

GERARDO LANDROVE DÍAZ

**Catedrático de Derecho penal
Universidad de Murcia**

**La Ley Orgánica General Penitenciaria,
veinticinco años después**

I. LA INFLACIÓN PENITENCIARIA

Muy recientemente se ha conmemorado en nuestro país el veinticinco aniversario de la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979. Y no escribiré que se ha celebrado porque, desafortunadamente, en su ámbito de aplicación no hay demasiadas cosas que celebrar.

Habida cuenta que no existe actitud intelectual más estéril que pretender modificar la realidad –penitenciaria, en este caso– ignorando la propia realidad, resulta obligado intentar, al menos, una aproximación valorativa a la misma.

La población reclusa española en 1979, año de la promulgación de la Ley Orgánica, apenas alcanzaba los 14.000 internos. En 1985 ya eran algo más de 22.000; casi 45.000 en 1995 y, aproximadamente, 60.000 a principios de 2005. Triste récord que se supera continuamente, día a día.

Según datos del Consejo de Europa, en España son casi 150 las personas encarceladas por cada 100.000 habitantes; menos de 100, como media, en el resto de la Unión Europea. A la vista de tan inquietante índice de encarcelamiento, cunde la sospecha de que el resto de los habitantes de este país nos encontramos –simplemente– en libertad *provisional*.

En cualquier caso, el hacinamiento en nuestras prisiones incide muy negativamente en las condiciones de vida de los internos –también en las de los funcionarios- y, sobre todo, propicia el progresivo abandono de los criterios resocializadores propios de los sistemas democráticos, que se sustituye por un ciego y exacerbado retribucionismo.

Se trata de la incidencia en el mundo penitenciario nacional de la siniestra doctrina de la “tolerancia cero” –eufemísticamente, de la ley y el orden- surgida en los Estados Unidos de Norteamérica con vocación globalizadora y que aboca a una expansión incontenible del Estado policial, penal y penitenciario. Según datos recientemente facilitados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito¹, la población penitenciaria mundial se aproxima a los nueve millones de personas, estimándose que muy pronto alcanzará los diez millones, a pesar de que en muchos países las tasas de delincuencia grave se han mantenido estables o, incluso, han descendido muy levemente.

La inflación carcelaria estadounidense de los últimos tiempos resulta paradigmática: de los 380.000 reclusos existentes al iniciarse el último cuarto del siglo XX se pasó, a principios del XXI, a más de 2.000.000 que se hacían en casi 5.000 establecimientos penitenciarios. Se trata –de momento- de la más alta población carcelaria del mundo: en torno a los 700 reclusos por cada 100.000 habitantes.

Se refleja así la renuncia, más o menos explícita, a los principios resocializadores, revalorizándose –paralelamente- tanto la función retributiva de las penas como la estrictamente inocuizadora que cumplen las privativas de libertad, sobre todo respecto de los reincidentes. La neutralización que supone la prisión se convierte en un fin en sí misma, considerándose que las penas de larga duración y cumplidas en un régimen de creciente severidad resultan de reduplicada eficacia en la lucha contra la

¹ Cfr.: R. WALMSLEY, *Tendencias mundiales de las penas de privación de libertad*, en *Foro sobre el delito y la sociedad*, 2003-3, pág. 80.

delincuencia; progresivamente, gana terreno la convicción de que la prisión carece de alternativas eficaces.

El crecimiento de la población reclusa genera una saturación que, en los países con mayores recursos, se trata de paliar con la construcción de nuevos centros penitenciarios, que muy pronto resultan insuficientes ante lo imparable del fenómeno expansivo. Si como ha llegado a decirse –no sin razón- la pena de prisión es una forma cara de hacer que los malos se hagan todavía peores, el hacinamiento en las cárceles provoca, además, una inadmisibles victimización de los mismos.

Ciertamente –ejemplifica MUÑOZ CONDE- “es muy difícil que ninguna sociedad admita que tres millones de parados puedan robar impunemente, pero el problema del desempleo o los desajustes del mercado laboral no se solucionan con un aumento de la represión policial y penal, ni con la construcción de más cárceles, sino con una más inteligente política social y económica, con una mejor redistribución de la riqueza, con mayor gasto en ayuda y obras sociales. Desgraciadamente –concluye-, ello parece estar muy lejos de los programas de la mayoría de los gobiernos, incluidos los de izquierda”².

