



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Medidas alternativas a la prisión en el marco de un
modelo punitivo rehabilitador

Autora

Carmen Crespo Catalán

Directora

María José Aranda Carbonel

Facultad de Derecho
2016/2017

...la sociedad tiene los delincuentes que se merece.

A. Lacassagne

Índice

1) Introducción	Pg. 3
2) La justificación del castigo	
1. Fundamentación de la culpabilidad	Pg. 4
2. Fundamento y fines de la pena	Pg. 5
3. Rechazo del retribucionismo	Pg. 8
3) Modelo punitivo rehabilitador	
1. Realidad penitenciaria	Pg. 10
2. Crítica al sistema penitenciario actual	Pg. 13
3. Ejecución de penas en medio abierto	Pg. 17
4) Medidas alternativas a la prisión	
1. Significado e historia de las MAP	Pg. 19
2. Tipología de las MAP	Pg. 24
3. Penas alternativas y reincidencia	Pg. 29
5) Actuales tendencias	
1. Reforma del Código Penal de 2015	Pg. 30
2. Derecho comparado	Pg. 33
6) Conclusiones	Pg. 37
7) Bibliografía	Pg. 39
8) Anexos	Pg. 41

Listado de abreviaturas utilizadas

Art./arts.	artículo/s
Cº	Código
cap.	capítulo
CE	Constitución Española
cit.	obra citada
coords.	coordinadores
CP	Código Penal
Dº	Derecho
edic.	edición
et al.	y otros
etc.	etcétera
ej.	por ejemplo
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
LO	Ley Orgánica
MAP	Medidas Alternativas a la Prisión
nº	número
p./pp.	página/s
Reg.	Reglamento
RP	Reglamento Penitenciario
ss.	siguientes
TBC	Trabajos en Beneficio de la Comunidad

1) INTRODUCCIÓN

La culpabilidad es un elemento constitutivo del delito y, por ende, una categoría esencial para la construcción del concreto aparato punitivo estatal. En este sentido, considero conveniente comenzar abordando un breve análisis sobre la fundamentación de la culpa como antesala de la justificación de la pena, ya que en virtud del significado que se otorgue al castigo, cabrá respaldar un modelo punitivo u otro, o si se quiere, apostar por el modelo punitivo más cercano a la justicia, tal y como ésta es entendida desde un prisma *iusnaturalista*.

En un segundo momento, en aras de avalar el determinismo en sus implicaciones jurídicas (la ausencia de responsabilidad real y subjetiva del individuo sobre los propias decisiones y actos), así como de incidir en la (a veces) escasa e incluso contraproducente efectividad de la prisión como respuesta a determinados tipos de la delincuencia, expondré algunos datos sociológicos y resultados acerca de la reincidencia (vista como indicador de la eficacia de distintos medios punitivos). Todo ello de cara a concluir tanto en la idoneidad fáctica de una orientación rehabilitadora del derecho penal y las medidas alternativas a las privativas de libertad como en su mayor legitimidad teórica y su menor lesividad al individuo frente a otros tratamientos penológicos incapacitadores, y pese a defender, sin embargo, que dichas medidas constituyen meros parches a las deficiencias de un sistema en progresiva decadencia. En mi opinión, los mecanismos rehabilitadores han de ser el horizonte de una búsqueda humanista y realista ante la posibilidad de la paz social en el mundo.

Finalmente describiré la trayectoria marcada por las últimas reformas del Código Penal que está siguiendo nuestro modelo penal actual y la pondré en contraste con los caminos punitivos adoptados por países que considero de referencia social, donde las medidas alternativas a la prisión se conjugan, coherentes, con el debido marco social de bienestar.

En cuanto a las razones que motivan el siguiente trabajo están, inicialmente, la advertencia del actual vaciamiento de cárceles en naciones como Holanda con el posterior arrendamiento de las mismas por falta de presos. Además, la creencia firme en la capacidad del ser humano de civilizar su conducta cuando se le proporciona la ayuda externa adecuada. Si bien la sospecha de que un alto nivel de delincuencia no tiene por qué ser parte indisociable de toda sociedad me hizo entender al delincuente como la consecuencia irrevocable de un difuso entramado de factores sociopolíticos (en cuyo análisis no llegó a entrar), la posibilidad de una rehabilitación eficaz inclinó mi atención a las alternativas a prisión, usualmente utilizadas en esos países cuyas cárceles están quedándose vacías. La metodología para la realización del trabajo consiste en la lectura de textos (preferentemente libros y revistas jurídicas), el apoyo en textos legales y la reflexión personal de todo lo anterior.

2) LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO

2.1) Fundamentación de la culpabilidad

La culpabilidad se formula tradicionalmente como un juicio de reproche al autor de un hecho delictivo. Lo reprochable de la actuación de un sujeto es el que sea contraria al ordenamiento jurídico cuando podía haber sido conforme al mismo. La posibilidad de actuación de otro modo es, pues, el fundamento de la responsabilidad penal y de la consiguiente culpabilidad, y presupone la controvertida libertad en la voluntad humana¹.

Romeo Casabona, Sola Reche y Boldova Pasamar² consideran que la ciencia penal española ha evolucionado a lo largo del siglo XX, se ha enfrentado a un cambio de perspectiva: en un principio la culpabilidad se materializaba en el dolo o la imprudencia y se exigía el vínculo psicológico del sujeto y la acción delictiva (tesis determinista). Más adelante, sin embargo, en la doctrina pasó a dominar la teoría normativa de la culpabilidad, fundada en la posibilidad del autor de actuar de un modo distinto y, por tanto, defensora de la libertad de la voluntad (tesis indeterminista).

A mi juicio, el problema de ambas posiciones doctrinales radica en la indemostrabilidad. No pueden demarcarse o verificarse empíricamente el conjunto de condiciones que causan un efecto concreto, como tampoco el libre albedrío. En este sentido la solución que supera el determinismo absoluto es, pues, una solución convencional, fruto de la negación de las consecuencias sociales que conllevaría la concepción del hombre como un eslabón más de la cadena causal de acontecimientos, puramente mecánico y carente de responsabilidad. En tanto que el Derecho ha de atender a las demandas «roussonianas» de la buena convivencia y del orden social, la intervención penal queda legitimada. No obstante, la asunción de la libertad de la voluntad humana es, repito, puramente artificiosa, simplemente necesitamos fundamentar «a posteriori» la entrada en juego del Derecho y por lo tanto hemos de desvincularlo de toda connotación moral.

La ética en el Derecho perdería su razón de ser de demostrarse el determinismo, puesto que desaparecería la responsabilidad humana, y el castigo quedaría justificado ya no en atención a

¹ Romeo Casabona, C., Sola Reche, E., Boldova Pasamar, M. (coords.). *Derecho penal: Parte general: introducción, teoría jurídica del delito*. Comares, Granada, 2016, p. 77

² Romeo Casabona, C., Sola Reche, E., Boldova Pasamar, M. (coords.). *Derecho penal: Parte general: introducción, teoría jurídica del delito*. Comares, Granada, 2016, pp. 146-156

instancias externas a la legalidad (la búsqueda del bien y la elusión del mal), sino desde la inmanencia y el mero pragmatismo. Habríamos de desproveer al Derecho del contenido moral, tratarlo de forma aséptica a nivel ético, ya que el juicio normativo no posee fundamento heterónomo o trascendente alguno, solo instrumental. Debería reformularse la terminología clásica (asentada sobre la controvertida intencionalidad y el obsoleto concepto de culpa) en pro de evitar equívocos y perseguirse siempre el mayor ajuste posible entre la intensidad de la condena y el grado de condicionamiento social y biológico del individuo de que se trate, todo ello con el fin de no perjudicar a los individuos con condiciones de partida menos favorables.

Esta idea la considero clave para desmerecer la validez de modelos punitivos subjetivos y abogar por criterios objetivos de imposición de la pena.

2.2) Sentido y fines de la pena

Podemos distinguir varios tipos de teorías del castigo³:

- Teorías absolutas o retribucionistas: La pena está fundada en la comisión misma del hecho delictivo y persiguen la compensación del mal ocasionado por el delito.

Nos hallaríamos aquí ante el trasfondo moral de la culpa, es decir, aquel que centra su atención en la relación persona-acto y propone que el resultado de nuestra conducta está guiado por intenciones.

Anclan sus raíces en el principio liberal de autonomía de la persona y según éstas, a mi parecer, el Derecho Penal sentaría las bases de una suerte de venganza institucional.

- Teorías relativas o utilitaristas: El fundamento de la pena es la consecución de la no comisión de nuevos delitos. Nos encontraríamos ante una dimensión instrumentalista de la culpa tendente a evitar conductas similares.

Prevención general: destaca la eficacia disuasoria del Derecho y asegura la fidelidad a los valores que, se intuye, se sitúan en el fondo de la norma jurídica.

Prevención especial: persigue que el condenado no reincida. Ésta sería la función preponderante que desempeñan las MAP.

A mi entender se estaría politizando e instrumentalizando públicamente el castigo, cuyo interés radicaría, según este tratamiento de la pena, en lo ejemplarizante para la evitación de ulteriores injerencias por parte de los ciudadanos.

³ Romeo Casabona, C., Sola Reche, E., Boldova Pasamar, M. (coords.). *Derecho penal...*, cit. Comares, Granada, 2016, pp. 20 y 21

- Teoría unitaria: Trata de conciliar las anteriores posturas (ej. teoría consensual).

De acuerdo con un artículo de la Doctora en Filosofía del Derecho Ilse Torres, el problema que acarrearía aceptar plenamente la tesis retribucionista sería la necesaria asunción de la libertad de la voluntad como presupuesto de la acción. El retribucionismo puede entenderse como un subjetivismo que niega el determinismo y que apuesta por la el juicio de reprochabilidad y el libre albedrío⁴. En este sentido el retribucionismo se acercaría a la dogmática clásica, la cual se sustenta en la posibilidad de decidir del ser humano y en el control sobre los propios actos. El carácter y otra serie de manifestaciones subjetivas de la personalidad serían, en este caso, los puntos claves para la adjudicación de responsabilidad al sujeto.

Los planteamientos prevencionistas no obligan, por el contrario, a aceptar o descartar el determinismo. Según la autora el enfoque que el prevencionismo plantea gira entorno a la idea de prudencia social. El objeto de la pena no es en este caso la compensación, ni su fundamento, sino la libertad individual. Tratan simplemente de ponderar los intereses en juego, de infringir un daño para evitar uno de mayor entidad en atención a los principios de eficiencia, economía y pragmatismo. En definitiva busca aislar al elemento perturbador del orden social y, en todo caso, de corregir su conducta mediante la imposición del castigo. Los indeseados efectos del delito han de ser anticipados por el Estado, que debe establecer en términos objetivos las acciones que desea evitar y ante las que debe reaccionar (los tipos delictivos). En este punto estaríamos atendiendo a una noción amoral de culpa como requisito para la reacción estatal ante cierta clase de acciones⁵.

