

**6ª MESA REDONDA: “RETOS
PENITENCIARIOS DE FINALES DE SIGLO”**

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.

San Sebastián

Diciembre 1998

189 - 196

POR QUÉ CASTIGAR Y CÓMO CASTIGAR

Como reto penitenciario del próximo milenio

Ilmo. Sr. D. Antonio GIMÉNEZ PERICÁS

Magistrado

Bilbao

Resumen: Se realiza un reflexión sobre la forma de cumplimiento de las sanciones penales. Para ello, y después de analizar el hecho de que la cárcel se apoye en una concepción del Derecho penal como ciencia del castigo, brindando resultados insatisfactorios en orden a la reducción de la delincuencia, se exponen y comentan los fines de las penas y la finalidad del cumplimiento de la pena, y se insiste en la crítica del subsistema pedagógico resocializador a cuya aplicación sirve la estructura régimen-tratamiento.

Laburpena: Zigor penalak betetzeko eraz, gogoeta bat egiten da. Horretarako, gaiztakeriaren murrizte gaian dauden ondorio desatseginak ikusi eta gartzela, Zuzenbide penala zigor zientzia bezala hartzen duen definizioan sostengatzen den gertaera aztertu ondoren, zigorren eta hauek betetzearen helburua azaldu eta komentatzen dira eta berbaltzuratzte azpisistema pedagogikoaren aplikaziorako balio duen araubide-tratamentu egituraren kritikari ekiten zaio.

Résumé: Le texte offre une réflexion sur la forme d'exécution des sanctions pénales. En ce sens, il montre d'abord que la prison s'appuie sur une conception du Droit pénal comme science de la punition, ce qui atteint des résultats insuffisants quant à la réduction de la délinquance, et il détaille les fins des peines et le but de l'exécution de la peine. Finalement, le texte fait la critique du sous-système socialisateur pédagogique auquel est dirigé la structure du régime-traitement.

Summary: A reflection on the execution's form of the penal sanctions is carried out. First, it's observed the fact that the jail is based on a conception of the penal right as science of the punishment and it offers dissatisfactory results in order to delinquency's reduction. This text exposes and comments the purpose of the punishment and of its execution, but it insists too on the criticism to the pedagogical socializator system, that employs the "regulation-treatment" structure.

Palabras clave: Derecho Penal, Penología, Instituciones Penitenciarias, Criminología.

Hitzik garrantzizkoenak: Zuzenbide Penala, Penologia, Baitegi Erakundeak, Kriminologia.

Mots clef: Droit pénal, Penologie, Institutions Pénitentiaires, Criminologie.

Key words: Penal Law, Penología, Penology, Penitentiary Institutions, Criminology.

El rótulo de esta Mesa Redonda en la que debemos reflexionar sobre los retos penitenciarios que se nos plantean en el final del milenio no es un interrogante nuevo, tampoco aislado, en el haz de las preocupaciones socio-criminológicas del IVAC.

Debo justificar, en consecuencia, de dónde parte mi reflexión antes de extenderla y debo precisar o dar contenido al terrible verbo castigar que intitula mi particular aportación a la reflexión conjunta que desde hace años estamos haciendo sobre la forma de cumplimiento de las sanciones penales.

I. REALIDAD VERSUS ABOLICIONISMO

Refiriéndonos a la contradicción que subyace desde el siglo XVIII en la pedagogía social de la libertad y la igualdad cuando se instalan las prisiones como casi único medio igualitario de cumplimiento de las penas, no podíamos eludir cierto reconocimiento común sobre el que la cárcel, quintaesencia del castigo, condensa un elevado potencial violador de los derechos humanos, se apoya en la concepción del Derecho penal como ciencia del castigo, brinda resultados insatisfactorios en orden a la reproducción de la delincuencia y generalmente favorece al privilegiado frente al desposeído. En consecuencia habría que abolirla “tal y como la practican actualmente muchos países, y sustituir el castigo por sanciones *repersonalizadoras*”¹.

Esta es la posición humanista, hoy bastante compartida, porque la cárcel ha fracasado respecto de las funciones que tradicionalmente tenía atribuidas: contener la criminalidad y resocializar al condenado. Optimismo de la resocialización del delincuente contestado también por Muñoz Conde como excesivamente acrítico y exagerado y que “A pesar de su aceptación y éxito general, nadie se ha ocupado todavía de rellenar esta hermosa palabra con un contenido concreto y determinado”².

