



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.
San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Octubre 1989.

II Jornadas Penitenciarias Vasco-Navarras

• Enrique Múgica Herzog. "Conferencia de Apertura"	13
• Alfonso Aya Onsalo. "La defensa jurídica del interno en centro penitenciario"	19
• J. Antonio García Andrade. "Existen alternativas a la prisión"	29
• Santiago Mir Puig. "¿Qué queda en pie de la resocialización?"	35
• Heriberto Asencio Cantisan. "El sistema de sanciones en la Legislación penitenciaria"	43
• J. L. de la Cuesta Arzamendi. "La relación régimen penitenciario - resocialización"	59
• Luis Garrido Guzmán. "Los permisos de salida en el ordenamiento penitenciario"	65
• Lorenzo Morillas Cueva. "Algunas precisiones sobre el régimen penitenciario"	79
• Francisco Bueno Arús. "¿Tratamiento?"	89
• Borja Mapelli Caffarena. "La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario"	99
• Elena Pérez Fernández. "Intervención en los centros penitenciarios de Catalunya"	113
• Robert Cario. "Femmes et prison"	127
• Reynald Ottenhof. "Les femmes et la prison"	141
• "Acto de entrega del Libro Homenaje al Prof. Beristain"	145
• Antonio Beristain. "Aportación de los Institutos de Criminología a las Instituciones penitenciarias"	161
• Francisco Muñoz Conde. "La prisión en el estado social y democrático de derecho"	165
• Enrique Ruiz Vadillo. "Estado actual de la Justicia penal (Su necesaria y urgente reforma)"	173
• José Ignacio García Ramos. "Coordinación penitenciaria"	185
• Günter Blau. "Las competencias penitenciarias de los estados de la R. F. Alemana"	189
• Joaquín Giménez García. "Coordinación penitenciaria"	199
• J. J. Hernández Moreno. "La Coordinación entre las administraciones penitenciarias"	205
• Tony Peters. "Internamiento en prisión en Europa: Datos y comentarios a partir del ejemplo de la política penal y penitenciaria belga"	211
• Tony Peters. "Justicia penal y bienestar social en Bélgica"	221
• I. Murua, J. Ramón Guevara, T. Peters. "Acto solemne de clausura"	235
• A. Maeso Ventureira. "II. Eusko - Nafar Presondegi Ihardunaldiak"	243
• Christian Debuyst. "Perspectives cliniques en criminologie. Le choix d'une orientation"	251
• Luz Muñoz González. "La criminología radical, la nueva y la crítica"	267
• Andrzej Wasek. "Die Strafrechtsreform in Polen"	283

LA PRISION EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO: Prevención general versus prevención especial: ¿Un conflicto insoluble?

Francisco MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Sevilla*

1. El problema fundamental del Derecho Penal se encuentra en el conflicto existente en su seno entre prevención general y especial. Este conflicto se trasluce luego en cada una de sus instituciones, y muy particularmente en el Derecho penitenciario, provocando su disfuncionalidad tanto en el interior del sistema jurídicopenal como en sus relaciones con otros sistemas de regulación de la convivencia social.

Este conflicto, de algún modo inmanente a todas las instituciones del Derecho penal no es más que el eterno conflicto existente entre individuo y sociedad.

Todo el sistema jurídicopenal constituye una especie de cuadratura del círculo en el que se trata de compaginar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, con los derechos de una sociedad que vive con miedo, a veces real, a veces supuesto, a la criminalidad.

La sociedad tiene derecho a defender sus intereses, recurriendo a la pena si ello fuera necesario. El delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma.

Históricamente, el conflicto se ha resuelto siempre en favor de la sociedad, es decir, de la *prevención general*. Nada extraño, si se tiene en cuenta que tanto el Derecho penal como todos los sistemas de control social en general están pensados para la protección de intereses prioritariamente colectivos o sociales, incluyendo también en ellos los de los individuos que integran el colectivo. Sólo secundariamente se piensa también en los derechos del delincuente, pero en un segundo plano y sin cuestionar en ningún caso la necesaria defensa de la sociedad.