El principio utilitarista se basa en la protección social. El sistema sancionador queda legitimado en la medida en que es el medio para la consecución del bienestar y la coexistencia pacífica de los ciudadanos. Resulta interesante desde mi perspectiva, pues es un principio compatible con el objetivismo que ahora mencionaremos. No obstante, la principal carencia que encuentro en este principio es que se olvida del individuo.

La teoría consensual de Nino es una teoría mixta y unitaria que extrae lo ventajoso del retribucionismo y del prevencionismo y que combina «el libre albedrío con el determinismo para concluir una compatibilidad; no asume una actitud incrédula o totalmente crítica, sino que sostiene que de forma bien entendida el determinismo no excluye la importancia del decidir humano»⁶.

⁴ Torres Ortega, I. *Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal según Carlos Santiago Nino*. Universidad de Guajanuto, nº 5, 2014, 85-103, p. 96

⁵ Torres Ortega, I. *Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal según Carlos Santiago Nino*. Universidad de Guajanuto, nº 5, 2014, 85-103, p. 98

⁶ Torres Ortega, I. *Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal según Carlos Santiago Nino*. Universidad de

Desde esta teoría se hace hincapié en la idea de asunción del castigo, la cuál no denota, según Nino, que el transgresor anhele ser castigado, sino un consentimiento normativo de las consecuencias jurídicas del obrar que vienen dadas por una ley que se entiende que es justa⁷.

Tal y como especifica Nino⁸, las elecciones y acciones de las personas constituyen los presupuestos de la normatividad, en otras palabras, constituyen los supuestos de hecho a subsumir en las categorías jurídicas dispuestas por el legislador. Sin embargo, la posibilidad de la elección o voluntariedad del acto, así como la validez de la norma, quedan en tela de juicio cuando pensamos en la causalidad como vínculo entre la voluntad individual y el ejercicio de una acción determinada. A mi juicio, si partimos de que dicha voluntad es el fruto viciado de una serie de factores condicionantes que afectan de forma desigual a cada individuo, es decir, es hija de circunstancias particulares que inciden discriminatoriamente sobre los distintos sectores de la sociedad (grupos vulnerables), entonces la aplicación, siempre homogénea, de las determinadas consecuencias normativas estaría enjuiciando con la medida de un mismo rasero a sujetos cuyas condiciones de partida son radicalmente distintas. Desembocaría pues, la legalidad, en un injusto trato de favor hacia aquellos privilegiados.

En definitiva, la alusión a la comisión misma del delito por parte de un sujeto sometido a circunstancias notoriamente desiguales respecto al resto como justificación del castigo carecería de sentido, a pesar de la utilidad que dicha pena pudiere entrañar⁹.

Personalmente, he de incidir en la convenida ficción de indeterminismo motivada por la mera y única razón de la indemostrabilidad del determinismo y por las indeseables consecuencias prácticas de la aceptación de un determinismo absoluto. Al fin y al cabo no pueden contemplarse las circunstancias concretas de cada individuo en cada proceso de determinación de la responsabilidad penal (por razones de coste) ni concretar el grado de condicionamiento causal bajo el que ha tenido lugar cada acción típica (limitaciones empíricas). Tampoco puede justificarse todo, caeríamos en la ilegitimidad general del Derecho Penal y abriríamos la puerta al anarquismo filosófico.

Según esta ficción, el ser humano sería un agente decisario dotado de cierta autonomía y sus actos de voluntad deberían ser el fundamento suficiente de la culpabilidad. La consideración determinista

Guajanuto, nº 5, 2014, 85-103, p. 95

⁷ Torres Ortega, I. *Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal según Carlos Santiago Nino*. Universidad de Guajanuto, nº 5, 2014, 85-103, p. 100

⁸ *Ibídem*

⁹ Santiago Nino, C. *Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal*. Universidad Autónoma de Madrid, nº 1, 1999, 47-82

quedaría, entonces, relegada a aquellos supuestos de especial gravedad donde la presencia de factores causales fuese manifiestamente desigual, donde entrarían en juego atenuantes, eximentes de la pena y demás categorías similares.

Finalmente, sobre la moralidad, la autora que nos concierne dice que puede ser entendida tanto en instancias personales como en las interpersonales. En su revisión de Nino defiende que el castigo no debe entenderse de ningún modo como una intromisión en la dimensión interior de las personas (perfeccionismo ético)¹⁰, sino de forma objetiva, como un mero instrumento de las instituciones sociales para garantizar la buena convivencia y el orden público. Por tanto, el examen moral del individuo carece de relevancia frente a la valoración de su conducta externa y los efectos de su comportamiento. Esta idea constituiría una visión objetivista de la responsabilidad penal.

«De la concepción del Derecho penal como Derecho penal del acto se deduce que nunca pueden constituir delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir, en tanto no se traduzcan en actos externos»¹¹.

En lo que a mi respecta, me hallo de acuerdo con esta postura. La aplicación de las leyes debe hacerse de tal forma que exclusivamente sancionen las acciones que se intentan prevenir con la emisión de dichas leyes, dicho de otro modo, los mecanismos de prevención de delitos y sus efectos no han de ir acompañados juicios subjetivos sobre la esfera interna, privada e ininteligible, de las personas.

2.3) Rechazo del retribucionismo

La cárcel es una institución cuya legitimación viene dada por el tipo de sociedad, las circunstancias político económicas y el gobierno de que se trate en un momento dado de la historia. Unas veces ancla su razón de ser principal en el castigo, otras en la reclusión y otras en la corrección. La cultura tradicional se ha acercado a las dos primeras, no obstante en el s. XX, junto con la expansión de las ideas resocializadoras se comienza a esperar del Derecho que tenga en cuenta los nuevos avances de la ciencias psiquiátricas, de la psicología, la sociología y la genética, es decir, que no obvie las tesis científicas acerca de los condicionantes del delito¹².

¹⁰ Perfeccionismo ético: Convicción de que el logro de una perfección moral es posible. Algunas de sus críticas lo tachan de derivar en el dogmatismo o la manipulación.

¹¹ Muñoz Conde, F. y García Arán, M. *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 214

¹² Améz Borrego, B. (coord.). *Trabajo social en el medio penitenciario*. Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Madrid, 1999, p. 44

Desde mi punto de vista esta tendencia no debe nunca dejarse de lado, ya que, desde el determinismo, no puedo entender la delincuencia como una realidad perpetrada por actos subjetivos de la voluntad, sino más bien como una consecuencia lógica de una serie de carencias sociales y/o biológicas que envuelven al sujeto, potencialmente delictivo. Uno de los efectos de dicho determinismo que defiendo es el inevitable rechazo del retribucionismo, de la justa compensación, de la autonomía del ser humano en su obrar «mal» y, en definitiva, del libre albedrío general, que obvia la visión de la delincuencia como síntoma y elude o minimiza la correspondiente asunción, por parte del Estado, de la debida responsabilidad rehabilitadora, reeducativa y resocializadora. En mi opinión, no pueden entenderse las ciencias sociales como una materia separada del resto de saberes, es por ello que la puesta sobre la mesa de ciertos factores determinantes de la conducta por parte de otras disciplinas debe poner en tela de juicio algunos fundamentos teóricos de la pena y declarar la ilegitimidad de las corrientes retribucionistas. La punición, en la ley, ha de enfocarse de forma práctica y humana (recluir y mejorar) y olvidarse de concepciones de la justicia que promuevan la compensación proporcional de la ofensa.

Por otro lado, estoy de acuerdo en la parte del principio liberal que establece que las leyes deben establecerse en atención a la prevención del daño a otros (no como herramientas de una moral ideal), pero encuentro en el utilitarismo incapacitador (el que no se vale de MAP) la cualidad maquiavélica de subordinar el medio al fin, el individuo a la sociedad. En cierto sentido cae en el mismo error de base que venía señalando contra el retribucionismo: castiga sin tener en cuenta al delincuente en tanto sujeto condicionado, de hecho tan solo observa la utilidad del castigo como medida de su legitimidad. Supone, en definitiva, otra excusa para no invertir suficiente esfuerzo en estudiar y atajar las causas la delincuencia como fenómeno global sintomático o en aplicar medidas menos invasivas para el delincuente que, como veremos, irónicamente suelen surtir mayor efecto rehabilitador y disminuir en mayor grado la reincidencia.

Después de todo, la culpabilidad ha pasado a ser una categoría jurídico-científica y la responsabilidad ha pasado a ser una categoría doble: del sujeto respecto de la sociedad y de la sociedad respecto a la delincuencia. De esta forma la naturaleza objetiva del delito ha perdido interés y la atención se ha ido desviando hacia el perfil del delincuente. La delimitación del grado de responsabilidad personal sobre el delito debe contar con la posibilidad de existencia de patologías o factores endógenos que predisponen a la conducta delictiva y excluir el peso correspondiente a la responsabilidad que recae sobre el Estado¹³. Del mismo modo, pienso que las

¹³ Améz Borrego, B. (coord.). *Trabajo social en el medio penitenciario*. Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Madrid, 1999, p. 44

sociedades con alto nivel de delincuencia han de revisar sus visitudes económicas, educativas o de otra índole y responsabilizarse del delincuente asumiendo una verdadera e individualizada labor rehabilitadora que no se limite a su aislamiento, así como desarrollar y perfeccionar estrategias preventivas de la delincuencia.

En esta línea, el Reglamento Penitenciario español recoge en su 2º artículo el derecho del reo a ser reeducado («La actividad penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados y la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares»).

Para salvaguardar a la sociedad del crimen, la prisión no ha de causar un mal al delincuente más allá de la pura privación de libertad, sino garantizar su dignidad y tratamiento que lo aleje del mundo de delincuencia.

3) MODELO PUNITIVO REHABILITADOR

3.1) Realidad penitenciaria

Artículo 25.2 de la Constitución Española: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados». Este precepto, junto con el artículo 1 de la LOGP y el 1 de su Reglamento de 1996, han de funcionar como pautas y metas del ordenamiento español.

El tratamiento penitenciario ha ido evolucionando hasta nuestros días. Primeramente ni siquiera se contemplaba, el ordenamiento apostaba directamente por formas de prevención general negativa (intimidatorias). En un segundo momento, ya en el s. XIX, la aparición y auge de la Criminología como ciencia marcarían un punto de inflexión en lo relacionado con la ejecución de las penas privativas de libertad. El tratamiento penitenciario fue concebido como herramienta de corrección moral para llegar hasta nuestros días como medio de reinserción social (prevención especial positiva)¹⁴. Por su parte, estaba la idea de que «las carencias de personalidad [...] podían ser

¹⁴ Bueno Arús, F., Aranda Carbonel, M. J y López Cerrada, V. *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 252, 2006, p. 31

sanables mediante la aplicación por expertos profesionales de métodos científicos tomados de las Ciencias del Hombre o de la Conducta, que también se venían aplicando en la vida libre con la misma finalidad terapéutica»¹⁵. Hoy, el ideal rehabilitador es «consecuencia de un criterio político que propugna interpretación de las normas en la forma menos gravosa para el reo por razones de *pietas*»¹⁶.

