



Introducción al monográfico especial sobre “Sistema punitivo y sistema penitenciario en el siglo XXI. Medidas alternativas a la prisión”

Santiago Leganés

Jurista-Criminólogo IIPP/Universidad de Valencia
santiago.leganes@uv.es
ORCID: 0009-0009-0364-9845

Juan Carlos Vegas

Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”
jc.vegas@ucv.es
ORCID: 0000-0001-9832-1977

La delincuencia es un acto personal frustrado, pero a la vez, es un fracaso de la sociedad. El penado es el que delinque, pero la sociedad tiene su parte de responsabilidad que no debe soslayar. En principio la pena es una retribución expiatoria de un delito por un mal proporcionado a su culpabilidad. La dificultad nace cuando se estudia la finalidad de la sanción penal. Si la finalidad es el castigo, el fundamento de la pena es la represión, pero si la finalidad es que el delincuente no vuelva a realizar más hechos delictivos, el fundamento es la prevención.

Por tanto, la finalidad tanto represiva como la preventiva deben conjugarse, incluso en sede penitenciaria, pero es en este ámbito donde se debe dar la mayor prioridad posible a que los penados puedan reinsertarse.

El Derecho penitenciario ha evolucionado, pasando de buscar la inocuización del individuo como respuesta al fenómeno delictivo (separarle del resto de la sociedad por considerarle peligroso) a tratar de que progresivamente vuelva a la sociedad, se reincorpore a ella. De esta manera, tienen cabida *mecanismos legales* como los permisos de salida, el tercer grado o la libertad condicional; nacen así los programas de tratamiento con los que se persigue que el interno aproveche su estancia en prisión para

ir atajando ciertos problemas concretos relacionados con su actividad delictiva (drogas, malos tratos...) para preparar su salida en libertad.

Las críticas que el concepto de reinserción social ha recibido estriban en la paradoja que supone educar para la libertad en un medio de no libertad y de coacción. Se dice que la reinserción social no vendrá nunca separando al hombre de la sociedad con muros, zanjas, rejas, etc. No cabe duda que con mecanismos citados caen los muros y las rejas, el penado está en contacto permanente con su medio familiar, social y laboral, lo cual facilita su rehabilitación. Constitucionalmente este fin tiene su reflejo en el art. 25.2: “...penas orientadas a la reeducación y reinserción social.” *Se ha optado por esta vía puesto que se considera más eficaz para prevenir y dar respuesta a la delincuencia.*

Otra finalidad resocializadora de la pena de prisión es evitar la desocialización puesto que la misma conlleva efectos negativos inherentes al encierro. Por tanto, se trata de atenuar la desocialización lo más posible, y para conseguirlo no cabe duda que el régimen abierto es un gran antídoto ante los perjuicios que del encarcelamiento puedan derivarse. Por lo cual durante la ejecución de la pena se debe evitar que el interno rompa las relaciones con el mundo exterior para lo que es fundamental fomentar el contacto del recluso con el mundo exterior, y todo ello en base al art. 25.2 CE.

Por ello el futuro se ha de orientar a la recuperación del espíritu resocializador de la prisión que tiene como pilares inquebrantables el fomento de alternativas, la humanidad del cumplimiento, los contactos con el exterior y una duración respetuosa con la dignidad humana.

Actualmente existe cierto consenso en atribuir al concepto de resocialización un contenido humanizador, que se concreta en prevenir y minimizar los efectos desocializadores que comporta la ejecución de la pena privativa de libertad. Gran parte de la doctrina española ve en el art. 25.2 CE un desarrollo del principio de

humanidad en la ejecución de las penas, una concreción del principio de humanidad en el ámbito penitenciario, que implica que el penado no es un ser eliminado de la sociedad sino una persona que continua formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad. De manera que la preparación del regreso a la sociedad con normalidad de la persona condenada a pena privativa de libertad es el objetivo de la resocialización.

En nuestro sistema penitenciario se pretende la adaptación progresiva del condenado a la vida en libertad. En este sentido *el régimen abierto no es un beneficio ni recompensa penitenciaria sino que supone una forma de cumplimiento de la pena, y no una medida alternativa a la prisión, pero sí una alternativa a la clásica prisión cerrada*, puesto que se concede una mayor libertad que se decide, una vez analizado el caso concreto, cuando se tiene cierta garantía de éxito en el uso de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de no utilización indebida del mismo, en relación a la comisión de nuevos delitos o al quebrantamiento de condena.