Mantener a amplios sectores de la población –para asegurar la posición privilegiada de los grupos dominantes- en condiciones de salud, alimentación, educación, trabajo, vivienda o transporte que pugnan con los más elementales derechos humanos no es la forma más inteligente ni la más justa de prevenir la delincuencia. Y precisamente para estos sujetos marginales, que participan tan sólo de forma precaria en los procesos de producción y que –por supuesto- se hayan ausentes de los centros de decisión, reserva el aparato represivo del Estado toda su dureza; es decir, la pena de prisión, que alcanza una desproporcionada contundencia –por

2 Cfr.: F. MUÑOZ CONDE, *El nuevo Derecho penal autoritario*, en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Actas del Coloquio Internacional Humboldt celebrado en Montevideo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 182.

ejemplo- ante la delincuencia patrimonial propia de los sectores marginados de la población.

II. LA PROMULGACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA

Durante el franquismo y bajo la vigencia del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 –reformado en varias oportunidades- la realidad penitenciaria española ofrecía las siguientes características: se carecía de toda noción sobre observación y tratamiento de los reclusos, las prisiones cumplían una misión antes defensiva que reformadora, la mayor parte de las infracciones disciplinarias eran reprimidas con semanas o meses de celda de castigo, siendo permanentes los malos tratos y la frecuente imposición de sanciones no previstas o prohibidas expresamente por el reglamento, la asistencia a los actos del culto católico –naturalmente- era obligatoria, el trabajo del penado constituía una explotación en beneficio del contratista o de los cargos directivos del establecimiento, la censura de libros ofrecía gran rigidez y las relaciones con el exterior eran escasas, las comunicaciones escritas se censuraban en todo caso y las orales se realizaban con carácter masivo, vigiladas y a través de doble reja, los internos pernoctaban en dormitorios colectivos e incluso en las prisiones celulares las celdas individuales tenían que ser ocupadas por varios reclusos, los funcionarios penitenciarios ejercían –simplemente- una función de “carceleros” y carecían de los conocimientos mínimos para entablar una relación reeducadora o, simplemente, humana con los presos, etc.

Habida cuenta los altísimos niveles de represión de la época, la población reclusa sufrió durante muchos años y con desesperada sumisión un sistema penitenciario de tales características; las escasas situaciones conflictivas que se planteaban eran reprimidas con enorme dureza.

En una nueva situación política de nuestro país tan científica e inhumana situación penitenciaria se hizo insostenible, sobre todo, a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 y con la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979, se trató de construir un sistema penitenciario flexible, progresivo y humano, basado en la utilización de métodos científicos de tratamiento y dentro de un marco de respeto al principio de legalidad, inspirado en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por las Naciones Unidas en 1955 y por el Consejo de Europa en 1973, y –también– en la normativa penitenciaria elaborada en aquella década por países como Suecia, Italia o la, entonces, Alemania federal.

En cualquier caso, resulta profundamente sintomático que dicho cuerpo legal fue aprobado por unanimidad en el Congreso de los Diputados y por aclamación en el Senado.

En la Ley Orgánica General Penitenciaria española se atribuye a las instituciones penitenciarias –como fin primordial– la reeducación y la reinserción social de los sentenciados, en congruencia con las previsiones del Texto constitucional; la actividad penitenciaria –se afirma– ha de ejercerse respetando el principio de legalidad ejecutiva, la personalidad de los internos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena y la Administración penitenciaria debe velar por la vida, integridad y salud de los internos, que tienen derecho a ser designados por su propio nombre, presidiendo el principio de inocencia el régimen de los preventivos; se proscriben los malos tratos de palabra o de obra a los internos; se reconoce el derecho de los mismos a vestir sus propias prendas y a alojarse en celdas individuales, pudiendo recurrirse a las colectivas –solamente– en casos de insuficiencia temporal de aquéllas; el trabajo se considera un derecho y un deber del interno a la par que elemento fundamental del tratamiento; se regula el régimen disciplinario, los permisos de salida y las comunicaciones y visitas, de la misma forma que las quejas y recursos; y se incorporó a nuestro sistema la figura del Juez de Vigilancia, con un amplio abanico de cometidos en la materia, etc.