2. Este fue también el sentido que originariamente tuvieron las penas privativas de libertad. Cuando la pena privativa de libertad aparece como pena ordinaria en el catálogo de sanciones aplicables a los que habrían cometido un delito, nadie pensaba que la cárcel sirviera para otra cosa que para castigar, del modo más duro posible, a los que alguna vez habrían quebrantado las normas fundamentales vigentes en la sociedad. Otras funciones, reeducadoras o rehabilitadoras del delincuente, quedaban relegadas a un segundo plano o todo lo más admitidas como efectos secundarios concomitantes al castigo del delincuente y a la intimidación de los demás, que era lo que realmente se pretendía. Como ha destacado FOUCAULT, en aquella época se estaba todavía en la fase más burda de castigar el cuerpo, sin pensar en controlar el alma.

Sin embargo, pronto aparece en la evolución de los sistemas penitenciarios, en función de la transformación de las relaciones de poder del cuerpo social entero, una mayor preocupación por la persona del delincuente, por su recuperación y por su futuro. No ajena a esta preocupación es la tendencia hacia formas cada vez más sutiles y perfeccionadas de control social que favorece el progreso de las ciencias de la conducta y de las técnicas de manipulación del comportamiento humano. A ella contribuyó, sin embargo, también el renacimiento, tras la Segunda Guerra Mundial, de las ideas humanistas que, en los años sesenta y setenta, sirvieron para configurar un Derecho penitenciario más humano dirigido a la *resocialización* antes que al castigo del delincuente.

En la alternativa entre “seguridad y socialización”, el sistema penitenciario había optado claramente por lo segundo, haciendo del tratamiento del recluso el instrumento ideal para conseguir su resocialización. En la moderna concepción del Derecho penitenciario la idea de sufrimiento y castigo habría sido definitivamente abandonada y sustituida por otra más humana de recuperación del delincuente para la sociedad.

Frente a un Derecho penal tradicional predominantemente preventivo general tendríamos ahora un Derecho penitenciario orientado primordialmente a la prevención especial y dentro de ella a la resocialización del delincuente.

3. Hasta aquí, el planteamiento ideal o teórico de la cuestión. No constituye, sin embargo, ninguna novedad decir ya en este momento que las cosas no son tan fáciles o idílicas como a primera vista pudiera parecer. La actual relación entre Derecho penal y Derecho penitenciario es una “relación atormentada”, que se traduce en una serie de conflictos cada vez más frecuentes y difícilmente solucionables, amenazando la estabilidad y la funcionalidad del sistema jurídicopenal en su conjunto.

Tampoco la praxis del sistema penitenciario cumple esas metas que teóricamente se le asigna y sigue cumpliendo en la mayoría de los casos un función predominantemente asegurativa y custodial, muy lejos de la meta ideal resocializadora que la propia Ley General Penitenciaria propone en su art. 1.

Son varias las causas de esta situación que con brevedad vamos a analizar aquí.

4. La misión del Derecho penal no consiste sólo en proteger bienes jurídicos y el correcto funcionamiento del sistema social de convivencia, sino también en limitar el poder punitivo del Estado que, decidido a acabar a toda costa con la criminalidad, puede imponer sanciones excesivas sacrificando con ello las garantías mínimas de los individuos y la idea de proporcionalidad. Prácticamente todas las instituciones juridicopenales del Estado de Derecho están pensadas también como límites del poder del Estado, trazando, a partir de una serie de principios generales de rango incluso constitucional, unas “reglas del juego” a las que todos, incluido el Estado, tienen que atenerse.

En el ámbito de la *determinación de la pena* estas reglas se traducen en la fijación de unos límites, máximo y mínimo, de duración de la pena que vienen fijados de antemano por la ley y que nadie puede traspasar, cualquiera que sean sus intenciones o propósitos. Estos límites están trazados con criterios preventivos generales que nada tienen que ver con los problemas y necesidades concretas del autor del delito que luego resulta condenado a una pena privativa de libertad.

Desde el punto de vista resocializador penitenciario, la *duración de la pena puede ser excesivamente corta* para conseguir un tratamiento mínimamente eficaz de los problemas y las inclinaciones delictivas del individuo condenado (piénsese en un “habitual” contra la propiedad, condenado por un delito de escasa gravedad), y, sin embargo, con los principios del Estado de Derecho en la mano, hay que ponerlo en libertad el mismo día que cumpla su condena, cualquiera que sea el pronóstico o el éxito obtenido en el tratamiento durante su estancia en la cárcel.