Pero en cambio, desde una perspectiva no simplemente utilitarista, sino antropológica y política, la institución carcelaria ha sido un éxito desde el punto de vista de sus funciones reales ya que ha administrado y diferenciado una parte de los conflictos existentes en la sociedad. No hay duda de que los reformadores del siglo pasado, frente al retribucionismo puro y duro significado por las penas corporales, el tormento y la muerte, tenían claro que la “filosofía de la cárcel” era una parte de la estrategia de la autoridad que suplía los inevitables desvíos del mundo de la escuela, la iglesia y la fábrica. Con este criterio, Alexis de Tocqueville se preguntaba y se respondía “¿Cuál es el objeto de la pena (en prisión) en relación al que sufre?: darle hábitos sociales y, ante todo, el de enseñarle a obedecer”³.

1. En *Ciencia Penal y Criminología*, A. Beristain, Tecnos 1986; la cita se encuentra en la pág. 107 y la propuesta, en la que sin embargo, se acepta la sanción de privación de libertad “en casos muy excepcionales y por breve tiempo”, se desarrolla en el cap. IV pp. 103 a 123. Desarrollo semejante análisis en mi trabajo “Victimación Terciaria y Necesidad de Reforma”, en EGUZKILORE-IVAC nº 7, San Sebastián, pp. 65 a 69.

2. En “Resocialización y Tratamiento del Delincuente en los Establecimientos Penales Españoles”, *La Reforma Penal. Cuatro Cuestiones Fundamentales*. Ed. Instituto Alemán. 1982, p. 107.

3. Tocqueville: *Oeuvres complètes*. Tomo IV, vol. I, Ed. Perrot. París. Gallimard, 1984, p. 176.

De modo que el mantenimiento, todavía extensivo, de la pena de prisión en el C.P. de 1995, por una parte –y salvo esclarecedoras excepciones– sirve para representar como normales las relaciones de desigualdad existentes. Sirve para su reproducción material e ideológica. De otro lado y por eso mismo genera la peculiar victimización –llamada “terciaria”– del que fue victimario, atribuyéndose el Estado, sin contar con la víctima del delito, la gestión socializada de la venganza. Desde esta perspectiva genérica el abolicionismo mantiene sus razones.

Pero, en la otra orilla, la abolición de la pena de prisión, soportable socialmente frente a los infractores procedentes de las subculturas alternativas y las zonas de marginalidad, se torna experimentalmente insoportable cuando la agresión se consume contra valores y derechos universales básicos: la vida, la integridad física, la libertad, etc.

La diferencia estriba en que no es racionalmente adecuado dar la misma respuesta pública a hechos y consecuencias que no son idénticos.

II. DIFERENCIAS E IDENTIDADES SEMÁNTICAS

Vaya por delante que empleo el término en el etimológico y más sencillo sentido referente al significado de las palabras porque a finales de siglo continúa siendo inquietante la propuesta que hizo Antonio Beristain en 1986⁴ consistente en sustituir el castigo por la sanción.

Recuerdo que partía la propuesta de la cita de Leonard Lessius (1554-1623): “aliud est punire, aliud vindicare”. Desde esta distinción deducía el profesor Beristain que, “la vindicta, el castigo, es el mal que la (supuesta) víctima o un tercero, buscando ante todo su propia satisfacción apasionada y ciega, inflige a otra persona –el delincuente– para que éste sufra un daño ilimitado (venganza) o un daño proporcional al crimen (castigo talional). En cambio, la sanción... difiere del castigo en su motivación, en su calidad, en su cantidad y en sus metas”⁵.

Desde este punto de partida, si seguimos transitando por surcos humanitarios, es lógico que sustituyamos las penas por las sanciones –en el significado diferencial indicado–, que deben “ser repersonalizadoras”, en el sugestivo término que propone Beristain.

Pero estando académicamente acreditado que castigar tanto significa ejecutar algún castigo en un culpado como modificar y afligir; castigo se identifica con pena y esta última palabra, que también, más que sugerir, indica aflicción, su exacto significado semántico es el de “castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta”, siendo uno de los significados posibles de sanción el de “pena que la Ley establece para el que la infringe”⁶.

4. En *Ciencia Penal y Criminología*, A. Beristain. Tecnos 1986. Valoro la propuesta en mi trabajo: “Victimación Terciaria y Necesidad de Reforma”, ya citado, pp. 67, 68 y 69 de *Eguzkilore* nº 7.

5. *Ibidem*, cap. IV, pp. 103 a 123 de *Ciencia Penal y Criminología*.

6. Utilizo la vigésima edición correspondiente a 1992 del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia.

No se trata de un juego baladí sino de destacar el origen metafórico de las palabras (parábolas) cuyo uso semántico puede también ser convergente.