«La importancia del tratamiento penitenciario radica en que, con mayor o menos precisión científica, el tratamiento está íntimamente vinculado a la ejecución de la pena de privación de libertad con una finalidad de prevención especial positiva (llámese *corrección, reeducación, reinserción social, resocialización*)». Cabe señalar aquí que el tratamiento penitenciario es un concepto jurídico indeterminado ligado a nuestra peculiar época y presidido por el Estado Social y Democrático de derecho donde rige el principio coyuntural de la legalidad. Así mismo, el marco de dicho concepto jurídico indeterminado es a su vez otro término indeterminado («Estado de Justicia»), lo que hace de los fundamentos de la rehabilitación meros frutos del determinismo histórico¹⁷. Además, la idea de tratamiento penitenciario en España no goza, no obstante, de una prolongada tradición, lo que, en mi opinión, exige de nuestro legislador un esfuerzo extra para la cristalización del art. 25.2 CE antes mencionado.

La Ley Orgánica General Penitenciaria estipula en su artículo 59.1: «El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados». Al respecto, la Web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias expone los siguientes instrumentos psicosociales, de reeducación y de reinserción:

- Técnicas psicodinámicas o psicoanalíticas: Para patologías conductuales. Consisten en terapias individuales, de alto coste humano (requieren de bastante personal especializado) y material (elevados recursos económicos); o en terapias grupales, más utilizadas y efectivas para tratamiento de las adicciones. Atribuyen a la delincuencia directa y, quizás, erróneamente, un tipo de causas que no son necesariamente los motivos primeros del crimen.
- Técnicas de conductismo: De uso relativamente frecuente. Consisten en la corrección de comportamientos no patológicos mediante técnicas psicoterapéuticas. No resultan eficaces para casos de delincuencia marginal o funcional.
- Técnicas basadas en la psicología cognitiva: Orientadas a la resolución de fricciones

¹⁵ Bueno Arús, F., Aranda Carbonel, M. J y López Cerrada, V. *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 252, 2006, p. 31

¹⁶ Bueno Arús, F., Aranda Carbonel, M. J. y López Cerrada, V. *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 252, 2006, p. 32

¹⁷ Bueno Arús, F., Aranda Carbonel, Mª José y López Cerrada, V. *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 252, 2006, 7-167, p. 11

interpersonales. Útiles para el orden y la buena convivencia en los establecimientos penitenciarios (ej. programa de competencia psicosocial). Son las más respaldados por la doctrina y las más habituales dada su mayor efectividad sobre la reducción de la reincidencia. No obstante, por su finalidad más inmediata, pienso que delatan un orden de prioridades que relega a un segundo plano el ideal rehabilitador. Anteponen los intereses del centro a los del individuo.

- Actividades (cultura y formación): trabajo penitenciario o mecanismos de contacto con el exterior. Han de destacarse, además, los denominados módulos de respeto. Estos constituyen un modelo de organización penitenciaria que tiene por objeto la construcción de una atmósfera pacífica, donde la voluntariedad y la participación del interno se erigen como los valores fundamentales del módulo. «Ha demostrado ser útil, realista y generalizable para la consecución de los objetivos terapéuticos, formativos, educativos y de convivencia de la institución penitenciaria. Son programas de intervención con instrumentos, dinámicas, estructuras y pautas de actuación y evaluación definidas y sistematizadas»¹⁸.

A pesar de todo lo anterior, hay 3 conceptos que han de tenerse en cuenta previa valoración de la realidad penitenciaria:

Resocialización

La idea de reeducación y reinserción surge a comienzos del s. XX para combatir ciertas dificultades u objeciones de la pena y su función social. Esta idea es vista, por unos, como parte de un proceso de manipulación del sistema al individuo y de erradicación del crimen, pasando por eliminar su autonomía con el objeto de homogeneizar y controlar a la sociedad y es vista, por otros, como un mero medio para acabar con el fenómeno de la reincidencia¹⁹.

Actualmente, la idoneidad de la represión y el aislamiento penitenciario al que se ve sometido el interno suscita controversia, pues las crisis de las penas privativas de libertad estriba en lo contraproducentes que en algunos casos resultan de cara a la readaptación del delincuente por su

¹⁸ SGIIPP (Ministerio del Interior). *Módulos de respeto - Manual de aplicación* . http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/MdR_Manual_de_aplicacion_acc.pdf

¹⁹ Ayuso Vivancos, A. *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*. Nau Llibres, Valencia, 2003, p. 67-98

efectos desocializadores (psicológico, social y laboral).

Prisionalización

Se entiende por prisionalización²⁰ el proceso de habituación e interiorización de las costumbres, reglas y principios de la prisión, es decir, de la asimilación o interiorización de la cultura carcelaria al que se ve sometido todo preso con independencia del grado. Empieza por cierta despersonalización y concluye en la asimilación por parte del preso de la inferioridad personal que le confiere la cualidad de interno.

Estigmatización

El castigo penal conlleva, según numerosos autores, la estigmatización personal²¹. La designación de «criminal» etiqueta social y peyorativamente al delincuente dentro y fuera de la cárcel, antes y después de su condición de preso, condicionando y condenando (aunque de otro modo) el resto de su vida en la comunidad (tendemos a desconfiar y ver peligroso al expresidiario, de ahí el hecho probable de que el preso no encuentre trabajo tras su salida de prisión y de que caiga en la reincidencia).

En el marco de un modelo punitivo rehabilitador, llama la atención el papel principal que, sin embargo, se otorga a la prisión, después de todo su razón de ser es en primera y última instancia (pese al aparato de tratamiento interno con el que más o menos puede contar) la reclusión del elemento que perturba el orden público, en otras palabras, el apartamiento inmediato de aquel conjunto de individuos diferentes en cuanto a su grado de conflictividad en pos de la protección del resto de la sociedad, la consecución de una convivencia pacífica y el respeto al imperio de la Ley.

3.2) Crítica al sistema penitenciario actual

La labor tratamental debe ser considerada en sí misma y como fin último del régimen penitenciario (artículo 71 LOGP).

En la práctica, sin embargo, ésto no siempre sucede. A veces a lo sumo entran en juego actividades

²⁰ Ayuso Vivancos, A. Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España. Nau Llibres, Valencia, 2003, p. 67-98

²¹ *Ibíd.*

subordinadas al régimen interno de la prisión cuyo objeto principal puede llegar a ser la distracción de los reclusos (en lugar de su rehabilitación) para asegurar un mayor control y orden del centro. En este sentido la gestión del centro penitenciario suele invertir la mayoría de sus recursos según un orden de prioridades que tiene por cabeza la evitación de altercados o injerencias reglamentarias.

Pues bien, aunque la oferta de dichas actividades suele estar incondicionada (no hay requisitos de acceso), el centro a menudo no cuenta con la dotación material y/o humana suficiente como para satisfacer a toda la comunidad reclusa. De hecho, en el plano material algunos establecimientos antiguos poseen todavía limitaciones a nivel de infraestructura y los más modernos podrían favorecer un contacto distante entre personal y recluso. A nivel de personal, Salvador Cutiño, señala también que «solo hay que comparar la ratio de funcionarios de vigilancia por preso con la de técnicos y especialistas dedicado directamente a las tareas tratamentales»²².

[Véase gráfico en Anexo II]

Por otra parte, la LOGP establece que, en cuanto a la aplicación y desarrollo de los tratamientos en prisión, la población reclusa es, en primer lugar, entrevistada por expertos (médicos, trabajadores sociales, etc). En un segundo momento la Junta de Tratamiento analiza el historial delictivo de cada preso así como sus circunstancias personales y emite un pronóstico inicial.

Este diagnóstico del perfil de criminalidad de los reclusos, no obstante, podría verse medrado por la masificación de la población reclusa que haría infactible la intervención individualizada. De este modo, el eterno problema de la sobresaturación administrativa entraría en los centros penitenciarios materializado en formularios tipo, trámites protocolarios e información tasada, en detrimento de los métodos eficaces para la rehabilitación. Así mismo, es posible que se cuente con criterios genéricos a la hora de diagnosticar la personalidad criminal y que no se preste la atención debida a la situación de cada recluso más allá del tipo de delito cometido y del tiempo de duración de la pena. Además, el informe de evaluación del interno usualmente está más orientado a la aplicación de beneficios penitenciarios que a contribuir a su seguimiento rehabilitador²³.

Un punto central en la actividad rehabilitadora del centro es la confección por la misma prisión del llamado Programa Individualizado de Tratamiento (PIT), que especifica la clase de actividades que han de llevarse a cabo. Como podemos observar, este programa, lejos de individualizar planes específicos, se limita a ofertar una lista inflexible, genérica y despersonalizada de actividades.

²² Cutiño Raya, S. *Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 17-11, 2015, 1-41, p. 5

²³ *Ibid.*

[Véanse fotos en Anexo I]

Cutiño alega que el único seguimiento llevado a cabo en el camino a la resocialización del delincuente a menudo estaría desempeñado por personal de vigilancia sin conocimientos específicos en la materia y centrado básicamente en labores de control y sanción, y se limitaría a la observación de su comportamiento en prisión y no tanto a la coordinación de actividades de índole rehabilitadora.

En conclusión, unos resultados satisfactorios del PIT podrían responder, en ciertos casos, a una evolución positiva de la conducta del recluso en mayor medida que al cumplimiento de los objetivos tratamentales.

En mi opinión, habrían de delimitarse más y mejor las funciones del régimen penitenciario, disciplinarias, y las del tratamiento, resocializadoras. Uno de los mayores perjuicios del tratamiento en prisión radicaría en la codependencia de estas dos esferas.

«El sistema disciplinar ocasiona en muchos casos una sumisión acrítica de la persona, para no recibir partes disciplinarios, que puede ser signo de falta de auto responsabilización o autogobierno de su vida, inmadurez o falta de autoestima, que denotan una nula evolución en el proceso de rehabilitación personal y que suelen predecir problemas en la vida exterior, donde la persona debe autorregular su cotidianidad»²⁴.

En relación a los principios rectores de la actividad rehabilitadora que se deducen de la LOGP (concretamente, de su art. 62) cabe señalarse que el tratamiento deberá de ser coherente, rico en métodos, dinámico, prolongado, unidireccional y distribuido entre distintos especialistas. Sin embargo, según S. Cutiño muchas veces los programas resultan escuetos, no contemplan todas las variables a tener en cuenta y abren paso a una acción penitenciaria descoordinada, fragmentada, irregular y circunstancial, supeditada a consideraciones regimentales aunque ello pueda resultar contraproducente para los fines del tratamiento. Todo ésto por no hablar de la participación del delincuente en la conformación del propio tratamiento o del consentimiento voluntario y responsable del mismo como garantía de una mayor posibilidad de rehabilitación, lo cual, para el presente autor, se hace totalmente infactible²⁵.

