operada por la ley 7/ 2003 de 30 de Junio que ha añadido tres requisitos para la clasificación en tercer grado:

a) haber cumplido la mitad de la condena en penas de más de cinco años.

Aunque esto pueda ser evitado por la decisión del Juez de Vigilancia en atención a al progresión del condenado (salvo en terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones

criminales) es un retroceso sin precedentes en la flexibilidad del sistema penitenciario español caracterizado por la ausencia de criterios objetivos y la preponderancia de los criterios tendentes a la resocialización.

b) haber satisfecho la responsabilidad civil.

En este caso es inaceptable que se condicione la progresión a tercer grado al pago de la responsabilidad civil en el que además no se contempla expresamente la excepción de los insolventes, como sucede en otras ocasiones(vgr. art 136.2.1 relativo a la cancelación de antecedentes penales).

c) en terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales se exige además el abandono de la violencia y la colaboración activa con las autoridades. El primero de estos requisitos se puede acreditar con una declaración de repudio expreso de la violencia, con la solicitud de perdón a la víctimas o con los informes emitidos desde el centro penitenciario.

Tales exigencias son especialmente rechazables por la intromisión en aspectos morales como son el cambio ideológico, el arrepentimiento o la delación.

Finalmente la libertad condicional por su parte también se ha visto seriamente perjudicada con las últimas reformas ya que si bien mantiene los mismos requisitos legales (clasificación en tercer grado, tres cuartas partes de la condena cumplida, buena conducta y pronóstico de reinserción social) a los dos últimos les da un contenido normativo que se aparta notablemente de su sentido criminológico al asociarlos al pago de la responsabilidad civil, abandono de la violencia y colaboración activa con las autoridades en los mismos términos exigidos para el tercer grado.

Estas reformas no siguen el principio orientador de la reinserción social ya que además de marginar los informes emitidos al respecto por los profesionales de la conducta, supone una visión materialista de la progresión del condenado que además no respeta su fuero interno exigiéndole un posicionamiento que le puede poner en peligro y que no garantiza nada por tratarse más de símbolos que de actos externos.

Por todo ello una ejecución dirigida a la resocialización debe potenciar las posibilidades de excarcelaciones anticipadas como vía preparatoria a la libertad definitiva, a través de una

adecuada programación de actividades de tratamiento que sirva para seleccionar a los sujetos que van dando muestras objetivas de aceptación de las normas sociales. Lo contrario conduce a un envilecimiento de la ejecución nada recomendable ya que dificultar este tipo de salidas al exterior contribuye a una mayor impregnación de la cultura carcelaria fomentando la carrera criminal, tal situación la definió Clemmer en 1940 en su obra "*The prison community*" como prisonización, ya que en las cárceles de máxima seguridad se produce un fenómeno inverso a la resocialización al aprenderse las normas carcelarias en detrimento de las normas sociales.

En este sentido una prisión respetuosa con la finalidad resocializadora ha de neutralizar sus efectos nocivos a través de un trato humano y contener figuras que permitan la adaptación progresiva a la sociedad fomentando la participación de los reclusos en las actividades de tratamiento entre las cuales el trabajo, las habilidades sociales y las terapias de desintoxicación cobran una especial importancia; en este sentido se puede decir que la prisión difícilmente puede educar pero al menos no debe desocializar.

5.- PERSPECTIVAS DE FUTURO

En los primeros años de su regulación se señaló como causas del fracaso de la resocialización su incompatibilidad en un Estado de Derecho que tiene como principio constituyente la libertad ideológica y el libre desarrollo de la personalidad así como el poco éxito de los programas de tratamiento⁷, lo que condujo a un cierto abandono motivado por haberse truncado las ilusorias expectativas despertadas a principios de los años setenta⁸. Sin embargo hay que tener en cuenta que gracias a esta finalidad se ha conseguido que los reclusos disfruten de mejoras muy importantes en la humanización de la vida penitenciaria como son las salidas al exterior, las visitas y comunicaciones, los tratamientos específicos...e incluso que entidades del exterior tengan la oportunidad de colaborar en el tratamiento con la Administración Penitenciaria.

⁷ COBO, M-VIVES, T.S *Derecho Penal Parte General* 5ª Edición Valencia 1999 pág 805.

⁸ MUÑOZ CONDE, F. "La resocialización del delincuente análisis y crítica de un mito" *CPC* 1979. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo". *ADPCP* 1979 passim

Por ello cuando las pretensiones resocializadoras pasan a un segundo plano regresan las propuestas de cumplimiento íntegro de las penas, de supresión de beneficios penitenciarios y de envilecimiento de la prisión bajo la consideración de una prisión estrictamente punitiva desprovista de objetivos ulteriores.

El problema es que la reinserción social no se puede entender en términos estrictamente jurídicos sino que hay que completar su interpretación con los conocimientos criminológicos relacionados con las variables del delito y las posibilidades reales de prevención y de tratamiento⁹, y en virtud de tales criterios se ha comprobado la viabilidad de los siguientes efectos:

- . disminución de la nocividad de la prisión: aislamiento y sanciones deben ser excepcionales para conseguir la humanización de la prisión.

- . tratamiento educativo dirigido a cubrir necesidades sociales: instrucción, formación laboral, habilidades sociales.

- . tratamientos específicos: adicciones, libertad sexual, violencia doméstica...

- . duración razonable de la condena ya que si es desmesurada produce daños irreversibles

Todos estos objetivos chocan con la situación real de la prisión no solo en España sino también en otros países europeos, que pese a reconocer la ineficacia e injusticia de la prisión son testigos inermes ante la expansión de la prisión.

España esta sufriendo un aumento espectacular del número de reclusos ya que se ha pasado de 41.000 en el año 2001 a 57.000 en 2004 según datos de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, las razones que explican esta inusual subida pueden ser el aumento del número de extranjeros encarcelados, la reforma de la prisión provisional, la regulación de los juicios rápidos y la limitación de alternativas reales a la prisión ya que las existentes son limitadas.

El Consejo de Europa en 1976 aprobó la recomendación 65/1 para arbitrar medidas legales que evitaran la prisión especialmente en los delincuentes primarios, lo que supuso la desaparición en casi todos los países europeos de las penas cortas de prisión. Recientemente el

⁹ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. "Tendencias del actual Derecho Penal" en *Modernas tendencias en la*

Parlamento Europeo ha aprobado una propuesta de recomendación al Consejo (2003/2188(INI)) sobre los derechos de los detenidos en la Unión Europea en el que se refleja que en varios países europeos existe masificación, un imparable aumento de la población penitenciaria, un aumento de extranjeros, detenidos en espera de condena definitiva, deficientes condiciones de cumplimiento e incluso supuestos de malos tratos... todo ello supone una situación alarmante que le lleva a solicitar al Consejo que se revisen las Normas penitenciarias europeas para elevar los niveles de protección de los detenidos y se promueva la elaboración una carta penitenciaria europea con normas precisas sobre reeducación y reinserción social y alternativas a la cárcel entre otros objetivos, en definitiva se reafirma el principio resocializador como objetivo prioritario en su sentido humanizador de la prisión.

Esto significa que el llamado Derecho Penal de la seguridad que en los últimos años ha permitido endurecer la legislación penal y penitenciaria ha llegado demasiado lejos al extremo de debilitar las estructuras constitucionales del sistema penitenciario español basado en el principio de reeducación y reinserción social, por ello el futuro se ha de orientar a la recuperación del espíritu resocializador de la prisión que tiene como pilares inquebrantables el fomento de alternativas, la humanidad del cumplimiento, los contactos con el exterior y una duración respetuosa con la dignidad humana.