Reducidos al planteamiento del reto que el futuro plantea a la institución penitenciaria, pena, castigo o sanción, se empleará aquí en su semejante significado o idéntica semántica penal de respuesta judicial, según las reglas del proceso debido, a una acción criminal.

Ahora bien, que dicha respuesta deba o pueda resocializar o repersonalizar al infractor y de qué forma es el núcleo del reto.

III. FINES DE LAS PENAS Y FINALIDAD DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Como sucedió siempre y sistemáticamente, sólo desde que la venganza privada fue sustituida por el precio de la sangre y la composición reglada por la autoridad, “si, por qué, cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar”⁷ son preguntas que seguirán suscitando diversas respuestas.

Esta reflexión alcanza a plantearse, nada más, la diferencia entre el por qué castigar y el cómo castigar. Es la segunda proposición el núcleo duro del reto que el fin de este milenio plantea, ya que el abolicionismo radical de Stirnes, tanto como el holismo anarquista, parece que no cuenta con epígonos notables⁸.

Pero, como se trata de distinguir entre las finalidades que se atribuyen a la imposición de las penas y la finalidad que persigue su cumplimiento, las primeras son competencia exclusiva de Jueces y Tribunales, adecuadamente a las reglas de los Códigos Penales, y la segunda, comúnmente desarrollada en normas administrativas penitenciarias, no debo soslayar alguna consideración básica sobre la justificación de las penas:

Las definiciones retribucionistas indican por sí mismas que el concepto de pena prefigura el cumplimiento⁹.

Se ha querido ver en la noción de pena que construye Kant la concepción retribucionista propia de la época pero también “signos de la admisión de la pena para obtener algún fin”¹⁰, pero incluso, creo yo, se vislumbra en el concepto Kantiano de

7. Luigi Ferrajoli, de quien es la cita, sistematiza las respuestas históricas a estas interrogantes en su obra *Derecho y Razón*. Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 231 a 320.

8. M. Stiner. *Der Einzige und sein Eigentum*. (1884) Hay traducción castellana de D. González Blanco, *El único y su propiedad*, La España Moderna, Madrid, 1904; reed. Orbis, Barcelona, 1982, 2 vol. La crítica de Ferrajoli en las pp. 249, 250 y 251 con mención de los exponentes más significativos del abolicionismo holista contemporáneo.

9. Hugo Grotius escribe: “Poena est malum passionis quod infligitur propter malum actionis “1625”, *De iure belli ac pacis*. Lib II cap. 20, I. Ed. Brill. Lugdini 1939.

10. Jacobo López Barja de Quiroga “Legitimación de la pena, culpabilidad y prevención”, en *Revista del Poder Judicial*, nota 35 en p. 92 del nº 46. 1997.

pena el interés por la mera afirmación de la norma penal¹¹, doctrina que me parece la dominante hoy.

Es dentro del amplio espectro del utilitarismo, tanto el de signo autoritario, que propicia modelos de Derecho penal máximo, como el surgido con la revolución francesa –art. 8 de la Declaración de Derechos de 1789 y 16 de la Declaración de Derechos de 1793–, en el que surgen las teorías caracterizadas por las cuatro finalidades preventivas que se atribuyen a las penas.

Las sistematiza así Ferrajoli:

- Aa) doctrinas de la prevención especial positiva o de la corrección...
- Ab) doctrinas de la prevención especial negativa o de la incapacitación...
- Ba) doctrinas de la prevención general positiva o de la integración...
- Bb) doctrinas de la prevención general negativa o de la intimidación¹²...

Es a través de la práctica inducida por la doctrina de la prevención especial positiva, en tanto que encomienda a la pena la función de corregir al reo, como se produce la confusión ontológica entre el fin de la pena y el fin del cumplimiento de la pena. Confusión instalada en el propósito resocializador, a pesar de que el camino que discurre (en el Estado de Derechos) entre la previsión legislativa –designación de infracciones legales a las que se les atribuyen penas–, aplicación judicial y ejecución administrativa de la sentencia condenatoria, propicie la redistribución real de los fines de las penas. Roxin expresa así la confusión: “en tanto la autonomía de la personalidad del condenado y las exigencias ineludibles de prevención general lo permitan, los únicos fines de ejecución lícitos son los resocializadores”¹³. Y Jacobs escinde tajantemente ambas instancias. Por tanto, entre fin de la pena y fin del cumplimiento de la pena, en tanto que, proponiéndose la pena –en síntesis– el reconocimiento de la norma penal, la prevención general positiva es compatible con la posibilidad, en fase de ejecución, de que exista un tratamiento resocializador¹⁴.