A pesar de las deficiencias del sistema, la experiencia parece haber confirmado que, a partir de un sistema de individualización científica, algunas estadísticas indican que *quienes han sido puestos en libertad bruscamente, tras un internamiento en prisión, cometen más delitos que quienes disfrutaron de una puesta en libertad progresiva.*

Hay que resaltar la importancia de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) que al ser una ley moderna y flexible le ha permitido permanecer vigente durante casi cinco décadas con tan sólo una modificación mediante la Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre. Todo ello, junto con la Constitución, la convierte en una de las leyes

más estables e intocables hasta las contrarreformas penales, procesales y penitenciarias de los años 2003, 2010 y 2015.

La LOGP en su art. 72 establece el sistema de individualización científica, que viene a ser un estadio mucho más avanzado y perfeccionado de los clásicos sistemas progresivos. La elección de la denominación fue para asimilarnos lo más posible a los países más avanzados de Europa que ya lo venían aplicando. Pero esta opción fue más bien teórica que práctica puesto que ese mismo artículo establecía un sistema de grados (profundamente consolidado en nuestra historia penitenciaria) muy *encorsetado* que impedía el desarrollo de un verdadero sistema de individualización científica.

El Reglamento Penitenciario (RP) de 1996 contribuye a este acercamiento, puesto que una de las principales novedades del mismo fue la de tratar de potenciar el principio de individualización científica en la ejecución del tratamiento penitenciario. *Para ello potencia la individualización científica introduciendo el principio de flexibilidad* en el art.100.2 del mismo, estableciendo para que se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los grados de tratamiento, siempre que esta medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado.

Este principio permite la posibilidad de combinar aspectos característicos de uno y otro grado con la finalidad de que la clasificación penitenciaria se flexibilice lo más posible para lograr que el tratamiento sea lo más personalizado, con ello nos acercarnos más a los sistemas penitenciarios europeos en los que no rigen los grados y se elaboran planes individualizados sin tener en cuenta ningún grado de clasificación.

A la hora de realizar la clasificación penitenciaria, entendemos que se debe valorar la finalidad retributiva de la pena (compensación moral a la víctima y a la sociedad ofendida), la prevención general (disuasión frente a potenciales delincuentes) y

la finalidad reinsertadora (art. 25.2 Constitución) como indican las teorías mixtas en la ejecución de las penas, pero con las reformas penales llevadas a cabo durante el siglo XXI se potencia más la finalidad retributiva y de prevención general positiva sobre la finalidad reinsertadora que según el art. 25.2 de la Constitución, debería ser la más importante.

Consideramos que todo esto supone una vuelta al retribucionismo ético y jurídico de las penas, donde su imposición era un fin en sí mismo como compensación al mal realizado por el delito cometido y como un criterio de exigencia de justicia. Por tanto, el papel preponderante atribuido al principio de reeducación y re inserción social en la fase de ejecución de pena, se ve desplazado a un segundo plano en beneficio de supuestas exigencias preventivas generales positivas, enmascaradas bajo la genérica apelación a la proporcionalidad y seguridad jurídica.

Pensamos que estas reformas son una clara regresión hacia un Derecho Penal defensivo, que más que reeducar al delincuente, trata de encerrarlo y aislarlo de la sociedad. Es decir, nos encontramos ante un modelo de *Derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado, con lo que parece acogerse más a una postura claramente orientada a la inocuidad.* Por todo ello, uno de los principios básicos de política criminal que inspiran el Código Penal de 1995, es decir, el de re inserción social, previsto en nuestra Carta Magna en el artículo 25.2, queda seriamente cuestionado al revitalizarse ampliamente la finalidad retributiva y de intimidación, ideas en las que reposaba el Derecho Penal tradicional. Esto entorpece *de facto* instituciones penitenciarias basadas en la orientación a la re inserción.

El art. 25.2 de la Constitución otorga un amplio abanico de posibilidades al legislador para regular dicha ejecución de la pena privativa de libertad y a los gobiernos para concretar las diversas opciones político-criminales. El Estado debe elegir entre las diferentes opciones y éstas son muy amplias

según las decisiones que tome la Administración Penitenciaria de cada momento, pues ésta tiene amplias competencias en la ejecución de la pena. Pensamos que se debería volver a los orígenes constitucionales de la justicia, recordemos el art. 117 de Constitución establece “La Justicia... se ejecuta por el poder judicial...”. Por tanto, el poder judicial debería ser el encargado, no sólo de controlar judicialmente la ejecución de las penas, sino de ejecutarlas directamente a través y con la colaboración de los órganos administrativos penitenciarios.

