

LOS FINES DE LA PENA EN LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA

Vicenta Cervelló Donderis

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Publicado en Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la LOGP.
Madrid, 2005. Págs. 245 - 257

<http://www.cienciaspenales.net>

LOS FINES DE LA PENA EN LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA.
(Publicado en Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la LOGP. Madrid 2005
págs 245-257)

Vicenta Cervelló Donderis

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universitat de València

La participación activa en la organización de las Jornadas conmemorativas del XXV Aniversario de la LOGP en calidad de secretaria de las mismas me ha brindado la oportunidad de reflexionar a lo largo de toda su preparación sobre los cambios más relevantes que se han producido desde su aprobación en 1979 hasta nuestros días, especialmente los suscitados por el freno que provocaron las reformas de 2003 sobre la primordial finalidad de reinserción social, por ello el análisis de la respectiva vigencia de los fines de la pena cobra un especial protagonismo en esta radiografía de la evolución de la ley general penitenciaria durante sus primeros veinticinco años de existencia.

Si en algo fue clara la LOGP de 1979 fue en apostar claramente por la reinserción social como fin primordial de las Instituciones Penitenciarias, así lo declara expresamente su art.1, así como otros muchos preceptos entre los que destaca el art.72 al proclamar el sistema de individualización científica como paradigma de preponderancia de los aspectos individuales del condenado en la clasificación penitenciaria, por encima de otras variables como el tipo de delito cometido o la duración de la condena.

Esta afirmación no ha sido plenamente compartida por la doctrina penitenciaria española ya que a pesar de la voluntad de flexibilización en las progresiones y regresiones de grado e incluso en la misma clasificación en virtud de la combinación de grados permitida por el art.100.2 RP, lo cierto es que entre los criterios generales de clasificación recogidos en el art.63 LOGP aparece la duración de la condena, al igual que en los criterios específicos del primer grado señalados en el art.102.5 RP figuran referencias claramente objetivas como el tipo de delito cometido, o los medios de comisión violentos, que han provocado dudas sobre la subjetividad de sistema.

Si bien es cierto que el ideal resocializador suscitó numerosos cuestionamientos ideológicos a partir de los años setenta, ha sido a partir de la década de los noventa cuando más se ha tambaleado, especialmente por la irrupción del fenómeno mundial de

la protección a ultranza de la seguridad en la política social, penal y penitenciaria. La legislación española se ha sumado a este movimiento internacional que antepone la seguridad ciudadana a los derechos de los condenados y por ello las reformas penales de 2003 arrastran esta corriente neoconservadora que fluye por Europa desde influencias norteamericanas (Wacquant), caracterizada por apostar claramente hacia la prioridad de otros fines penales en detrimento de la resocialización, que queda como una inspiración casi nostálgica de la pena de prisión; en este sentido las reformas penales y penitenciarias de 2003 se presentaron como una apuesta para fortalecer la seguridad ciudadana y asegurar la efectividad del castigo, mientras que la doctrina penal y penitenciaria, lo recibía, siguiendo el término acuñado por Jakobs, como el Derecho Penal del enemigo representado en la demonización del adversario, especialmente los responsables de los delitos más graves.

En este forzado nuevo enfoque del sentido y fines de la pena de prisión, destaca la llamada justicia de reparación con una especial atención a la satisfacción de la víctima, la prevención general con una clara intención de satisfacer la demanda social de endurecimiento punitivo y sólo en último lugar alguna referencia puntual resocializadora directamente dirigida a grupos específicos de delincuentes.

I Intervención de la víctima (justicia reparadora)

Si bien el Código Penal ya tiene algunas referencias a la participación de la víctima en el sistema punitivo, como por ejemplo la audiencia a la víctima en la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos perseguibles a instancia de parte (art.86), la necesidad de satisfacción de la responsabilidad civil tanto en la misma suspensión de la ejecución (art.81.3), como en la cancelación de antecedentes penales (art.136) o la valoración del esfuerzo en la reparación en la sustitución de la pena (art.88), ha sido la reforma introducida por la ley 7/2003 la que claramente ha iniciado la irrupción de la víctima en la ejecución penitenciaria en tres planos:

Satisfacción económica: El art.72 LOGP y por remisión el art.90 CP exigen tanto para la clasificación o progresión a tercer grado como a la libertad condicional, que el condenado haya satisfecho la responsabilidad civil, dando a tales efectos una serie de criterios como la conducta del condenado dirigida a afrontarla, su capacidad patrimonial presente y futura, las garantías de pago futuro, el enriquecimiento derivado del delito, el daño al servicio público, la naturaleza de los daños o el número de perjudicados. Tras

una primera interpretación restrictiva recogida por la Instrucción 9/2003 de la DGIP que lo entendía de forma absoluta como el pago efectivo sin contemplar siquiera la excepción de la insolvencia, tanto la Circular 1/2003 de la Secretaría de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil de Cataluña como la Instrucción 2/2004 de la DGIP le han dado una perspectiva de prevención especial al flexibilizarla valorando el esfuerzo y compromiso de pago futuro de quienes carecen de recursos para afrontar su deuda pero manifiestan su intención de hacerlo en cuanto disfruten de un trabajo remunerado en tercer grado o libertad condicional.

Pese a estas evidentes mejoras en la interpretación de este requisito, su exigencia en la clasificación no sólo desvirtúa el espíritu del sistema de individualización científica sino que condiciona la evolución penitenciaria a un criterio civil meramente compensatorio que puede no coincidir con las expectativas de reinserción salvo en los casos de manifiesta voluntad de impago.

Satisfacción moral: También tanto en la clasificación o progresión a tercer grado como en la libertad condicional se exige a los condenados por terrorismo o delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas y colaboren activamente con las autoridades, lo que puede ser acreditado por la declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y actividades violentas, la petición expresa de perdón a las víctimas de su delito o informes técnicos que acrediten el distanciamiento de la organización .

Tal exigencia además de no garantizar un alejamiento del delito supone una interferencia en el ámbito ideológico del sujeto que difícilmente habrá cambiado si como ocurre en la mayoría de los casos conlleva una ejecución penitenciaria anclada en el primer grado con ausencia de permisos, de actividades de tratamiento y en definitiva de una mínima orientación resocializadora. Por ello una primera medida que puede facilitar el cumplimiento de este requisito con garantías de certeza es la reducción y limitación del primer grado, siguiendo la propuesta de Ríos Martín, y la incorporación en los programas de tratamiento de vías de mediación que faciliten el complicado y casi imposible acercamiento, sin el debido asesoramiento, entre agresor y víctima.

Hay que tener en cuenta que esta intervención de la víctima sin la debida preparación por profesionales sólo puede conducir a potenciar el sentimiento vindicativo, por ello resulta necesaria la creación de programas de mediación que acerquen las posturas de agresor y víctima con una visión constructiva reparadora. En

este sentido ya existen programas de mediación penal comunitaria (Segovia Bernabé) que ayudan al infractor a asumir las consecuencias de la infracción cometida poniéndose en el lugar del agredido y a reparar los daños a la víctima con notables ventajas respecto a los procedimientos formales para todos los intervinientes y para la sociedad en general.

Audiencia: Finalmente se ha incorporado también en el Código Penal la posibilidad de oír a las partes para el levantamiento del periodo seguridad por el Juez de Vigilancia (art.36), la vuelta al régimen general para el cálculo de los plazos de permisos de salida, tercer grado y libertad condicional (art.78) y la concesión de la libertad condicional cualificada que permite un adelantamiento adicional (art.91). La referencia a las partes implica Instituciones Penitenciarias y demás partes personadas, lo que como señala Acale Sánchez puede conducir a perpetuar la condición de víctima y dificultar el olvido del delito.

II La defensa frente al terrorismo y la delincuencia organizada (prevención general)

Tampoco es nueva esta diferenciación de la penalidad de los delitos de terrorismo respecto al resto de delitos, ya que el Proyecto de Código Penal de 1992 ya señalaba para estos delitos y los de narcotráfico que “los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena y la libertad condicional se calcularán sobre la totalidad de la pena impuesta por el Tribunal”, respecto a la diferencia de trato con otros delitos el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto entendió que no se vulneraba el principio de igualdad por tratarse de una regla general para todos los que incurrieran en tales conductas delictivas.

El art.78 CP 1995 mantuvo esta figura restrictiva si bien con importantes modificaciones ya que se extendía a todos los delitos, se limitaba a los casos en que la pena resultante del concurso quedara por debajo de la mitad de la condena real, se condicionaba a la peligrosidad del sujeto y se permitía la posibilidad de que el Juez de Vigilancia lo modificara por la buena evolución del tratamiento reeducador y pronóstico de reinserción social.