Otras veces, también desde el punto de vista resocializador penitenciario, la *duración de la pena puede ser demasiado larga* e incluso contraproducente o innecesaria para el adecuado tratamiento del recluso. La lógica del sistema penitenciario impone para estos casos la creación de una serie de instituciones que permitan acortar la duración de la pena a límites compatibles con las necesidades del tratamiento. Y así es como surgieron, todavía en el derecho penal tradicional, instituciones como la libertad condicional y, más modernamente, en el derecho penitenciario, los llamados *beneficios penitenciarios* que, de hecho, suponen la reducción de la pena en un tercio de su cumplimiento efectivo (cfr. art. 256 Rgto. Penitenciario).

El problema juridicoconstitucional de estos *beneficios penitenciarios* y de otras instituciones similares (indultos particulares, etc.) es que dejan prácticamente en manos de la Administración la posibilidad de acortar sensiblemente la duración efectiva de las penas privativas de libertad, con lo que ello comporta de lesión al principio de división de poderes y al necesario control judicial del poder punitivo del Estado. Por otra parte, la concesión de estos beneficios se condiciona a un “buen comportamiento penitenciario” del recluso, que muchas veces nada tiene que ver con su efec-

tiva resocialización. Por eso, la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 prevé la derogación de los arts. 256 y 257 del Rgto. Penitenciario y en su lugar potencia otras instituciones como los sustitutivos de la pena privativa de libertad, que son concedidos por el juez o tribunal a la hora de determinar la pena, siempre que se den unos requisitos mínimos fijados generalmente con criterios preventivos generales.

Pero el problema sigue sin resolverse: en caso de conflicto entre prevención general y prevención especial ¿a quién dar la primacía?, ¿qué sentido tiene la prolongación de una pena privativa de libertad cuando, desde el punto de vista penitenciario, es perturbadora o contraproducente para la resocialización del delincuente? o, a la inversa, ¿qué sentido tiene la meta preventiva especial, si luego la duración de la pena se determina con criterios preventivos generales?

La tensión dialéctica entre ambas metas se compadece mal con la deseable armonía entre el Derecho penal y el Derecho penitenciario y es difícilmente solucionable a corto plazo. La función preventiva especial del Derecho penitenciario queda, pues, condicionada a la consecución de otras metas que siguen, hoy por hoy, constituyendo la razón predominante de todo el Ordenamiento jurídicopenal.

5. Pero no todos los problema que tiene el Derecho penitenciario para conseguir sus metas le vienen dados desde fuera; es más, creo que los principales obstáculos que actualmente tiene el Derecho penitenciario para conseguir la meta resocializadora se encuentran dentro del mismo y es aquí donde hay que buscar las causas de su inutilidad y de su ineficacia, desde el punto de vista preventivo especial.

Si se examinan con detenimiento no sólo la praxis, sino también los preceptos legales y reglamentarios que regulan el sistema penitenciario, pronto se verá que por todas partes se encuentran instituciones, modelos y datos difícilmente compaginables cuando no simplemente contrarios a las metas resocializadoras que teóricamente se propone alcanzar. Veámoslo con algunos ejemplos más concretos.

La contradicción entre prevención general y prevención especial se da también dentro del propio sistema penitenciario. El fin primordial de la *reeducción y reinserción social*, queda muchas veces supeditado en la praxis penitenciaria a finalidades puramente defensistas, de vigilancia y control de los reclusos. Sucede esto sobre todo en los establecimientos cerrados a que alude el art. 10 de la Ley General Penitenciaria (los llamados centros de máxima seguridad). A este respecto, el art. 46 del Rgto., decía en su n.º 1.º que “los principios de seguridad, orden y disciplina informarán con carácter prevalente la vida de estos establecimientos”. Y aunque el Real Decreto 787/1984 de 26 de marzo, haya modificado este precepto añadiéndole un párrafo en el que las finalidades de tratamiento son también tenidas en cuenta (“debidamente armonizadas con la exigencia de que no impidan las tareas de tratamiento de los internos”), inmediatamente se observa en otros preceptos, también reformados por el Real Decreto de 1984, que no son razones estrictamente penitenciarias de “peligrosidad extrema o de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto”, como dice el art. 10 LGP, los que justifican la inclusión de los reclusos en este tipo de establecimientos, sino también razones jurídicopena-

les de carácter preventivo general. Así, por ej., dice el pfo. 3.º del art. 43, tras la reforma de 1984, que para la apreciación de la peligrosidad o inadaptación habrá que valorar globalmente factores tales como:

- “a) pertenencia a organizaciones delictivas...
- b) el número y cuantía de condenas y penas graves en período inicial de cumplimiento”.