²⁴ Cutiño Raya, S. *Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 17-11, 2015, 1-41, p. 9

²⁵ Cutiño Raya, S. *Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 17-11, 2015, 1-41, p. 7

En definitiva, la propuesta Cutiño se resume en que el éxito del tratamiento interno queda muchas veces imposibilitado por diversos factores y prueba de ello es el alto grado de reincidencia del expresidiario tratado dentro de prisión, en contraste con el del delincuente tratado en medio abierto mediante medidas alternativas.

Finalmente, el autor apunta que la insuficiencia de la actividad tratamental en prisión se hace visible no solo en la elaboración de los programas terapéuticos sino también en su ejecución misma. A pesar de las insuficiencias hay que decir que la comunidad rehabilitadora trata de abarcar a la mayor población penitenciaria y llegar, en la medida de lo posible, a sus históricos personales por medio de la relación directa con el recluso, la flexibilización de la atmósfera penitenciaria y del favorecimiento de cierta participación del condenado.

Además de todo lo anterior existen otros factores, en este caso extrapenitenciarios, que dificultan la rehabilitación en medio interno²⁶:

- **Socioculturales:** La opinión pública está repleta de discrepancias ante el tema del tratamiento penitenciario. Existen sectores de la sociedad conservadores, abstencionistas, reformistas-progresistas y abolicionistas. La falta de consenso y el hecho de que una mayoría se decanta por la severidad punitiva, así como el desinterés mostrado por el resto, dificultan la necesaria concienciación, voluntad y compromiso comunitarios a la hora de tratar el problema de las prisiones.
- **Políticos:** En tema penitenciario, la atención política mostrada suele ser ínfima, lo que conlleva su débil desarrollo y la degradación del tratamiento penitenciario a un segundo plano sin recordar que éste es un modo de prevención (aunque no el mejor). Cabe la posibilidad de que los resultados de la rehabilitación no sean convenientemente evaluados para su mejora.
- **Financieros:** Se añaden las trabas traídas por la crisis económica y las actuales políticas neoliberales de tendencia preferentemente disciplinaria y no tanto rehabilitadora. La falta de dotación material y de recursos económicos y personales, contraviene muchas veces las exigencias legales y reglamentarias, haciendo inútiles los esfuerzos físicos y normativos en materia de tratamiento penitenciario.

Correccionismo

²⁶ Ayuso Vivancos, A. *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*. Nau Llibres, Valencia, 2003, pp. 19-25

Concepción Arenal fue una destacada escritora y activista española realista que defendería una suerte de paternalismo estatal, en oposición a enfoques más liberales que parten de la absoluta capacidad de elección y actuación de todo individuo y que, en consecuencia, demandan el pleno reconocimiento estatal de la autonomía en la voluntad de las personas. Ambas posturas repercutirán de formas radicalmente opuestas sobre la concepción del sistema punitivo que un Estado debe abordar. La sensibilidad de la autora que nos ocupa ante la realidad social y las pésimas condiciones de las cárceles de su tiempo marcaron profundamente su pensamiento, siempre orientado a la justicia y la compasión. “Su planteamiento era de corte [...] dinámico y progresista pues admitía el cambio dentro de los grupos humanos, facilitar a los individuos el tomar las riendas de su vida, remodelar las relaciones para que se alcanzasen mayores niveles de justicia”²⁷.

Concepción partió de una premisa universal y simple: el preso, en tanto que es ser «humano», puede ser reeducado y su castigo ha de ser racional. Esta idea es exigente, pues precisa un grado de progreso social elevado y una lectura filosófica acerca de las bases del Derecho Penal. La defensa de la dignidad humana y la visión humanista de la justicia por las que abogó la escritora implican la, en mi opinión, imprescindible responsabilización por parte de las instituciones sobre el delincuente y el hecho delictivo. La reforma de la prisión orientada a la reeducación del preso hubiese manifestado dicha responsabilización estatal. Sin embargo, esta reforma no tuvo lugar, no obstante, dado el contexto conservador y la atrasada época que le tocó vivir²⁸.

En la actualidad ya no son descabellados los planteamientos de Concepción Arenal, sino todo lo contrario. De hecho, en concreto, las medidas alternativas la prisión objeto del presente trabajo y, en general, lo rehabilitador de ciertas iniciativas del sistema penal constituirían una encarnación de los valores propugnados por la filántropa y serían fieles indicadores de progreso social.

De acuerdo con Lacalzada, desde la perspectiva de Arenal, adelantada a su tiempo, la prisión debe ser un lugar de reeducación donde el reo ha de participar activamente en este proceso. Así pues, pese a que en aquel momento era impensable una alternativa a la cárcel, Arenal anticipó ciertos puntos que hoy reclaman las concepciones penológicas más progresistas, como la reeducación del preso de cara a que alcance la correcta autonomía o el interés por formas punitivas que reportan un beneficio a la comunidad²⁹.

²⁷ Lacalzada, M.J. *Concepción Arenal. Mentalidad y proyección social*. Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012, p. 116

²⁸ Boira Sarto, S. *Penas y medidas alternativas a la prisión: la “corrección” entendida como beneficio a la comunidad*. Departamento de psicología y sociología de la Universidad de Zaragoza, nº 32, 2012, 61-79, p.66

²⁹ *Ibíd.*

3.3) Ejecución de penas en medio abierto

Además del primer grado de prisión, el vigente Reglamento Penitenciario alude a otros dos ámbitos de ejecución de las penas que se sitúan a medio camino entre el completo internamiento del penado y la ejecución de medidas alternativas a la prisión. Son algo así como figuras puentes, que abren paso a un régimen de semi-libertad:

Penitenciario

- Segundo Grado Modalidad (art. 100.2 R.P): La progresiva reinserción social del penado en medio abierto es el fundamento de esta categoría. Aquí entra en juego cierta flexibilidad, pudiéndose combinar modos de ejecución de la pena propios de distintos grados.
- Tercer Grado pleno (art. 83 R.P): Orientado a la buena integración del condenado en la sociedad. La reinserción que permite es gradual y viene impulsada por actividades de respaldo e informativas.
- Tercer Grado Restringido (art. 82.1 R.P):^[SEP] Su objeto es la búsqueda anticipada de una institución o asociación idónea para el condenado el día de su reincorporación a la sociedad.

Extrapenitenciario

- Unidades dependientes (tercer grado, art. 165): Las actividades rehabilitadoras y formativas son llevadas a cabo de manera inmediata y prevalente por organismos externos con la colaboración del centro penitenciario.
- Comunidades terapéuticas (tercer grado, art. 182): Está previsto para aquellos casos que requieran la desintoxicación del interno. La administración y la coordinación de las medidas de control privativas de libertad deben estar diseñadas para conciliar las medidas de seguridad que sean oportunas con el cumplimiento del tercer grado en Unidades Extra-penitenciarias.
- Medios telemáticos (tercer grado, art 86.4): Consiste en una medida alternativa a la prisión, según la cual la estancia en prisión queda sustituida por mecanismos electrónicos de control intensivo del condenado.

4) MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN

4.1) Significado e historia de las MAP

Las medidas alternativas a la prisión (MAP), en España, son aquellas mediante las que «se pretende evitar los efectos desocializadores que implican las penas privativas de libertad, y hacer, de alguna manera, que la persona condenada puede reparar el daño causado a la sociedad desde ésta misma»³⁰.

Las penas alternativas en principio se prevén para los delitos de menor gravedad (delitos, no faltas), aunque la realidad es que multitud de delitos leves son penados con el ingreso en prisión.

E. Larrauri, en su obra “*¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*” propone los siguientes problemas principales a los que se enfrentan las MAP³¹:

- a) Desarrollo legislativo y respaldo institucional, ambos insuficientes, lo que fomenta la predisposición reacia por parte de la doctrina ante esta posibilidad de castigo. Las modalidades contempladas por el Código Penal se limitan fundamentalmente a la suspensión de condena y a la multa (ésta no sirve en el caso de personas insolventes y aquella se excluye para los casos de reincidencia). En este contexto, lo único eficaz que cabría esperar desde el punto de vista de la rehabilitación sería la imposición judicial o la subordinación de la MAP a una condición: el ingreso del condenado en programas específicos que tengan por objeto su rehabilitación y tratamiento controlado.
- b) El segundo problema relevante que plantea, por el cuál a las MAP no se les ha dado la oportunidad de adquirir protagonismo en el panorama punitivo español, es la falta de aplicación judicial de las mismas, la ausencia de experiencias precedentes.
- c) Finalmente, el coste, tanto material como humano, para la cristalización de éstas respuestas punitivas suele ser elevado, y más teniendo en cuenta que el sistema judicial actual se encuentra desbordado.

La aplicación de las MAP es, pues, residual, se consideran exclusivamente para delincuentes menores y sin historial delictivo, consideración que se materializa en exigencias de acceso a las mismas.

³⁰ SGIIPP (Ministerio del Interior). *Penas y medidas alternativas*.

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Penas y medidas alternativas>

³¹ Larrauri, E. *La delincuencia violenta: ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Tirant lo Blanch, Madrid, 2005, cap. IV

La tesis que yo trato de defender es que la desconfianza general ante la eficacia de las MAP responde no tanto a evidencias empíricas como a la cultura penológica que se extendió en un momento histórico determinado y que marcaría las actuales orientaciones del Derecho Penal.

Primera etapa

Nacen a finales del s. XIX, principios del XX. Su origen posee finalidades distintas en función del lugar de su desarrollo³²:

- Modelo europeo continental: Las MAP están encaminadas a evitar la cárcel en el caso de delitos leves y de infractores de escaso potencial criminológico. Su razón de ser es el sorteo del factor criminógeno³³ de la prisión y la prevención de la reincidencia. Este modelo se contempla, pues, para delincuentes ocasionales y no para aquellos que requieren rehabilitación, de ahí que en la Europa continental tengan más arraigo medidas como la suspensión y la multa, las cuales inciden en el efecto intimidatorio del castigo en vez de abrir una vía para la intervención correctora sobre penado en medio abierto.
- Modelo anglosajón: Las MAP hacen las veces de vehículos de rehabilitación. Se basa en la idea de que la delincuencia está vinculada, de forma preponderante, a razones de índole social. La *probation* surge en EEUU en esta primera etapa como instrumento de tratamiento individualizado del delincuente, atendiendo a sus circunstancias y carencias personales y tratando de modificar tanto su conducta como los motivos de la misma.

Este último modelo pone énfasis en la rehabilitación como finalidad principal del castigo y es el más convincente desde mi punto de vista dada mi apuesta por el tratamiento de la delincuencia como síntoma. En él, las MAP, aunque indirectamente (son parches), permiten abordar las causas de la delincuencia. No obstante, la corriente anglosajona no descarta la eficacia de la rehabilitación interna del reo siempre que se le respeten y garanticen una serie de libertades propias del medio abierto. En el caso de España, el Derecho Penal apenas recibió influencia de este último modelo, que sí marcaría la tendencia punitiva de numerosos estados de la Europa continental (Larrauri 2005).