11. Tanto en la metáfora del pueblo que vive en una isla “aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros, antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos...” (Retribucionismo puro). Pero también: “La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay! de aquel que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete... porque si parece la justicia, carece de valor que vivan hombres sobre la tierra” parece disolverse el retribucionismo frente a la afirmación de la justicia.

Ambas notas proceden de *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid, 1994. Pág. 168 y 169 la primera y 166 y 167 la segunda.

12. Obra citada pág. 263.

13. Roxin: *Problemas básicos del Derecho Penal*, Trad. de Luzón Peña. Madrid, 1976. Pág. 32.

14. Jakobs: *Schuld und Prävention*. Tübingen, 1976. Pág. 19.

IV. EL ART. 25.2 CE: LA RESOCIALIZACIÓN

El art. 25.2 de la Constitución Española comienza diciendo que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...”.

Uno de los primeros comentaristas de la Constitución, el profesor Oscar Alzaga, reconoce lo que es obvio: “No afronta aquí la Constitución la ardua cuestión de lo que enfáticamente se ha llamado el reino de los fines de la pena, que es cuestión compleja y encrepada”¹⁵.

En un primer plano de estricta legalidad hay que recordar también que el propósito constitucional de que las penas estén orientadas a la reeducación y reinserción social pasa exclusivamente al segundo plano de la instancia administrativa, al subsistema penitenciario y específicamente a los arts. 1º de la L.O. 1/79 de 26 de setiembre, General Penitenciaria, y ahora, al 2º de su reglamento publicado por R.D. 190/96 de 9 de febrero como fin primordial de la institución –en la Ley– y como fin primordial de la actividad penitenciaria –en el Reglamento–.

Tampoco parece que el Tribunal Constitucional abriga dudas respecto a que reeducación y reinserción del penado no son fines que persiga la pena: su sentencia 2/87 de 21 de enero dice claramente que “La exigencia constitucional de que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a la educación y reinserción social (art. 25.2), no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación” –cita el Auto del mismo Tribunal de 10 de julio de 1985–.

De lo que se deduce el dudoso poder vinculante del art. 25.2 CE.¹⁶, aunque bien es cierto que el precepto prácticamente carece de precedentes en el Derecho constitucional universal. En donde los había merecieron reflexiva crítica de los juristas. Por ejemplo la “doctrina de la enmienda que informa” el art. 27 de la Constitución italiana, según el cual las penas “deben tender a la reeducación del condenado”, que suscita en Ferrajoli la observación de que “las ideologías correccionalistas son antes que nada incompatibles con ese valor elemental de civilización que es el respeto de la persona humana. Entre ellas las de la enmienda, aun en las variantes más edificantes y puestas al día de la reeducación, resocialización, rehabilitación o recuperación social del reo, contradicen irremediabilmente el principio de la libertad y la autonomía de la conciencia”¹⁷.

Desde otra perspectiva, me parece que más práctica, Muñoz Conde contestaba el optimismo de la resocialización preguntándose “¿no había que empezar resocializando a la sociedad?”. Y reconociendo que la LOGP no tiene como misión cambiar la socie-

15. Oscar Alzaga: *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Ed. Del Foro. Madrid 1978. Pág.244.

16. Escribe Oscar Alzaga en el *Comentario* citado y en la misma página: “no podemos dejar de decir que nuestras Constituyentes, llevadas de su ánimo generoso, se han mostrado propensas a incurrir en algún exceso de buena voluntad en este apartado”.

17. Luigi Ferrajoli -obra citada *ut supra*, pág. 217 y 272-.

dad “sino la de regular qué es lo que hay que hacer con las personas que la sociedad mete en la cárcel”¹⁸.

En definitiva es cierto que el Estado se debe ocupar civilizadamente de qué hacer con la muchedumbre de personas que sus tribunales condenan a penas de prisión. Pero también los legisladores se debieran ocupar en hacer Códigos penales con sanciones diversificadas en los que las penas de prisión estuvieran reservadas exclusivamente a los que vulneren bienes jurídicos relevantes y ocasionen victimizaciones no reparables.

V. EL RETO DE FIN DE SIGLO

Es obvio que sigue consistiendo en una drástica reducción de la población que se hacina en las prisiones.

Se objetará que se sigue exigiendo la reforma de la legalidad penitenciaria recién reformada cuando lo que nunca se ha hecho es la reforma conjunta del bloque penal penitenciario, del Código penal y de la Ley Penitenciaria armónicamente y en su conjunto.