Entendemos que las resoluciones de clasificación deben estar perfectamente motivadas, especialmente cuando discrepen de la propuesta de la Junta de Tratamiento, cuyos miembros son los que conocen al penado y sus carencias. Y nos parece muy acertado que el art. 107 RP ordene que se deben notificar al Ministerio Fiscal la clasificaciones o progresiones a tercer grado, a fin de que éste pueda interponer el respectivo recurso en caso de considerarlas no ajustadas a Derecho.

Como ya ha demandado de forma reiterada la doctrina y los Jueces de Vigilancia, *queremos resaltar la necesidad de que el legislador apruebe una ley que regule el procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia* en la línea de la frustrada LO de 1997, dado que actualmente existe un vacío legal que atenta contra la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva sin dilaciones.

Consideramos que en el futuro debemos ir alejándonos de nuestro sistema tradicional de grados y acercarnos más a los planes individualizados de intervención en la línea de Alemania, Bélgica y Suecia. Por ello pensamos que es muy útil el uso del principio de flexibilidad (art. 100.2 RP) como medio para profundizar en la individualización del tratamiento penitenciario, pero entendemos que la regulación del mismo debe hacerse en la LOGP para evitar la violación de la jerarquía normativa puesto que esta figura carece actualmente de respaldo legal.

Como señala la doctrina de forma reiterada la reclusión no debe desocializar; aquí, sin duda, las penas alternativas a la reclusión y, por supuesto, las *posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías* tienen mucho que decir, como ya ocurre con la aplicación del art. 86.4 RP a los penados que se les controla con medios telemáticos.

Por todo lo expuesto, consideramos necesaria y urgente la reforma de la LOGP pues aunque su flexibilidad y su miras de futuro le ha permitido cumplir casi cincuenta años de vigencia, no cabe duda que cuando se aprobó no podía prever instituciones o situaciones que afectan a la clasificación y que se han ido creando con la práctica penitenciaria (unidades dependientes, cumplimiento en centros extrapenitenciarios, controles telemáticos, etc.) que cuentan con respaldo en sede reglamentaria pero que carecen de cobertura legal; y por ello deben ser reguladas en la propia LOGP porque afectan a derechos fundamentales y a libertades públicas. No cabe duda de que la citada reforma debería abarcar a otras áreas penitenciarias que también deben estar reguladas en sede legal.

Es cierto que la pena de prisión surgió como una de las mejores alternativas a los castigos corporales y a la pena de muerte con la que se castigaba a los reos de delitos con anterioridad –aunque en la actualidad aun encontramos ejemplos de dichos castigos–.

Así, cuando se instauró como consecuencia jurídica por la comisión de un delito se pensó que se había hallado la sanción penal idónea, ya que despojaba del derecho a la libertad. Las nuevas ideas de igualdad y libertad surgidas con la Ilustración hicieron creer que la prisión privaba al infractor del único bien que todos tenemos en común, junto con el de la vida, que no es otro que la libertad individual.

No obstante, este éxito inicial, así como el avance que supuso para el sistema de penas, no ha evitado que su existencia haya estado situada en una constante controversia, la cual ha supuesto, además, una incesante búsqueda de alternativas a ella. Como decimos *supra*, ¿Cómo se puede educar para

la libertad en un medio de no libertad y de coacción?

Esta paradoja ha sido el germen de las denominadas penas alternativas a la prisión como pueden ser la multa, los trabajos en beneficio de la comunidad, la privación del derecho a conducir vehículos a motor, las inhabilitaciones o la pena de localización permanente; amén de instituciones como la suspensión de las penas cortas privativas de libertad para delincuentes primarios. Dichas instituciones buscan evitar la *desocialización* que provoca el estar privado de libertad por períodos muy prolongados.

Ya en 1990 la ONU adoptó las denominadas Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Estas reglas tienen por objeto “fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad”.

Un reto para la efectividad de estas medidas alternativas a la prisión es involucrar al resto de sociedad en su aplicación. Así, las Reglas de Tokio alientan a la participación ciudadana como “uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los delincuentes sometidos a medidas no privativas de la libertad y sus familias y la comunidad”. De este modo, “La participación de la sociedad será considerada una oportunidad para que los miembros de la comunidad contribuyan a su protección”.