³² Larrauri, E. *La delincuencia violenta: ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Tirant lo Blanch, Madrid, 2005, cap. IV

³³ Factor criminógeno: Aquel que favorece o reafirma la conducta delictiva. Se dice que el contacto directo con diversos tipos de delincuencia en prisión puede potenciar el mal comportamiento o propiciar el contagio de otras dinámicas delictivas.

A título de observación personal, en la actualidad, el Derecho comparado hace patente la distancia existente entre el camino que han tomado las últimas reformas penales españolas y la orientación, más humana y resocializadora (tendente a la reinserción), que siguen los países cuyas prisiones están experimentando una notable disminución de reclusos. Así, hoy, en nuestro país, la escasa credibilidad de las MAP se debe, en primera instancia, a su configuración misma, ya que delegan la función rehabilitadora al centro penitenciario. De este modo se están pasando por alto las ventajas que conllevaría el perfeccionamiento y consolidación de un aparato alternativo frente al privativo, como serían la la no desocialización del penado y la mayor capacidad rehabilitadora

Segunda etapa

Posiciones frente a las MAP: Encumbradas mayormente en EEUU³⁴:

- Liberal: El pensamiento liberal ataca al principio de rehabilitación desde la defensa de una suerte de retribucionismo actualizado y de la ineficacia de las MAP (tal y como estaban desarrolladas en el momento) en relación con la reincidencia. Rechazan gran parte del peso de la rehabilitación ya que, piensan, está más enfocada a lograr que el delincuente abandone la delincuencia que a castigar de forma proporcional el daño ocasionado a la sociedad.
- Conservadora: Posición crítica con la escasa dureza del aparato punitivo. Abogan por el incremento del efecto intimidatorio de la pena y ponen el acento en los mecanismos incapacitadores. Al delincuente habitual le corresponde un castigo severo, no el esfuerzo rehabilitador por parte de las instituciones.

Ambas posturas proponen una restricción de la facultad discrecional del juez en su sentencia y un estrecho sometimiento al Derecho positivo en aras de imposibilitar ciertos márgenes entre los que cabe la imposición judicial de medidas sustitutivas de la prisión (E. Larrauri, 2005)³⁵.

De este modo el discurso incapacitador estadounidense, que inspiraría las políticas de numerosos estados y fundaría en un segundo momento el pesimismo ante el ideal rehabilitador, se erigió desde los años 70 como la opción única frente al problema de la reincidencia y la consagración del valor de justicia.

³⁴ Larrauri, E. *La delincuencia violenta: ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Tirant lo Blanch, Madrid, 2005, cap. IV

³⁵ *Ibíd.*

Tercera etapa

La carga punitiva de las MAP se situaría a media distancia entre la antigua *probation* y la pena de prisión. Tras la crisis del ideal rehabilitador, se incrementó la severidad de viejas MAP y fueron surgiendo nuevas MAP incapacitadoras. El problema de esta respuesta en defensa de las MAP fue que, al reforzar su fuerza incapacitadora, se las estaba alejando de otro elemento esencial del castigo: la prevención.

La prevención y mitigación eficaces del fenómeno de la reincidencia solo puede ser alcanzada a través de la vertiente rehabilitadora de la medida alternativa, la intimidación sin rehabilitación de nada sirve. En este sentido, algunos académicos defienden la idoneidad de determinados programas rehabilitadores por sus resultados satisfactorios (ésto es, porque disminuyen considerablemente la reincidencia), así como la realización de los mismos en el ámbito comunitario frente al medio penitenciario, siendo en el ámbito comunitario donde entran en juego las MAP³⁶.

Se requiere de un tratamiento individualizado y en atención a las circunstancias particulares del delincuente para una mayor efectividad de la medida rehabilitadora, de acuerdo con los siguientes principios³⁷:

- Riesgo: La intensidad de la rehabilitación depende de la probabilidad de reincidencia.
- Necesidades criminógenas: El programa va destinado a combatir los concretos factores que motivan el comportamiento delictivo del sujeto en cuestión.
- Participación: Más allá de la enseñanza de consignas cognitivo-conductuales, la participación del propio delincuente en su mismo tratamiento posee una mayor repercusión en su proceso rehabilitador.
- Tratamiento adecuado y la dotación adecuada.

Justicia restaurativa

Especialmente favorable para delitos violentos, de inspiración reeducativa, de la mano de medidas alternativas a la prisión, de creciente interés doctrinal e integradora de las necesidades y sentimientos de la víctima. Es una nueva forma de tratar la responsabilidad penal del delincuente,

³⁶ Larrauri, E. *La delincuencia violenta: ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Tirant lo Blanch, Madrid, 2005, cap. IV

³⁷ *Ibíd.*

en la que participa el ofendido y en la que el ofensor es testigo directo de los perjuicios del daño ocasionado. En un principio su aplicación se limitaba a los procedimientos sobre menores pero recientemente algunos países están incorporando la justicia restauradora en sus legislaciones para adultos³⁸.

Siguiendo con Larrauri, esta modalidad apuesta por la entrada en escena la sociedad como agente principal a la hora de combatir el crimen. La víctima a menudo encuentra insatisfecha sus ansias de justicia en el sistema judicial tradicional, que simplemente impone la reclusión al delincuente. El punto de vista restaurador es interesante porque revuelve la clásica definición de delito, la cual peca de genérica y abstracta. Éste pasa a ser, en primer lugar, un acto contra una persona en concreto, en segunda instancia, contra la comunidad en general y su sistema de valores y en último lugar queda la consideración del delito como una injerencia contra la ley y el Estado³⁹.

Personalmente, pienso que la justicia restauradora podría considerarse la cumbre de la evolución del panorama punitivo, la etapa futura o bien un momento hipotético que denotaría el éxito definitivo de los valores rehabilitadores.

Si partimos de dos premisas que en mi opinión son fundamentales: la consideración de la delincuencia como síntoma de las deficiencias del sistema y la atribución al Estado de su responsabilidad frente al fenómeno de la delincuencia, la rehabilitación vendría a ser un parche y, en la medida en que el problema de raíz no se estaría atajando, debería canalizarse, el ideal rehabilitador, por vías alternativas a la prisión, dada su menor agresividad punitiva, es decir, su menor lesividad a los derechos del delincuente. Este trabajo trata de defender que no hay mejor prevención del delito que la búsqueda y evitación de los factores causales de la delincuencia y que ya que ésto no es así, ya que han triunfado las consignas liberales por las que se presume plena autonomía (y por ende, responsabilidad) del individuo en la comisión de infracciones, ni qué decir tiene que, como mínimo y a razón de la justicia, el Estado debería invertir en rehabilitación y enfrentarse a las demandas presupuestarias y legales de las MAP.

En este punto, creo legítimo evitar caer la comodidad del catastrofismo y del prejuicio y optar por elucubrar, estudiar y proponer nuevas formas de control y tratamiento del delincuente, teniendo en cuenta que han de responder a las tres funciones principales del castigo, expuestas en el apartado 2.2 del presente trabajo. Después de todo, el que estas medidas sean, en general, menos restrictivas de derechos, no quiere decir que no sean efectivas bajo el prisma de la prevención.

³⁸ Larrauri, E *Tendencias actuales de la justicia restauradora*, Libro Homenaje a Alessandro Baratta. Universidad de Salamanca, 2004

³⁹ *Ibíd.*

4.2) Tipología de las MAP

Del estudio de la obra de Elena Larrauri podemos elaborar un esquema que relaciona los tipos de MAP en atención al tipo de finalidad punitiva perseguida:

- Retribucionismo (visión proporcionalista de la pena) – TBC y castigos comunitarios
- Prevención de reincidencia: mediante rehabilitación en medio abierto
- Incapacitación (control directo del delincuente para que, mientras cumple condena, no pueda cometer un delito) – Supervisión intensiva / libertad vigilada (mediante medios telemáticos)
- Rehabilitación – Penas combinadas (subordinación a tratamientos y programas) / justicia restauradora

Suspensión de condena

La suspensión de condena alude a la suspensión, temporal o condicional, de la aplicación de una pena de mayor entidad a un individuo condenado por la comisión de un delito⁴⁰. Es un mecanismo que se encuentra regulado en los arts. 80 y ss. del actual Código Penal español del año 1995.

A tenor de lo dispuesto en el Código, mediante resolución judicial se podrá establecer la suspensión siempre que se trate de delitos cuya duración de la pena no sea mayor de dos años, no constituyan reincidencia y se hayan satisfecho previamente las posibles responsabilidades civiles. No obstante, hay previstos casos especiales para los que no operan las anteriores exigencias u operan de forma atenuada, como es el caso de condenados con enfermedades graves e incurables (quienes acceden directamente a la suspensión) o bien de delincuentes funcionales mediante la debida acreditación de drogodependencia (para los cuales la suspensión está prevista para condenas menores de 5 años).

Art. 80.5, párrafo 3º C.P: “en el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en la droga si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación”.

⁴⁰ Sevilla Cáceres, F. (13 de mayo de 2017). En *Mundojurídico.info*. Extraído el 8 de mayo de 2017 desde <http://www.mundojuridico.info/suspension-del-cumplimiento-de-la-pena/>

No obstante, en relación a este tipo de instrumentos dirigidos a evitar la entrada en prisión del delincuente encuentro cierta desesperanza, dado que gran parte de los órganos judiciales españoles se muestran reacios a la aplicación de los mismos. Los mecanismos suspensivos tendentes a evitar en lo posible el cumplimiento de penas privativas de libertad de corta duración son cada día menos aplicados en España y, por el contrario, continúan gozando de un estatus destacado en países como Alemania, Austria o Suiza (de alto bienestar social), los cuales serán objeto de análisis en el apartado sobre Derecho comparado que abordaremos más adelante.

Trabajos en beneficio de la comunidad

En segundo lugar hay que hacer mención a los trabajos en beneficio de la comunidad (TBC), sanción que en el Derecho penal español se prevé como una pena privativa de derechos en los arts. 39 letra i) y 49 CP. De acuerdo con el artículo 49 del Código Penal, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad vendría a formularse como aquella pena que impone al condenado la obligación de prestar servicios de utilidad pública de manera gratuita y con su consentimiento (la aplicación de la misma depende de la aceptación por parte del penado del desempeño de la actividad). Los elementos principales de esta pena serían, en definitiva, la no remuneración, la cooperación socialmente útil y la voluntariedad.

Además, el legislador, en el artículo 49, establece otros dos elementos de fondo constitutivos de la pena TBC que se comportarían como valores a respetar por el Dº Penal: la dignidad del penado (art. 49-2 a) y a la no subordinación de la pena a la satisfacción de intereses económicos (art. 49-5a).