Lo cual quiere decir que por encima de razones estrictamente penitenciarias, hay otras, fuera del régimen penitenciario, que justifican la adopción de un régimen tan severo y contrario al espíritu resocializador como es el de máxima seguridad. Tal como dispone el pfo. 3 del art. 43, los condenados por pertenencia a bandas armadas u otras organizaciones delictivas (terroristas, mafia) o por delitos con el máximo de privación de libertad (asesinato, robo con homicidio doloso, etc.), difícilmente pueden “gozar”, de entrada, de otro régimen que no sea el del establecimiento cerrado. Es evidente que una regulación de este tipo pone una vez más, por encima de cualquier consideración preventiva especial, la finalidad preventiva general defensiva e intimidatoria. Y es evidente también que ello supone una clara contradicción con la finalidad primordial del sistema penitenciario.

Esta contradicción es difícilmente superable. La finalidad preventiva especial, sobre todo en su vertiente resocializadora, sigue siendo todavía más un *desideratum* que una realidad. Tampoco puede olvidarse que no hay mayor prevención general que la que se da cuando la pena es efectivamente cumplida. Los esforzados intentos por convertir el período temporal de cumplimiento en algo positivo, en un tiempo lleno de sentido para el recluso y para la sociedad, aún no han llegado a materializarse en algo definitivo. El *mito de la resocialización* sigue invocándose más como un fantasma que como una realidad del sistema penitenciario. La vinculación de éste a las finalidades preventivas generales del Derecho penal material dificultan la búsqueda autónoma de una meta preventiva especial que no sea compatible con aquéllas. Las propias lacras inherentes al sistema penitenciario mismo la dificultan aún más. La crisis de la pena privativa de libertad sigue siendo y será su incapacidad para superar el carácter preventivo general que está en su origen. Ello es una buena prueba más de la necesidad de su abolición y de su progresiva sustitución por otros sistemas alternativos a las mismas.

6. Pero ¿hasta qué punto está la sociedad dispuesta en estos momentos a buscar y fomentar esas alternativas a la prisión?

Tomemos como punto de reflexión final sobre este conflicto, a mi juicio insoluble, entre prevención general y prevención especial, algunos casos recientes que han conmovido a la opinión pública.

Uno de ellos se produjo en noviembre de 1988: un peligroso delincuente condenado a una larga pena privativa de libertad por un delito de robo con toma de rehenes (asalto al Banco Central de Barcelona en mayo de 1981) mata a dos policías cuando disfrutaba de un permiso carcelario de seis días, obtenido probablemente por su buen comportamiento penitenciario y porque se daban todos los requisitos exigidos reglamentariamente para ello. Naturalmente, puede sorprender que un re-

cluso condenado a 30 años de prisión pueda disfrutar de un permiso, por muy bueno que sea su comportamiento, cuando no lleva más de 7 años de cumplimiento. Pero tampoco hay por qué excluir que en éste y otros casos similares las autoridades penitenciarias apuesten por el permiso, bien porque estén finalmente convencidas de la resocialización del recluso, bien porque quieran ir dándole un margen de confianza necesario para el éxito del tratamiento, bien por simples razones de humanidad.

El problema de estos permisos es y será siempre el del fallo del recluso, el que lo aproveche para fugarse y para cometer delitos mientras esté en libertad. Ciertamente el número de fracasos de este tipo no llega, según los informes penitenciarios más recientes, al 1% de los casi 100.000 permisos concedidos anualmente. Pero esto supone reconocer que por lo menos unos 1.000 reclusos no regresan al final de su permiso, y es probable que algunos de ellos sean autores de delitos que tuvieron gran repercusión social o produjeron graves daños.

Pero no ya sólo el fracaso, es decir, el aprovechamiento de los permisos para la fuga, sino el permiso como tal es, a veces, lo que produce la alarma y el escándalo social antes aludido. Famosos delincuentes, condenados por su intervención en asesinatos, violación, etc., han disfrutado de alguno de estos permisos y, aun habiendo regresado al centro penitenciario, su concesión misma ha motivado incluso la apertura de expedientes al Juez de Vigilancia penitenciaria (caso del Juez de Vigilancia penitenciaria de Valladolid que concedió uno de estos permisos al ultra Hellín, condenado por su participación en el asesinato de Yolanda González).