El originario Reglamento Penitenciario de 1981, de desarrollo de la Ley Orgánica, estuvo en vigor hasta su sustitución por el de 9 de febrero de 1996.

Justo es reconocer que la Ley Orgánica General Penitenciaria mejoró sensiblemente los términos de la normativa anterior; sin embargo, y en no escasa medida, constituyó tan sólo una reforma sobre el papel. Supuso una plausible declaración de principios que poco o nada tenían que ver con la vida en el interior de unos establecimientos penitenciarios que configuran sus propias normas, su lenguaje, su escala de valores y, en definitiva, su propia subcultura³. Desde el punto de vista teórico –y académico– se había logrado una magnífica y progresista Ley, pero la realidad se mostró, desde el primer momento, tozuda e implacable y la euforia que siguió a su promulgación fue pronto sustituida por un justificado sentimiento de frustración⁴, que se ha reduplicado en los últimos tiempos.

A pesar de que en el art. 1.3 de la Ley Orgánica de 1979 se establece que la actividad penitenciaria se ejercerá con respeto de los derechos e intereses jurídicos de los internos no afectados por la condena, cuando en este país –entonces y ahora– se envía a alguien a prisión se le está condenando a *algo más* que a una pena privativa de libertad.

Si bien en términos especialmente significativos en la actualidad, la población reclusa siempre ha rebasado la capacidad de los establecimientos penitenciarios, por lo que las limitaciones legales en cuanto al número de internos en cada uno de ellos no son respetadas; no existen posibilidades reales de incorporación de los internos a la actividad laboral; en las celdas pretendidamente individuales se hacinan los reclusos; la falta de personal impide

3 Cfr.: I. RIVERA BEIRAS, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*, José M^a Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 191.

4 Vid.: G. LANDROVE DÍAZ, *Diez años de Derecho penal y penitenciario en España (1970-1980)*, en *Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1983, fundamentalmente págs. 427 y s.s.

el tratamiento adecuado; la relación entre el número de reclusos y el de funcionarios supera todas las previsiones, etc. Y todo ello al margen, por supuesto, de que la pena privativa de libertad cumplida en otras condiciones -es decir, en buenas condiciones- sirva realmente para recuperar y reinsertar socialmente a los internos y no, simplemente, para su *domesticación*.

Como consecuencia de la falta de instalaciones materiales, de la carencia de un funcionariado idóneo o de endémicas limitaciones presupuestarias en este ámbito, que abonan el hacinamiento, se multiplican en nuestras prisiones los tratos vejatorios, los efectos destructores del ocio a que se ven forzados los reclusos, las agresiones sexuales, las violencias e intimidaciones de todo tipo, la vigencia de una ley del terror y del silencio impuesta por las mafias carcelarias, la inatajada circulación de drogas o la devastadora incidencia del Sida.

Al cumplirse los veinticinco años de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y de su dudosa aplicación, nuevos y muy graves problemas han aparecido en la realidad penitenciaria nacional; por ejemplo, la proliferación de células de terrorismo islámico o de líderes fundamentalistas que marcan la pauta de actuación, cada vez más violenta, del resto de los internos musulmanes, cuyo número crece de forma imparable en nuestro país.

La situación, día a día, se hace insostenible; sobre todo para los internos que son sus víctimas. También para los funcionarios, habida cuenta que no todos limitan sus reivindicaciones a lo estrictamente salarial y sus esfuerzos a una estéril lucha sindical o, simplemente, política; por el contrario, son muchos los que, sin demasiado éxito, reivindican respeto para su actividad profesional, cada vez más peligrosa y menos gratificante en lo personal. Rechazan el papel de simples carceleros a que se les fuerza y reclaman el que les atribuye la normativa penitenciaria.

Muy recientemente, desde la ACAIP (Agrupación de Cuerpos de Administraciones de Instituciones Penitenciarias) se

ha reiterado la denuncia del “incumplimiento sistemático” de la Ley Orgánica de 1979; normativa que, sin duda, era merecedora de mejor suerte.