Según define Mª Marta González, ganadora del primer accésit del Premio Nacional Victoria Kent:

«La pena de trabajos en beneficio de la comunidad es aquella pena que mediando el consentimiento del penado le obliga a prestar su cooperación no retribuida, durante un máximo de ocho horas al día, en determinadas actividades de utilidad pública no supeditadas al logro de intereses económicos ni atentatorias contra la dignidad del penado que serían facilitadas por la Administración, la cual podría establecer a tal fin los convenios oportunos»⁴¹.

⁴¹ González Tescón, M.. *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2013, p. 233

En el caso de que el condenado requiera de un seguimiento psíquico o de cualquier tratamiento médico específico, la opción que ha de prevalecer es:

«[...] la aplicación de la pena de prisión y, en su caso, su suspensión condicional con sujeción a reglas de conducta entre las que se encuentra la participación en programas de rehabilitación de maltratadores (art. 83), o su sustitución por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y sometimiento a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico (art. 88)»⁴².

Se elegirá, pues, de entre estas alternativas en función de la entidad del delito cometido y del potencial criminal y el grado de peligrosidad del penado. Según la autora ha de contemplarse la idoneidad de una pena de TBC que establezca el ingreso del penado en un programa de rehabilitación especializado en el género de delitos de que se trate, como prevén los sistemas penales anglosajones.

La catalogación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como medida privativa de libertad o bien, medida alternativa, ha suscitado controversia doctrinal. Lo que sucede es que el derecho objeto de intervención punitiva y de ponderación, en caso de las penas TBC, es difuso. No obstante, la imposición de una obligación prestacional («de hacer») no retribuida no constituye en una clara limitación de la libertad del penado, la restricción de la pena no afecta a una forma de libertad fundamental, aunque es innegable que la carga punitiva priva de libertad en algún sentido. Los TBC no pueden incluirse tampoco en el grupo de medidas de seguridad, ya que, en todo caso, se situaría entre ellas y las privativas de libertad. Es por ésto que una parte de la doctrina aboga por la regulación del TBC como institución autónoma, como ocurre en el caso de la multa⁴³.

Esta pena me resulta atractiva dado que da cabida al principio de flexibilidad, según el cual parte de la pena (la prestación) impuesta al condenado podría determinarse en función de sus circunstancias individuales, familiares y laborales. No obstante, es ésta una institución objeto de numerosas críticas, entre otras, por su excesivo coste y formalismo (la aplicación del TBC tiene lugar en supuestos para los que cabrían otras sanciones menos costosas para el Estado y menos gravosas para el condenado).

⁴² González Tescón, M.. *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2013, p. 270

⁴³ *Ibíd.*

Libertad condicional

Antes de la llegada de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, esta institución se situaba a mitad de camino entre el tercer grado penitenciario y la obtención, por parte del penado, de la remisión definitiva de la pena. Tras la reforma, esta institución «deja de entenderse como tiempo efectivo de cumplimiento de condena, para convertirse en una modalidad de suspensión de la ejecución de la pena que resta por cumplir»⁴⁴.

Su desarrollo y causas de revocación están previstos en los arts. 198-201 del Reglamento Penitenciario. “Los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en el Código Penal cumplirán el resto de su condena en situación de libertad condicional, conforme a lo dispuesto en dicho Código” (art. 196 del Reg. Penitenciario).

Durante el periodo de libertad condicional la intervención sobre el penado, la cual corresponde a los servicios penitenciarios es, a menudo, insuficiente por las siguientes razones⁴⁵:

- El informe pronóstico, cuya confección corresponde a la Junta de Tratamiento, es susceptible de ser deficiente dado su mecánico procedimiento de elaboración así como la estandarización de los expedientes de los librados condicionales, que podrían impedir un auténtico seguimiento individualizado y, en ocasiones, dejar de indicar el concreto plan a aplicar con cada interno.
- Las estrategias previstas que involucran activamente al interno en su propio tratamiento, en la práctica cabe se traduzcan en meros trámites y fórmulas protocolarias que ha de realizar el penado para el acceso al presente grado de libertad. La búsqueda de la eficacia material podría ser reemplazada por la satisfacción de una serie de requisitos más bien formales.
- Dado el reparto de facultades, tiene cabida la descoordinación entre los jueces de vigilancia, los trabajadores sociales y los funcionarios de prisión y los externos.
- El trabajador social puede que efectúe insuficientes visitas al domicilio del librado.

En resumen, el control del penado podría ser escaso y el seguimiento, en general, poco fiable.

Desde mi punto de vista, esta modalidad sería interesante en tanto que es una forma de suspensión de la pena y permite la intervención de los servicios rehabilitadores y resocializadores en medio

⁴⁴ Ucelay, P. (15 de julio de 2015). En *Juristadepreisiones.com*. Extraído el 25 de mayo de 2017 desde <http://juristadepreisiones.com/la-libertad-condicional-tras-la-ley-organica-12015/>

⁴⁵ Améz Borrego, B. (coord.). *Trabajo social en el medio penitenciario*. Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Madrid, 1999, p. 73

abierto, siempre y cuando se consolidase y coordinase un cuerpo técnico (auxiliar de los servicios penitenciarios) que integrase una notable plantilla de trabajadores sociales, se le proporcionara medios económicos suficientes y se asegurase la interacción coordinada de los diversos agentes prestacionales.

Localización permanente

Antiguamente se denominaba arresto domiciliario. Viene recogido como pena privativa de libertad en el artículo 37 del Código Penal, puesto que supone la restricción de la libertad de desplazamiento. Se prevé que dicha pena consistirá en la imposibilidad del condenado de salir del domicilio u otro lugar determinado (pactado o unilateralmente establecido) por el juez y que se impondrá con una duración de hasta seis meses⁴⁶.

Esta pena, incapacitante en grado menor que la de prisión, resulta interesante desde el punto de vista de la rehabilitación en tanto no da lugar a posibles efectos criminógenos ni a otros perjuicios derivados de la estancia en el centro penitenciario.

Arresto de fin de semana

Se trata de una especie de pena «corta» de privación de libertad que fue eliminada del Código en el año 2003 por ser considerada ineficaz por los opositores, siendo sustituida por la localización permanente anteriormente mencionada. El condenado es internado en prisión durante 36 horas, de uno a veinticuatro fines de semana y siempre y cuando se trate de supuestos sustitutivos de penas para las que se prevé la prisión inferior a dos años⁴⁷.

A mi juicio, la eliminación de esta figura no fue acertada, dada su idoneidad para los delitos leves y las faltas, su aplicación intermitente y la alternativa que suponen al pago de multas cuyo peso económico es relativo (en función del poder adquisitivo) y, por ende, injusto. Además de ésto, la pena resultaba ventajosa por el menor impacto desocializador que ejerce sobre el penado.

⁴⁶ Sevilla Cáceres, F. (19 de abril de 2017). En *Mundojurídico.info*. Extraído el 1 de febrero de 2017 desde <http://www.mundojurídico.info/la-pena-de-localización-permanente-o-arresto-domiciliario/>

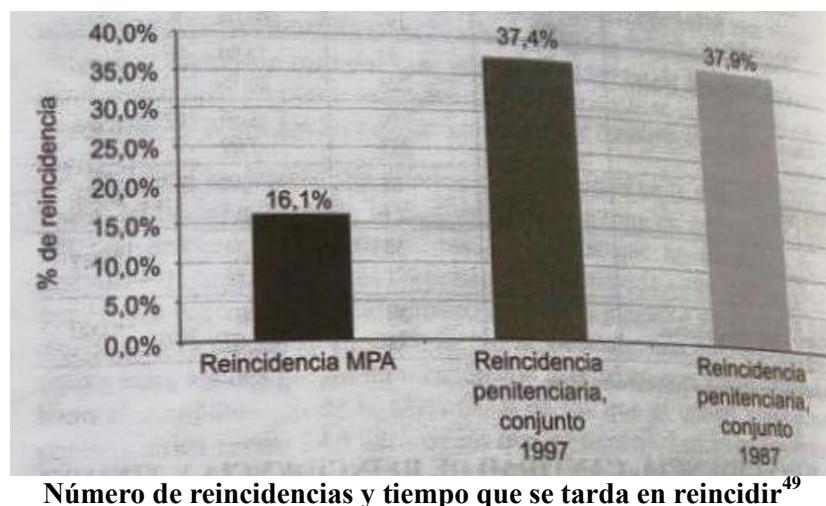
⁴⁷ Higuera Guimerá, Juan F. *La pena de arresto de fin de semana: estudio, propuestas y documentación*. Ministerio de justicia, Madrid, 1982, pp. 92 y 94

4.3) Penas alternativas y reincidencia

Una cuestión clave para juzgar la validez de las medidas alternativas a la prisión es si la tasa de reincidencia en el caso de los que fueron condenados a las mismas es mayor o menor en comparación con la de aquellos que un día ingresaron en prisión.

En virtud de una investigación llevada a cabo por Villacampa Estiarte, C., Torres Rosell, N. y Luque Reina, E., la tasa de reincidencia del grupo de personas que durante el año 2000 cumplió con una MAP, es decir, que estuvo condenado a la realización de determinadas obligaciones vinculadas a la suspensión o bien al desempeño de trabajos en beneficio de la comunidad, tras ser observado durante un periodo de entre 4 años y medio y 5 años y medio, se concluyó que fue del 16,1%⁴⁸.

Este resultado de 16,1 es la mitad de las cifras que revelan dos estudios sobre reincidencia de un conjunto de sujetos, por el contrario, excarcelados (37,9% y 37,4%):



Los porcentajes de 1997 y 1987 que aparecen en la imagen hacen referencia a los estudios de Luque, Ferrer y Capdevila (2005) y Redondo, Funes y Luque (1993), respectivamente.

Puede sostenerse, en este caso, que el nivel de reincidencia de la población sometida a MAP es sensiblemente inferior al obtenido tras un seguimiento análogo de sujetos salidos del centro penitenciario.

⁴⁸ Villacampa Estiarte, C., Torres Rosell, N. y Luque Reina, E. *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*. Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 143 y 144

⁴⁹ Villacampa Estiarte, C., Torres Rosell, N. y Luque Reina, E. *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*. Aranzadi, Navarra, 2006, p. 144

5) ACTUALES TENDENCIAS

5.1) Reforma del Código Penal de 2015

El camino trazado por la reforma está orientado en sentido contrario a la orientación del derecho comparado al que habrían de apuntar nuestras leyes, es decir, al derecho de aquellos países que presentan un menor índice de delincuencia, caracterizados, precisamente, por una tendencia punitiva rehabilitadora y por el éxito de medidas alternativas como la suspensión y otras peculiares a cada estado.