En un sentido similar se pronuncia la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas* al afirmar que “El reconocimiento mutuo y la vigilancia de las penas suspendidas, las penas condicionales, las penas sustitutivas y las resoluciones sobre libertad condicional tienen por objeto incrementar las posibilidades de

reinserción social del condenado al permitirle mantener sus lazos familiares, lingüísticos, culturales y de otra índole. No obstante, también deben mejorar el control del cumplimiento de las medidas de libertad vigilada y de las penas sustitutivas con objeto de evitar la reincidencia y de este modo tener en cuenta el principio de la protección de las víctimas y del público en general”.

Volviendo a cada una de las medidas alternativas, la multa presenta una serie de inconvenientes que dificultan su confirmación como el sustituto ideal de la prisión. Uno de estos obstáculos es que se trata de una pena desigual, ya que así lo es la renta o el patrimonio de todas las personas, motivo por el cual no afecta de forma similar a individuos con rentas altas que a otros con menores ingresos económicos.

Otra traba que tiene es la cuestión de qué hacer con aquellos que no pagan la multa, cuya principal consecuencia es la imposición de una pena privativa de libertad. Esta solución nos situaría –y de hecho nos sitúa–, ante un escenario de total desigualdad en el que únicamente serían privados de libertad aquellos sujetos que no pudieran hacer frente al pago de la misma.

Así, RUSCHE y KIRCHHEIMER ya señalaban que uno de los obstáculos para la aplicación de esta pena en el siglo XIX era la pobreza de las clases sociales inferiores, lo cual determinó que “la aplicación de penas pecuniarias en la primera mitad del siglo XIX fue infrecuente a causa de que la necesidad casi permanente de convertir esta sanción en pena de prisión”.

Otra alternativa a la prisión podía ser la imposición de la obligación de realizar una prestación. El objetivo de este castigo es que el reo reparase a la sociedad el mal causado o, lo que es lo mismo, se creyó que los trabajos en beneficio de la comunidad podían ser una alternativa a la prisión mucho más adecuada que la multa.

Las razones que llevaron a adoptar esta solución son varias, a saber:

a) Con esta sanción se consiguen alcanzar los fines de la pena tanto retributivos (el condenado debe realizar una prestación y, por lo tanto, un esfuerzo, que supone un mal para él) como preventivos (generales dirigidos a la sociedad y especiales dirigidos al propio condenado);

b) Los trabajos en beneficio de la comunidad ayudan a la reinserción del sujeto, ya que éste cumple la sanción penal sin verse separado de su entorno social, laboral o familiar puesto que no tiene que ingresar en la cárcel;

c) Se trata de una sanción que implica al resto de la sociedad que ha de proporcionar los lugares donde el condenado preste sus servicios; y

d) La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad no se olvida de la víctima, prueba de ello es que el artículo 49 del Código Penal establece que la prestación podrá consistir en labores “de apoyo o asistencia a las víctimas”; con lo que se persigue uno de los fines exigidos por la moderna victimología.

Por ello, no nos parece descabellado pensar que es muy probable que nos encontremos ante una verdadera alternativa a las penas privativas de libertad. Sin embargo, pensamos que esta medida se halla infrutilizada, limitándose a la imposición por la comisión de delitos leves o menos graves, o como condición para la suspensión de las penas cortas de privación de libertad del artículo 84 del Código Penal.

Somos conscientes de que la aplicación de las penas alternativas se enfrenta varios obstáculos entre los que destacar la desigualdad territorial, ya que la disponibilidad y calidad de los programas varía significativamente entre comunidades autónomas, lo que genera desigualdades en el acceso a estas medidas, las cuales dependen de los recursos –materiales y humanos– que cada territorio destine a su aplicación. Hay que tener muy presente que la ejecución efectiva de las penas alternativas requiere personal especializado, seguimiento individualizado y coordinación

interinstitucional, aspectos que no siempre están garantizados.

Además, como decíamos anteriormente, es fundamental involucrar a la sociedad en su ejecución, lo cual choca frontalmente con la extendida percepción de que estas penas son *blandas* o insuficientes, lo que puede presionar a jueces y fiscales a optar por la prisión, incluso cuando no es necesaria. Algo íntimamente ligado a nuestra idea de que las últimas reformas han supuesto una vuelta al *Derecho Penal defensista*, obviando en gran medida el mandato constitucional de reinserción y resocialización que debería de ser el fin último de las sanciones penales.

Santiago Leganés, y Juan Carlos Vegas

Directores del monográfico

En Sevilla, a 25 de junio de 2025