Los luctuosos hechos terroristas sufridos en los últimos años han ido generando una corriente de rechazo social, potenciada por los medios de comunicación social que mostraban una imagen de sociedad desarmada e inerme frente al fenómeno terrorista que no sólo no disminuía sino que se aprovechaba de los medios legales para ver

reducidas considerablemente sus condenas (E.M. ley 7/2003), por ello la reforma se presentaba como una forma de “evitar que la resocialización sea un instrumento al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto”

Si bien la aprobación del CP 1995 con la desaparición de la redención de penas por el trabajo ya había supuesto un gran avance en la seguridad jurídica y la proporcionalidad de la pena, ajustando la pena impuesta con la pena cumplida, *la Ley 7/2003 de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas* aprobada por las fuerzas políticas mayoritarias supuso un endurecimiento, sin precedentes en toda la etapa democrática, en las penas impuestas a condenados por terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales en los siguientes términos:

a) La primera novedad es la inclusión de un nuevo límite concursal de 40 años, superior incluso al del CP de 1944, si el sujeto ha sido condenado a dos o más delitos y al menos dos de ellos están castigados con penas de prisión de más de veinte años o bien siendo dos o más de ellos de terrorismo, alguno se castiga con pena de prisión de más de veinte años. La valoración de la gravedad de los delitos que forman el concurso puede ser positiva en orden a un mayor respeto al principio de proporcionalidad, sin embargo la fijación de un límite tan amplio de cumplimiento es a todas luces incoherente con el art.25.2 de la Constitución, pasando a ser una especie de prisión perpetua, en el sentido europeo del término.

b) La segunda es la prohibición expresa del art.36.2 CP de eximirles del periodo de seguridad en condenas de más de cinco años, con lo cual en todo caso habrán de cumplir la mitad de la condena para poder ser clasificados en tercer grado. Esto significa que el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social por las circunstancias personales del reo y del tratamiento reeducador no tiene ninguna validez a efectos de progresión ya que aunque sea aconsejable el paso a tercer grado se deberá mantener en un grado inferior, disposición claramente contraria a lo previsto en el art.72.4 LOGP que prohíbe mantener a un interno en un grado inferior al que merezca por la evolución de su tratamiento. Si la intención del legislador es adecuar como dice la E.M. la pena impuesta con la pena efectivamente cumplida es claro que se confunde la aplicación judicial donde ha de regir el principio de proporcionalidad de las penas con la ejecución penitenciaria, donde el principio prioritario ha de ser el de resocialización, lo contrario conduce a valorar de nuevo en esta fase de la pena la gravedad del delito, reiterando con ello en sede de ejecución la valoración ya realizada por el legislador.

Un precepto similar en la LORRPM (L.O.5/2000) fue precedente de esta situación, al exigir unos específicos límites temporales (un año de cumplimiento y la mitad de la condena respectivamente en los casos de extrema gravedad y de delitos graves) antes de que el Juez de Menores pueda hacer uso de las posibilidades de sustitución o suspensión de la medida judicial impuesta, algo absolutamente contradictorio con el interés preferente del menor que la ley sitúa como principio inspirador de toda la Ley y que en teoría debería permitir que la medida se adapte a la evolución del menor en todo caso.

c) Además tanto en tercer grado como en libertad condicional se añaden para estos delitos los requisitos específicos de abandono de la actividad criminal y colaboración activa con las autoridades, ya mencionados anteriormente.

d) En el art.78 CP se les exige unos plazos específicos de cumplimiento real de la condena para poder volver al régimen general de aplicación del concurso a efectos de tercer grado (cuando quede por cumplir 1/5 del máximo de cumplimiento, vgr. en penas de 40 años:32 años) y libertad condicional(cuando quede por cumplir 1/8 del límite máximo, vgr. en penas de 40 años: 35 años); en el caso de los permisos no hay excepción y si se aplica el art.78 es irreversible por lo tanto hasta que no se cumpla una cuarta parte de la condena total no se podrá disfrutar de permisos de salida. Teniendo en cuenta que ahora la aplicación del art.78 ha dejado de ser facultativa para pasar a ser obligatoria en los casos a) b) c) y d) del art.76, y que ha desaparecido el criterio de la peligrosidad se puede deducir que en los supuestos concursales más graves de terrorismo el art.78 será de aplicación automática aplazando, en el mejor de los casos, casi al momento de la excarcelación definitiva la posibilidad de acceder al tercer grado o a la libertad condicional.

e) Estos sujetos asimismo quedan fuera de la aplicación de la libertad condicional anticipada y la nueva figura cualificada que permite adelantar 90 días por año efectivo de cumplimiento, lo que supone excluirles de formas absoluta de un beneficio penitenciario concebido para facilitar la reinserción social, a la que según esta reforma no tienen el mismo derecho que el resto de condenados.

f) Y finalmente en caso de revocación de libertad condicional sólo en estos delitos se contempla la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, a diferencia de los demás delitos donde dicho periodo ya cumplido se respeta.