Principales modificaciones⁵⁰:

- Cambio de régimen: Antes de la reforma, el CP contemplaba dos instituciones distintas: la suspensión y la sustitución de la pena. Esta doble regulación desaparece a partir del 2015, ya que la sustitución queda prácticamente suprimida, degradada a un supuesto específico: tan solo se prevé la sustitución de la pena por la expulsión para los extranjeros en determinados casos.
- Aumento, por parte del legislador, del número de exigencias que deben contemplarse para el establecimiento de la suspensión de la pena. Antes los únicos requisitos que el Juez debía comprobar eran la no peligrosidad del individuo y la inexistencia de otros procesos penales contra él. La conveniencia de la suspensión debía ser valorada por el órgano judicial en función, simplemente, de si sería lo suficientemente disuasoria como para prevenir la comisión de nuevos delitos.
- Los antecedentes del sujeto correspondientes a delitos de diferente índole al delito objeto de un proceso penal concreto, hasta la reforma, no se han computado nunca como antecedentes penales. La reforma reformula esta misma idea, varía la redacción, dotándola, así, de un matiz distinto. Se establece un nuevo criterio, más ambiguo y que otorga al juez un mayor margen para la arbitrariedad: no se tendrán en cuenta como antecedentes penales los delitos que «carezcan de relevancia para valorar la comisión de delitos futuros».

⁵⁰ Plataforma “No Somos Delito” (2014): *La reforma del código penal (un grave retroceso en los derechos y las libertades públicas)*

- De otro lado, en lo relativo a la asunción, por parte del imputado, de la consiguiente responsabilidad civil, se suprime la facultad del juez de atender a la insolvencia del penado y eximirlo de su obligación de responder al pago mientras subsista dicha situación de insolvencia.

Tras las condiciones exigibles para la suspensión no quedarán completadas hasta que el penado satisfaga las obligaciones económicas derivadas de la responsabilidad civil de acuerdo a su capacidad económica y, más allá de expresar su compromiso, quepa esperar su cumplimiento efectivo. Solo cuando se den todas estas variables, podrá considerarse la aplicación de la suspensión. A parte del pago por dicha responsabilidad, el condenado está obligado a realizar un comiso. (art. 80.2).

- Introducción de un refuerzo de la prevención general (fundada en la confianza general en la vigencia de la norma infringida) en detrimento de la prevención especial (para la que las medidas alternativas resultan eficaces) mediante la prohibición de la suspensión de las penas que excedan el año de duración siempre que se ponga en peligro dicha prevención general. Este apartado constituye otro elemento de inseguridad jurídica, por la gran discrecionalidad que conlleva decidir si la suspensión está menoscabando la confianza social en el ordenamiento penal (art. 80.4).

- Sin embargo, si el penado posee suficientes recursos económicos como para hacer frente a la responsabilidad civil podrá suspenderse la pena pese a no cumplir el resto de requisitos, es decir, aunque tenga antecedentes penales y a pesar de que la pena sea superior a dos años. El vigente código hace prevalecer, pues, el poder adquisitivo como garantía de la satisfacción del pago por los perjuicios civiles causados, sobre el resto de exigencias de la suspensión (art. 80.3).

Este punto de la reforma es de imprescindible atención, ya que desemboca en la discriminación a favor de las capas altas de la sociedad, de los delincuentes de «guante blanco», y en contra de los sectores desfavorecidos.

- En cuanto a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad de los penados drogodependientes, se elimina la obligación del juez de solicitar informe médico forense en todo caso, siendo suficiente con la acreditación por parte del interesado, lo que podría acarrear el efecto de la eliminación de la suspensión de la pena de drogodependientes reincidentes. Se faculta al juez para ordenar la comprobación del cumplimiento de los requisitos de la suspensión (art. 80.6).
- Tiene lugar la supresión de la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal para fijar el plazo de suspensión (art. 81).

La suspensión que nos ocupa «será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves» (art 81) y se ha de llevar a cabo en virtud de las circunstancias concretas que rodean al acto delictivo, así como en función del historial delictivo del sujeto, de su comportamiento ulterior al delito y de situación personal del ofensor. El margen de discrecionalidad del juez, de cara a adoptar o no esta medida, es fundamental, como fundamental es la posibilidad que introduce este precepto.

- La resolución judicial sobre la suspensión de la pena ha de hacerse, de acuerdo con el artículo 82 de este mismo Código, a la mayor brevedad posible desde la fecha de declaración de la sentencia.

Otro de los efectos de la reforma, es que el presente artículo ha pasado a concretizar el periodo de tiempo para el pronunciamiento sobre la suspensión, el cuál computará desde la adquisición de firmeza de la resolución acordada, y se excluirá de este cómputo la situación de rebeldía del penado.

- Modificación de prohibiciones y obligaciones en relación con la suspensión:

Eliminación de la prohibición explícita de reincidencia del penado (no obstante la misma puede inferirse de la nueva redacción de manera indirecta).

Introducción de la prohibiciones como la de imponer deberes y obligaciones «excesivos o desproporcionados» o la de relacionarse con personas que puedan facilitar o inducir al penado a cometer delitos.

En cuanto a las obligaciones, éstas son reformuladas, aunque se mantienen intactas en contenido (art. 83).

- Introducción de una importante potestad jurisdiccional: El órgano judicial podrá requerir del penado el cumplimiento de un acuerdo de mediación, del pago de una multa o de la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

Este punto abre la posibilidad de llevar a cabo una especie de suspensión combinada. No obstante, se está reduciendo el estatus de lo que antes eran supuestos de sustitución de la pena. Con la eliminación de la sustitución, los TBC o la multa, dejan de ser opciones alternativas a la prisión para convertirse en requisitos extra de cara a la obtención de la suspensión, es decir, se acumulan con esta última pena, no la excluyen. Se introduce, de hecho, un precepto que establece que la duración de la pena de multa y de los trabajos en beneficio de la comunidad no podrá exceder los dos tercios de la extensión de la pena de prisión.

Ello implica un aumento de carga punitiva para aquellos delincuentes menores y delincuentes funcionales (ya que, en su mayor caso, medidas alternativas como la suspensión, suelen tratar delitos, o bien contra el patrimonio, o bien contra la salud pública). Puede que al condenado se le imponga la realización de TBC o el pago de una multa en adición al periodo condicional determinado judicialmente.

- En relación a las causas de revocación de la suspensión, se incluye el incumplimiento de la obligación del pago de la responsabilidad civil a excepción de que el penado no cuente con capacidad económica para llevar a cabo dicho compromiso.

He aquí un contrasentido ya que, como hemos visto en un momento anterior, la insolvencia no permitía acceder a la suspensión de la pena y, sin embargo, constituye un criterio para eludir su revocación.

- Se añade una nueva causa de revocación de la suspensión para aquellos supuestos en que el penado sea condenado por la reiteración de un concreto tipo de delito dentro del año inmediatamente posterior a la terminación de un anterior periodo de suspensión.

Una parte de la doctrina defendía que solo podía ser revocada la suspensión en el caso de que se diesen ambas circunstancias: la comisión de un delito por el penado y la emisión de una condena firme durante el periodo de la suspensión, no fuera de él (art. 87).

- En último lugar, en 2015, «el legislador decide no tener en cuenta el período transcurrido en situación de libertad condicional a efectos de cómputo del tiempo de cumplimiento de condena en caso de producirse la revocación de la libertad condicional»⁵¹.

5.2) Derecho comparado

Alemania

El Código Penal alemán contempla la pena desde una doble vertiente, como mecanismo principal y accesorio. El sistema punitivo alemán se erige sobre la culpabilidad del infractor (al igual que el modelo español), y da cabida a las denominadas medidas de seguridad y de corrección. Estas prevén la protección social frente al peligro de la delincuencia y, a su vez, desempeñan un rol resocializador con independencia del grado de culpabilidad del penado. Concretamente son las

⁵¹ Ucelay, P. (15 de julio de 2015). En *Juristadeprisiones.com*. Extraído el 25 de mayo de 2017 desde <http://juristadeprisiones.com/la-libertad-condicional-tras-la-ley-organica-12015/>

siguientes: «Internamiento en un hospital psiquiátrico; internamiento en un establecimiento de desintoxicación; internamiento en un establecimiento de custodia de seguridad; vigilancia por parte de la autoridad; retirada del permiso de conducción; prohibición de ejercer una profesión».⁵²

El derecho penal alemán establece dos categorías⁵³:

- Penas principales: Pena privativa de libertad o prisión. Puede ser reclusión a perpetuidad o bien pena de prisión con una duración determinada (artículo 38).
- Accesorias: No se trata de penas sustitutorias de las privativas de libertad, sino complementarias: Prohibición de conducir vehículos a motor.

El derecho penal alemán recoge las siguientes consecuencias jurídicas⁵⁴ ante la acción típica y antijurídica, en función del caso concreto y de la gravedad del delito:

- Condena a una pena de prisión de menos de 1 año de duración: Obligación de **suspensión** por el Juez o Tribunal de la ejecución de la pena, siempre que exista un pronóstico favorable sobre el sujeto condenado desde el punto de vista de la prevención especial y se cumplan una serie de exigencias legales. (art. 56.1).
- Penas de prisión que no supere la duración de 2 años: Posibilidad de **suspensión**, en este caso **condicionada** y en supuestos concretos (art. 56.2). Se trata aquí, de una potestad judicial.

Requisitos: Ambos supuestos quedan supeditados al establecimiento, por parte del Juez, de un periodo de prueba de 2 a 5 años. Tiempo durante el que el penado se somete a dos condiciones principales: la no reincidencia y el acatamiento de ciertas obligaciones, prescripciones o directrices judiciales. Concluido este periodo de prueba de forma satisfactoria, la pena de prisión quedará eludida. Sin embargo, en el supuesto de que el condenado incumpla reiteradamente las condiciones antes mencionadas, o bien vuelva a delinquir en el transcurso de dicho periodo, la suspensión le será revocada mediante dictamen judicial⁵⁵.

Una institución alemana equivalente a la pena de TBC prevista en el Derecho español sería la realización de **trabajos comunitarios**, entendida como alternativa a la prisión subsidiaria por

⁵² Cano Paños, M. *Las medidas alternativas a la prisión en el marco del derecho comparado*. Revista internacional de doctrina y jurisprudencia, 2014, p. 7

⁵³ Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871. Traducción: Claudia Lopez Díaz

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*

impago de multa (art. 293 de la Ley Introductoria del Código Penal alemán). De este modo, el penado que no ha satisfecho la multa tiene la posibilidad de remplazar un día de prisión por la realización de seis horas de trabajos comunitarios.

De otro lado, tanto en el caso de la pena de prisión (de hasta un año), como cuando se impone una pena de multa, el art. 60 prevé una institución que, desde mi punto de vista, es idónea desde el punto de vista del objetivismo penal.

Me refiero al instituto del **desistimiento de la pena**, el cual está previsto para todos los delitos siempre que la pena que a ellos corresponda no exceda un año de prisión y su aplicación por los tribunales alemanes posee carácter residual. Esta figura no guarda relación la impunidad (que consiste en la inobservancia de alguno de los elementos del tipo) sino que entra en juego cuando, pese a estar ante una conducta típica, los efectos de la acción delictiva no gozan de la entidad suficiente, es decir, no son lo suficientemente graves como para imponer la pena que corresponda y sí lo son, sin embargo, las consecuencias que el proceso implicaría para el acusado. En estos casos de desequilibrio fáctico el Juez se limita a emitir un juicio de culpabilidad y a pronunciarse sobre las costas procesales, desiste de la imposición de una pena y expresa su renuncia a aplicar una sanción⁵⁶.