Insisto en la crítica del subsistema pedagógico resocializador a cuya aplicación sirve la estructura régimen-tratamiento, pero, como mi escepticismo no me conduce a militar en el abolicionismo holista, estoy seguro de que las cárceles sobrevivirán al fin de siglo porque las victimaciones más desoladoras sobrevuelan su frontera temporal. La paradoja consiste en que se constata la casi generalizada experiencia de que delincuentes de la “ingeniería financiera” y asesinos con pabellón patriótico suelen ser irreductibles a su resocialización...

Es realizable la práctica reducción de la población encarcelada. En primer lugar con los instrumentos tradicionales:

A pesar de la ampliación del espectro de sustitución y alternativas de penas privativas de libertad cortas y de la regulación de la libertad condicional, llama la atención que se haya desdeñado la probation.

Pero, en mi opinión, es más destacable que la reparación del daño causado a la víctima con anterioridad a la celebración del juicio oral (art. 21.5) se constriña al listado de las atenuantes, porque las audacias fundadas científicamente hay que culminarlas. Las razones superiores del ordenamiento jurídico constitutivas del Estado de Derecho (art. 1 CE) no vedan el que dicha atenuante se configure como eximente, añadiendo el requisito del perdón de la víctima, expresado ante el Juez o Tribunal en audiencia pública –con el fin de eliminar sospechas de mercadeo de la piedad–.

La eximente potenciaría mediaciones entre víctima y victimario más reales y “humanas” que la institución de la conformidad en la que el acusado suele ofrecer sólo su presencia y la víctima incluso su ausencia.

18. Las citas de F. Muñoz Conde proceden de “Resocialización y Tratamiento del Delincuente en los Establecimientos Penales Españoles”, *La Reforma Penal, Cuestiones Fundamentales*. Ed. Instituto Alemán 1982. Véase nota 2 *ut supra*. Me extendiendo en la crítica en el art. citado en la nota 1.

El segundo instrumento, de previa disposición tecnológica podría ser un eficaz disolvente de la masificación actual de la población que habita las cárceles. No sin timidez o hispánico prejuicio frente a las innovaciones, sobre todo si son castizas, el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario de 1996 introduce para las salidas del establecimiento de los internos en régimen abierto, la posibilidad de pernoctar fuera de la Prisión si el interno acepta el control de su presencia fuera del Centro “mediante dispositivos telemáticos adecuados...”

La introducción progresiva, previo acuerdo judicial en cada ámbito, de los sistemas electrónicos de control con el estudio de las experiencias habidas en el Reino Unido, Estados Unidos, Suecia y recientemente en Francia, ha disipado mis dudas abastecidas por las sospechas de que la extensión de las prácticas de “control social” prefiguran una sociedad orwelliana, ante dos realidades:

1ª La reproducción masiva de la injusticia, a través de la multitud de presos preventivos que a la espera de juicio se hacinan en las cárceles.

2ª La inutilidad práctica y el elevado coste social del arresto de fin de semana, aunque para su sustitución por el sistema de vigilancia telemática habría que derogar el párrafo 4 del art. 88 del CP ya que ahora “en ningún caso se podrán sustituir penas que sean substitutivas de otras”.

No eludo que la cuestión es y será polémica, pero el trabajo que Ramón Parés y Gallés ha publicado el año pasado en la Revista del Poder Judicial¹⁹, fortalece mi convencimiento de que la introducción del sistema de vigilancia electrónica, previo un prudente periodo experimental, que propicia el art. 86.4 del Reglamento Penitenciario, contribuiría a disminuir el hacinamiento en las cárceles. Incluso sería más justo aplicarlo como medida cautelar en vez de la prisión preventiva.

Porque las únicas razones constitucionales para acordar la prisión provisional de los imputados en una causa, por encima de los requisitos reglados en los arts. 503 y 504 LECrim. son, el llamado “humo de buen derecho” (que existan indicios suficientes de que el delito ha sido cometido por la persona contra la que se dirige la causa) y el peligro de fuga. Cuando en realidad bastantes personas, que siempre son demasiadas, que pueblan las prisiones en calidad de presos preventivos, son absueltas en el juicio. Y si se trata de que el juicio se pueda celebrar, el control del acusado en libertad deambulatoria sustituiría con ventaja el agravio de la reclusión anticipada pero real. Naturalmente la medida de sometimiento a vigilancia electrónica es inviable sin la voluntad del sujeto e incluso de la aquiescencia de su entorno familiar. Pero esta cuestión pertenece al debate específico de aplicabilidad de la medida.

19. Ramón Parés i Gallés: “Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro”. En el nº 46 de la *Revista del Poder Judicial CGPJ*. Segundo semestre de 1987, pp. 259 a 272.