En definitiva, nuestras prisiones mejorarían sensiblemente su papel en la sociedad si lograsen –simplemente- que el liberado no salga peor que entró en las mismas, ni en peores condiciones para llevar una vida digna en libertad.

Ante tan moderada pretensión y con todas las renunciaciones que implica, cabe recordar que, hace ya muchos años, CONCEPCIÓN ARENAL calificó –con su peculiar estilo- nuestros establecimientos de antros cavernosos de maldad, propios para matar los buenos sentimientos y dar vida a monstruos, que no educan ni intimidan ni mejoran, sino que empeoran a los que en ellos se recluyen⁵.

III. EL PROCESO REFORMADOR DE LA LEY ORGÁNICA

Como es sabido, apenas una década después de su promulgación el mediocre Código penal español de 1995 ha sufrido ya cerca de una veintena de reformas que afectan, en mayor o menor medida, al cuarenta por ciento de su articulado. Bajo la coartada del reforzamiento de la seguridad ciudadana y con una deficiente técnica legislativa, fruto de la improvisación, se ha potenciado un Derecho penal de vocación intervencionista y abocado a un progresivo incremento de la criminalización, tanto en su vertiente cuantitativa como cualitativa. La Ley Orgánica de 25 de noviembre de 2003 ha supuesto, sin duda, la más relevante reforma del Código, tanto por el número de artículos afectadas como por el talante decididamente reaccionario de la misma.

5 Cfr.: C. ARENAL, *A todos*, en *Obras completas*, tomo X, Madrid, 1895, pág. 167 y s.

Por la reiteración y el sentido de las reformas operadas durante 2003, no puede extrañar que ABEL SOUTO –sintetizando el generalizado sentimiento de nuestra doctrina- se haya referido al mismo como el *annus horribilis* de la Ciencia penal española⁶.

Por el contrario, no son demasiadas las reformas experimentadas por la Ley Orgánica General Penitenciaria desde su entrada en vigor, si bien alguna de ellas resulta muy significativa⁷; la primera se produjo en 1995, las otras tres ya en 2003, precisamente en ese momento histórico de afán reformador del ordenamiento jurídico-penal en su conjunto sin precedentes en nuestro país.

1. La reforma de 1995

Por Ley Orgánica 13, de 18 de diciembre de 1995, sobre modificación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se acometió la primera reforma de dicha normativa. Incidió la misma en muy concretos aspectos del régimen de las mujeres reclusas, afectando –exclusivamente- a los arts. 29 y 38.

De todas formas, no se trató de una reforma de alcance limitado; el progresivo y notable incremento del número de mujeres internas en nuestro país multiplicó la trascendencia del retoque legislativo. En efecto, si en 1980 eran 487, en 1994 se había alcanzado la cifra de 3.997, lo que representó un incremento –aproximadamente- del ochocientos por ciento.

Como es sabido, todos los penados tienen la obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales. Ello no

6 Cfr.: M. ABEL SOUTO, *Discordancias y errores introducidos en el Código penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que deben ser erradicados del Texto punitivo*, en *La Ley penal*, número 11, diciembre de 2004, pág. 64.

7 Cfr.: J. FERNÁNDEZ GARCÍA, *El presente de la ejecución penitenciaria: XXV aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, en *La reforma penal a debate*, Universidad de Salamanca, 2004, pág. 155.

obstante, en el art. 29.1 de la propia Ley Orgánica penitenciaria se establece que quedan exceptuados de esta obligación, entre otros y sin perjuicio de poder disfrutar –en su caso- de los beneficios penitenciarios, los sometidos a tratamiento médico por causa de accidente o enfermedad hasta que sean dados de alta, los que padezcan incapacidad permanente o los mayores de sesenta y cinco años; también, las mujeres embarazadas y por razones que se me ofrecen obvias.

La reforma de 1995 incidió, precisamente, en el referido art. 29.1, otorgando una nueva redacción a su letra e) que -con anterioridad- excluía de la obligación de trabajar a las mujeres embarazadas durante las seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto, y las ocho posteriores al alumbramiento. Con la reforma se abordó la lógica ampliación del tiempo en que se las exime del trabajo, para adaptar dicho marco cronológico a las previsiones de la legislación laboral, permitir que las internas embarazadas puedan disfrutar del mismo período de descanso que el resto de las mujeres y evitar su discriminación en el ámbito de los deberes laborales.