Lo mismo se puede decir *mutatis mutandi* de la concesión del régimen abierto en casos similares, se aproveche o no su concesión para la fuga del recluso. Reciente (marzo de 1989) es la polémica sobre la situación penitenciaria del Teniente Coronel Castillo Quero, condenado en el famoso "caso Almería" por la muerte de dos jóvenes a los que confundió con peligrosos terroristas. Dicho militar trabaja fuera de la prisión, sale a las 7,30 de la mañana y regresa a las 9,30, sin más control que el de tener que pernoctar en la prisión.

Ciertamente, no parece que en ninguno de estos casos se haya vulnerado, formalmente al menos, la legislación penitenciaria. Y tampoco su filosofía, dejando a salvo cualquier arbitrariedad que en algún caso concreto se pueda detectar y que, obviamente, debe ser considerada como prevaricación y dar lugar a las correspondientes responsabilidades penales o disciplinarias. Renunciar en estos momentos a los permisos de salida y al régimen abierto, supone renunciar a los únicos instrumentos capaces de humanizar todavía hasta cierto punto el sistema penitenciario y acercarlo al modelo resocializador que teóricamente le sirve de base. Pero una cierta dosis de escándalo y de alarma en la opinión pública ante algunos de estos permisos o de sus fracasos, es inevitable. Como también parece inevitable el seguir concediéndolos y fomentando esta política de *liberación progresiva*, de *preparación para la vida futura en libertad*, si es que se quiere mantener un mínimo de credibilidad en los propósitos resocializadores del sistema penitenciario. Sólo que en los "casos límite", que son los que producen conmoción en la opinión pública, nadie cree en

las bondades del sistema y se exige la vuelta al “pan y agua” de las viejas cárceles inquisitoriales.

Dar la razón *a priori* a una de las partes del conflicto, al individuo delincuente, que quiere seguir formando parte de la sociedad y volver a recuperar su libertad lo antes posible, o a la sociedad, que tiene una evidente preocupación porque sus mandatos fundamentales no sean vulnerados impunemente, parece una tarea vana e ingenua, cuando no un auténtico “círculo vicioso” en el que siempre se regresa al mismo punto sin haber logrado solucionar ninguno de los problemas existentes. Sin embargo, por más que sea inevitable e incluso inmanente al propio sistema la existencia del conflicto entre ambas formas de entender los fines de la pena, la preventiva general y la preventiva especial, no por ello debe abandonarse la tarea de buscar una solución de compromiso que permita en el caso concreto adoptar decisiones racionales por parte de las autoridades penitenciarias.

Punto de partida debe ser el abandono definitivo de cualquier planteamiento puramente expiacionista o retribucionista de la pena. La diferencia entre la pena privativa de libertad y las demás penas, es el componente custodial y de garantía para la sociedad que tiene aquélla en relación con el recluso que, durante el tiempo que esté en prisión, no puede, normalmente, delinquir. Este aspecto custodial es, pues, un elemento esencial de la pena privativa de libertad, pero no el único. La incidencia sobre el comportamiento del recluso dentro de la propia prisión al objeto de preparar su vuelta a la libertad, es otro de los elementos esenciales y característicos de la pena privativa de libertad. Es más, en un sistema penitenciario orientado realmente hacia esa meta resocializadora debe ser éste el elemento principal, dejando naturalmente a salvo el principio de seguridad que en todo momento debe estar presente. Si este principio se garantiza, dentro de los límites que aconseja la prudencia y la experiencia del propio “*stab*” penitenciario, debe fomentarse todo lo posible la idea del menor daño posible, de favorecer la reintegración del recluso en la sociedad o, por lo menos, de no fomentar su desocialización y su desesperación.

El conflicto entre ambas metas (de “*Zielkonflikte*” hablan los penitenciaristas alemanes) de la pena privativa de libertad es ciertamente un “conflicto insoluble”, pero hay que procurar reducirlo a su más mínima expresión y hacerlo soportable, limando las aristas que más fácilmente lo hacen surgir tanto en el Derecho penal material, como en la determinación de la pena, como en el sistema de ejecución de la misma.