Todas estas situaciones responden a una clara preferencia de la prevención general positiva que persigue la pacificación social a través de la vigencia de las normas,

provocando un desplazamiento insalvable de la reinserción social que se va a ver absolutamente obstaculizada con estas medidas inocuizadoras que sólo persiguen apartar al delincuente para proteger a la sociedad y reforzar el carácter simbólico del Derecho Penal (González Cussac). El mismo informe del Consejo del Poder Judicial señala que la incorporación del periodo de seguridad refleja la entrada en la fase de ejecución penal de las ideas de defensa del orden jurídico y del sentimiento de la comunidad sobre la vigencia de las normas, prevaleciendo con ello consideraciones de prevención general sobre las de prevención especial.

III Tratamientos específicos: violencia doméstica y drogadicción (reinserción social)

En este desolador panorama en el que los objetivos de reinserción ceden ante otras prioridades sociales actuales como son la protección a ultranza de la sociedad frente a la delincuencia con medidas represivas desprovistas de finalidades resocializadoras, la única muestra de interés por la recuperación social del condenado la forman el compromiso de intervención educativa en dos fenómenos delictivos que preocupan especialmente a la sociedad actual.

En el caso de la violencia doméstica se han potenciado dos vías que se estaban utilizando en la actualidad gracias al esfuerzo de las instituciones implicadas ante la evidente escasez de medios materiales: en primer lugar la posibilidad de imponer en la suspensión de la ejecución de la pena como regla de conducta la participación en programas formativos (art. 83 CP) y en segundo lugar en sede de ejecución la creación de programas específicos bajo el amparo genérico del art.116 RP que permite los programas de actuación especializada.

En el primer caso la reforma del CP incorporada por la ley 15/2003 ha reforzado los programas de tratamiento como un complemento imprescindible a las alternativas a la prisión de corta duración, en este sentido el art. 88 CP limita la sustitución de la pena de prisión en el delito del art. 173.2 a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad unido a la sujeción de programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y al alejamiento de la víctima, si bien en la suspensión de la ejecución el legislador contempla en el art. 83.6 CP el alejamiento de la víctima en un sentido más inocuizador que resocializador. La Ley integral de medidas contra la violencia de género 1/2004 ha mejorado sustancialmente esta previsión al exigir tanto en la sustitución como en la suspensión de la ejecución de la pena de todos los delitos relacionados con la violencia

de género la imposición obligatoria tanto del alejamiento a la víctima como de la participación en programas formativos.

En cuanto al segundo supuesto el art. 42 de la Ley integral de medidas contra la violencia de género emplaza a la Administración penitenciaria a realizar programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género, y señala que las Juntas de Tratamiento valorarán en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas por parte de los internos referidos, lo que supone una apuesta por entender que incluso en los casos graves la prisión no es una solución si no se le da un contenido resocializador apropiado.

Lo único cuestionable de esta reforma legal de la violencia doméstica que aboga por el tratamiento resocializador como una forma de prevención es la exclusión expresa en estos delitos de la mediación que hace el art.44.5 de la Ley integral de medidas contra la violencia de género, ya que su utilización podría contribuir satisfactoriamente al tratamiento del germen de la conducta delictiva.

En cuanto al tratamiento penológico de la drogodependencia se ha potenciado la prevención especial al ampliar el art. 87 la posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena en los penados que cometan el hecho delictivo a causa de su dependencia a sustancias tóxicas, mediante la modificación de los elementos que dificultaban su aplicación:

Se ha ampliado el ámbito de aplicación ya que antes se refería a penas privativas de libertad no superiores a tres años, lo que dificultaba mucho su aplicación en virtud de la gravedad de los delitos cometidos en estos casos, y ahora se permite la suspensión de penas no superiores a cinco años.