Consecuentemente, desde entonces precisa el art. 29.1, h) que la excepción a la obligación de trabajar alcanza a las mujeres embarazadas durante dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables por parto múltiple hasta las dieciocho semanas, y que dicho período de excepción se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.

En cualquier caso, y como ya se indicó, la reforma de 18 de diciembre de 1995 alcanzó también al art. 38 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, regulador de una materia especialmente sensible para las madres que cumplen una pena de prisión en compañía de sus hijos. Y el incontenible incremento de la población reclusa femenina y la media de edad de las internas repercuten, lógicamente, en una presencia creciente de niños en los establecimientos penitenciarios.

En la Exposición de motivos de la ley reformadora de 1995 se reconoce que nuestro legislador hizo, en 1979, un

notable esfuerzo para facilitar la vida de los niños en las prisiones; en concreto, la originaria redacción del art. 38.2 de la Ley Orgánica penitenciaria precisaba que en los establecimientos o departamentos para mujeres podría existir un local habilitado para guardería infantil y educación preescolar, con el fin de que las internas pudiesen tener en su compañía a los hijos que no hubieren alcanzado la edad de escolaridad obligatoria, entonces fijada en los seis años. Sin embargo –se argumenta- esta posibilidad de permanencia del niño en el interior del centro hasta la edad de seis años puede llegar a comportar “graves disfuncionalidades en su desarrollo emocional y psicológico, dado que se hace consciente de la privación de libertad que afecta a su madre y vincula la conformación de su personalidad inicial a tal hecho”.

Consecuentemente, la reforma aludida se orientó a reducir el tiempo máximo de permanencia del niño en el establecimiento penitenciario, en la línea de generalizadas experiencias foráneas. De forma paralela, también en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de 12 de enero de 2000, se habría de reconocer el derecho de las menores internadas a tener con ellas a sus hijos menores de tres años, en las condiciones y con los requisitos establecidos reglamentariamente (art. 56.2, n).

A la determinación del nuevo marco cronológico contribuyó decisivamente –de un lado- la reorganización del sistema educativo nacional, que permite la escolarización de los niños a partir de los tres años, y –de otro- la potenciación de los servicios sociales de atención a la infancia, que abrió la posibilidad de formas de vida más adecuadas para su desarrollo.

Se tribuyó, así, una nueva redacción al art. 38.2: las internas podrán tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación; en aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas con hijos existirá un local habilitado para guardería infantil. La Administración penitenciaria –se añade- celebrará los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y

de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad.

La notable reducción de la edad de los hijos que las internas pueden tener en su compañía responde a la evidencia de que la prisión no es un lugar adecuado para ellos. Entre el interés de la madre en tener con ella a su hijo y el interés del menor en alcanzar una formación no contaminada por el medio carcelario, debe prevalecer –obviamente- este último.

De todas formas, la realidad penitenciaria ha seguido ofreciendo negativas experiencias en relación con la estancia de dichos niños en nuestras prisiones. Por ejemplo, la Asociación pro Derechos Humanos ha elaborado diversos informes en los que se reitera la denuncia de que los cacheos personales y los registros de las celdas se realizan en presencia de los niños, a los que altera notablemente el uso de la megafonía en el centro –muy alta con frecuencia- y que disfrutan de una comida no siempre adecuada para su edad, siendo la asistencia profesional de los pediatras, sobre todo en los casos urgentes, muchas veces insatisfactoria; a lo que cabe añadir que el creciente fenómeno de masificación carcelaria impide que las madres compartan la celda –exclusivamente- con sus hijos, lo que sería deseable.

Además, y para facilitar determinadas visitas a las madres reclusas, la reforma de 1995 introdujo un nuevo apartado 3 en el art. 38, concebido en los siguientes términos: reglamentariamente se establecerá un régimen específico de visitas para los menores que no superen los diez años y no convivan con la madre en el centro penitenciario; estas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad y su duración y horario se ajustará a la organización regimental de los establecimientos.