Austria

El derecho penal austriaco regula un amplio abanico de sanciones para cada tipología delictiva. Distingue entre penas, medidas preventivas y órdenes de naturaleza patrimonial. La clasificación de las distintas penas similar a la alemana es la siguiente⁵⁷:

Suspensión condicional:

El Tribunal competente ha de considerar la posible suficiencia de la mera amenaza de la imposición de la pena o de su imposición parcial en atención a los fines de prevención general y especial ('ratio legis').

Posibilidad de suspender condicionalmente y en su totalidad la pena de que se trate.

Requisitos generales⁵⁸ (art. 43.1 ÖStGB):

⁵⁶ Cano Paños, M. *Las medidas alternativas a la prisión en el marco del derecho comparado*. Revista internacional de doctrina y jurisprudencia, 2014, pp.19-32

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

- Que la ejecución penal constituya una amenaza efectiva.
- Que la ejecución de la pena no sea imprescindible desde un prisma preventivo-especial.

Dicho juicio de necesidad ha de ser llevado a cabo en función de ciertos criterios (ausencia de antecedentes penales, grado de culpabilidad, índole delictiva, circunstancias personales e indicios convincentes de cara a la no reincidencia del infractor).

El Código Penal austriaco prevé las siguientes consecuencias jurídicas ante la acción típica y antijurídica, en función del caso concreto y de la gravedad del delito:

- Penas privativas de libertad de hasta dos años y penas de multa: Obligación del Tribunal de fijar un periodo de prueba (1-3 años) durante el cual el condenado debe demostrar buen comportamiento y hacerse merecedor del cese o suspensión total de la pena (arrepentimiento, sometimiento a *instrucciones judiciales*, si las hay, predisposición a la reparación del daño, etc.).
- Condenas a una pena de prisión de entre dos y tres años: Posibilidad de suspensión condicionada de la pena, en función de si el penado cumple o no los requisitos legales generales y unas exigencias específicas: «que exista con respecto al sujeto condenado un pronóstico especialmente positivo desde un punto de vista preventivo-especial, y que la parte de la pena que en todo caso debe ser ejecutada tenga por lo menos una duración de un mes».

Las penas de prisión superiores a tres años pueden dar acceso a la suspensión parcial es supuestos especiales (atenuación extraordinaria de la pena).

El mecanismo de la **diversión**, tal y como afirma Cano Paños⁵⁹, es una respuesta no formal que sin embargo no decriminaliza (no niega la existencia del hecho delictivo), posee una serie de requisitos (delito no perseguible de oficio, existencia objetiva de comportamiento delictivo, ausencia de asunción de culpa grave y consentimiento por parte del acusado y no imposibilidad de MAP desde las demandas de la prevención especial) y se excluye para aquellos supuestos en los que, por la circunstancia que sea, el delito objeto de la diversión haya acarreado la muerte de un ser humano. Mediante esta respuesta no se sanciona la conducta delictiva, la pena no llega a aplicarse, sino que se ponen en marcha operadores “pre-procesales” cuyo fin es la asunción del imputado de su responsabilidad sobre el hecho delictivo. En mi opinión esta figura es interesante en la medida en que no acarrea la estigmatización del infractor.

⁵⁹ Cano Paños, M. *Las medidas alternativas a la prisión en el marco del derecho comparado*. Revista internacional de doctrina y jurisprudencia, 2014, pp.19-32

6) CONCLUSIONES

La justificación del castigo se enmarca dentro del más puro relativismo jurídico. El Derecho, como la ética, la religión o la política, es relativo, por eso toda vinculación de la ley a otros sistemas de valores no hará sino acentuar esta naturaleza problemática que posee. El valor otorgado a la justicia y el enjuiciamiento normativo según significados y criterios axiológicos que subyacen tras el ordenamiento responden a intereses particulares. Filosóficamente hablando, al tratar de fundamentar la pena corremos el riesgo de caer en una suerte nihilismo teórico-jurídico, lo que no obsta para juzgar la idoneidad teórica de ciertas corrientes punitivas a partir de presupuestos y concepciones de la justicia que, aunque refutables, son legítimos por contexto.

En un plano práctico, las actuales normas internacionales, como también nuestro ordenamiento jurídico asumen, en su mayor parte, una postura utilitarista o instrumentalista del castigo (enfocada a la disuasión del ofensor) y rechazan posturas retribucionistas, aquellas que justifican el castigo como pago por haber causado un daño o, en términos contractualistas, por haber violado el pacto social.

Más allá del personal rechazo a la deshumanización punitiva y de la legitimación moral de las MAP que queda patente a lo largo de mi trabajo, en el mundo actual, espacio de acción de los Derechos Humanos, creo conveniente alcanzar consenso sobre en sentido de la rehabilitación en la batalla agnóstica contra la delincuencia, entendida ésta como síntoma (indirecta e irremediablemente desencadenada por una carencia de índole superior y más compleja que la pura circunstancialidad individual) y asumida como responsabilidad no tanto autónomo-liberal, sino colectivo-estatal.

Pese a la existencia de programas de control y seguimiento de los internos, la realidad es que apenas se incide en la prevención y que no se trabaja en los núcleos de población donde se ubican las prisiones. Mi tesis al respecto es que ello se debe principalmente a la concreta cultura penológica de la que es heredera España y a actuales influencias que contravienen el ideal rehabilitador. La reincidencia es el resultado del fracaso de la rehabilitación y la reinserción, no por una ineficacia esencial (de hecho, son más efectivas para la prevención de la reincidencia), sino porque el Estado no invierte en ellas. Por ello, es imprescindible una meta: investigar modalidades alternativas a la prisión que ahonden en la prevención, así como poner en funcionamiento las ya previstas en la legislación mediante una planificación sólida, específica y detallada de los pasos a seguir, estableciendo las necesarias relaciones de cooperación entre los departamentos de asistencia interna de las prisiones y los servicios sociales de Ayuntamientos y Comunidades Autónomas.

Es aquí donde propongo la reconsideración de las penas alternativas a las privativas de libertad de por dos motivos esenciales:

- Se prevén, por norma general, para delitos de escasa gravedad, los cuales podrían ser combatidos por medio de mecanismos menos invasivos en la persona del sujeto condenado y de efectos menos estigmatizantes.
- Las penas de corta duración desembocan en realidades muy alejadas de la reinserción. El delincuente menor, el fruto inexorable de la marginalidad o de una problemática cuya solventación atañe en última instancia al Estado, la cultura, la economía o la educación, durante su estancia en prisión, es contaminado por la personalidad de penados más alevosos (efecto criminógeno). La estancia en prisión acrecenta y afianza la tendencia vital a comportamientos vinculados a la dinámica delictiva.

Para concluir, cabría sintetizar el objeto del presente trabajo en dos ideas esenciales: el rechazo a la conservadora cultura del castigo y la apuesta por aquellas formas de prevención que resulten ideales para la rehabilitación.

7) BIBLIOGRAFÍA

- AMEZ BORREGO, B. (coord.). *Trabajo social en el medio penitenciario*. Colegio Oficial de Diplomados en Trabajo Social y Asistentes Sociales de Madrid, 1999
- AYUSO VIVANCOS, A. *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*. Nau Llibres, Valencia, 2003
- BOIRA SARTO, S. *Penas y medidas alternativas a la prisión: la “corrección” entendida como beneficio a la comunidad*. Departamento de psicología y sociología de la Universidad de Zaragoza, nº 32, 2005, 61-79
- BUENO ARÚS, F., ARANDA CARBONEL, Mª José y LOPEZ CERRADA, V. *Revista de Estudios Penitenciarios*, 2006
- Constitución Española de 1978
- CANO PAÑOS, M. *Las medidas alternativas a la prisión en el marco del derecho comparado*. Revista internacional de doctrina y jurisprudencia, 2014
- CUTIÑO RAYA, S. *Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 17-11, 2015, 1-41
- GONZÁLEZ TESCÓN, M. *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2013
- LACALZADA, M.J. *Concepción Arenal. Mentalidad y proyección social*. Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012
- LARRAURI, E. y CID MOLINÉ, J.
 - La delincuencia violenta: ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Tirant lo Blanch, Madrod, 2005
 - Tendencias actuales de la justicia restauradora, Libro Homenaje a Alessandro Baratta*. Universidad de Salamanca, 2004
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal, Parte General* (8^a edic.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- NINO, C. *Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal*. Universidad Autónoma de Madrid, nº

1, 1999, 47-82

- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario
- ROMEO CASABONA, C., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. (Coords.). *Derecho penal: Parte general: introducción, teoría jurídica del delito*. Comares, Granada, 2016
- TORRES ORTEGA, I. *Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal según Carlos Santiago Nino*. Universidad de Guajanuto, nº 5, 2014, 85-103
- Plataforma “No Somos Delito”: *La reforma del código penal (un grave retroceso en los derechos y las libertades públicas)*, 2014
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., TORRES ROSELL, N. y LUQUE REINA, E. *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*. Aranzadi, Navarra, 2006

Bibliografía secundaria

- BLAY, E. *Trabajo en beneficio de la comunidad: regulación y aplicación práctica*, Atelier, Barcelona, 2007
- CID, J. *¿Es la prisión criminógena? Un análisis comparativo de reincidencia entre la prisión y la suspensión de la pena*. Revista de derecho penal y criminología, nº 19, 2007, 427-456
- GARCÍA MATEOS, P. *La ejecución de la pena privativa de libertad en el medio social abierto*. Madrid: UCM, 2004 [recurso electrónico]
- RÍOS, J. *La prisión perpetua en España: razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, 2013
- TÉBAR, B.. *La aplicación de la libertad condicional en España*. Revista de derecho penal y criminología, nº 18, 2006, 283-315

Webgrafía

- SGIIPP (Ministerio del Interior). *Módulos de respeto* - Manual de aplicación.
http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/MdR_Manual_de_aplicacion_acc.pdf
- SGIIPP (Ministerio del Interior). *Penas y medidas alternativas*.
<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Penas y Medidas Alternativas>
- Sevilla Cáceres, F. (13 de mayo de 2017). *En Mundojurídico.info*. Extraído el 8 de mayo de 2017 desde <http://www.mundojuridico.info/suspension-del-cumplimiento-de-la-pena/>
- Sevilla Cáceres, F. (19 de abril de 2017). En *Mundojurídico.info*. Extraído el 1 de febrero de 2017 desde <http://www.mundojuridico.info/la-pena-de-localizacion-permanente-o-arresto-domiciliario/>
- Ucelay, P. (15 de julio de 2015). En *Juristadeprisiones.com*. Extraído el 25 de mayo de 2017 desde <http://juristadeprisiones.com/la-libertad-condicional-tras-la-ley-organica-12015/>