Se ha suprimido la exigencia de no ser habituales, lo que era un gran escollo ya que la mayoría de estos sujetos lo son, en función del criterio legal de habitualidad señalado por el art. 94 CP, sin que ello excluya su posible voluntad de desintoxicación.

Se exige en todo caso informe del médico forense para acreditar el indispensable requisito para conceder la suspensión, de que el condenado esté deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin y se marca la periodicidad de los informes de los centros de tratamiento que no ha de ser superior a un año.

Es decir, en estos casos el legislador ha dado un fuerte impulso a la orientación resocializadora de la punición de quienes cometen el delito como consecuencia de su drogodependencia, lo que debe ser completado con una atención y asistencia adecuada

dentro de la ejecución penitenciaria con la potenciación de su cumplimiento extrapenitenciario a través del art.182 del Reglamento Penitenciario

IV Conclusiones finales

Como ha quedado expuesto las últimas reformas legales han dado un giro inesperado al fin primordial de reeducación y reinserción social de las penas y medidas de seguridad propugnado por el art.25.2 de la Constitución Española y por el art. 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, sin embargo dado el carácter de Ley Fundamental de la primera el resto de normas legales no sólo han de respetar el contenido de su texto sino que han de ser interpretadas de conformidad con sus principios programáticos, lo que sitúa a la reeducación y reinserción social como fin prioritario e indiscutible de las Instituciones Penitenciarias, sin excluir el correspondiente papel en ésta y otras fases de la pena de los fines de retribución y prevención general como el propio Tribunal Constitucional ha señalado en diversas ocasiones(STC 55/1996 de 28 de Marzo).

Para ello las nuevas reformas legales han de dar lugar a una aplicación de las mismas dentro del marco constitucional referido lo que implica las siguientes consecuencias:

- La protección a la víctima no deber ser utilizada como una plataforma hacia reacciones vindicativas sino como la defensa de todos sus intereses como pueda ser no sólo los económicos sino también los psicológicos, sociales o traumáticos, por ello su entrada en la ejecución de la pena no es aconsejable si no va precedida de la necesaria preparación de su papel frente al agresor en bien de la comunidad en general, en este sentido los programas de mediación entre agresor y víctima han de ser potenciados para despertar en el agresor el comportamiento reparador y de responsabilidad de su conducta y en la víctima la superación del delito y la compensación de los daños sufridos.
- El desorbitado endurecimiento de las penas y el impedimento de las figuras penitenciarias que favorecen la reinserción, no tienen más utilidad que la de priorizar el carácter simbólico del Derecho Penal en detrimento de los derechos constitucionales del condenado, por ello un programa integral contra la delincuencia no puede despreciar las posibilidades de reinserción por las ventajas que pueda comportar para el alejamiento del delito. Por ello las medidas que están en disposición de favorecer la disminución del delito no son precisamente la agravación de las penas y de las condiciones penitenciarias, sino más bien todo lo

contrario: una adecuada clasificación con criterios técnicos y no políticos, un progresivo acceso a los permisos de salida y al tercer grado cuando las condiciones del sujeto lo aconsejen y la mejora, ampliación y especialización de las actividades de tratamiento que permitan dar sentido a la privación de libertad alejándola de una mera inocuización.

- Finalmente la reinserción social debe ir especializándose ante la evidencia de que no todos los sujetos están necesitados de la misma intervención, de ahí que se esté tendiendo poco a poco a la diversidad de consecuencias penales en función de los delitos cometidos y de las circunstancias personales del sujeto. En este sentido programas específicos contra la violencia de género, contra la drogodependencia, contra la delincuencia sexual o contra comportamientos agresivos en general son la vía hacia la que se ha de caminar, sin olvidar que las alternativas a la prisión en los supuestos legales actúan como un claro medio no desocializador.

Bibliografía

Acale Sánchez, M. Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas, en Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización. Valencia 2004

González Cussac, J.L. La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal. Revista Jurídica Galega nº 38, 2003.

Magro Servet, M. La aplicación de los planes formativos de reeducación de los maltratados. Actualidad Aranzadi nº 630 2004.

Ríos Martín, J.C. La Justicia penal vista desde las consecuencias. CDJ Derecho Penitenciario II Madrid 2004

Segovia Bernabé, J.L. Problemática en torno a la reinserción social. CDJ Derecho Penitenciario II Madrid 2004

Wacquant, Loïc Las cárceles de la miseria (versión de Horacio Pons) Madrid 2000