Téngase presente al respecto que ya la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992, sobre una Carta Europea de los derechos del niño, precisó que todo niño cuyos padres –o uno de los padres- se encuentren cumpliendo una pena

de privación de libertad, deberá poder mantener con los mismos los contactos adecuados y que los niños de corta edad que conviven con sus madres en la cárceles deberán poder contar con las infraestructuras y cuidados oportunos; además, se exige de los Estados miembros que garanticen a dichos niños su escolarización fuera del ámbito carcelario.

El Reglamento penitenciario de 1996, desarrollando los términos en que se produjo la reforma examinada de la Ley Orgánica y en concordancia con las previsiones de su art. 17, establece en los arts. 178 a 181 las normas de funcionamiento de las denominadas Unidades de Madres.

Finalmente, careció de toda trascendencia el simple desplazamiento al apartado 4 del nuevo art. 38 de la Ley Orgánica General Penitenciaria del que originariamente constituía el 3: en los establecimientos de mujeres se facilitará a las internas los artículos necesarios de uso normal para la higiene íntima.

2. Las reformas de 2003

Como ya se indicó, hasta el *annus horribilis* de 2003 no se retomaría el proceso reformador de la normativa penitenciaria. De las tres reformas producidas en dicho año es la última, sin duda, la de mayor alcance y más relevante incidencia en la población penitenciaria.

A) Por Ley Orgánica 5, de 27 de mayo de 2003 se modificó no sólo la Ley Orgánica General Penitenciaria, sino también la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Demarcación y de Planta Judicial, con la confesada finalidad de abordar —con una misma iniciativa legislativa— todas las modificaciones necesarias para alcanzar la implantación más rápida posible de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria que se crean por dicha ley reformadora, cuya entrada en vigor se produjo al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*: el 29 de mayo de 2003.

Por lo que respecta a la normativa penitenciaria, la reforma incidió –exclusivamente- en su art. 76.2, h), añadiéndose a la redacción originaria, que atribuía a los Jueces de Vigilancia –entre otras- la función de realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la siguiente fórmula: “pudiendo el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado”.

La reforma –mínima- sufrida por la Ley Orgánica General Penitenciaria vino en este caso determinada por la necesidad de conseguir una unificación de criterios en el marco del control del cumplimiento de las penas y de abrir camino a la colaboración con el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria del resto de los Jueces de Vigilancia, en un ámbito y jurisdicción diferentes a los de la Audiencia Nacional.

B) La reforma operada por Ley Orgánica 6, de 30 de junio de 2003, alcanzó –exclusivamente- al art. 56 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que, hasta entonces, había ofrecido una lacónica formulación: la Administración organizará las actividades educativas, culturales y profesionales de acuerdo con el sistema oficial, de manera que los internos puedan alcanzar las titulaciones correspondientes, a cuyo fin tendrán derecho a comunicar con sus profesores a los únicos efectos de realizar los correspondientes exámenes.

En este caso, la reforma entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (Disposición final única); es decir, el 2 de julio de 2003.

En la Exposición de motivos de la Ley Orgánica reformadora se precisa que las personas reclusas en centros penitenciarios gozan –naturalmente- del derecho a la educación garantizado por el art. 27 de la Constitución; ello no obstante –se argumenta-, este derecho queda sujeto, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, a las modulaciones y matices derivados de la situación de sujeción especial de los internos, que

obliga a acatar las normas de régimen interior reguladoras de los establecimientos penitenciarios.

En relación con el posible acceso a la enseñanza superior, muy alejado estadísticamente en la comunidad penitenciaria del ofrecido por la sociedad libre, opta nuestro legislador por la vía del eufemismo para referirse a un inadmisibles estado de cosas en el momento de acometerse la reforma: la experiencia en este ámbito –se afirma- aconseja introducir “algunas modificaciones concretas”, al objeto de precisar las condiciones y garantías de los internos en el acceso a la enseñanza universitaria, de forma que se aseguren “las condiciones de calidad” inherentes a este tipo de enseñanzas.

Al margen de que dicha preocupación por la calidad de la enseñanza universitaria debiera abarcar, también, a la impartida en libertad y de lo edulcorado de la fórmula utilizada, resulta incuestionable que con la reforma se pretendió evitar –lisa y llanamente- que algunos internos condenados por terrorismo se siguiesen beneficiando de ciertos privilegios en la realización de sus estudios universitarios; sobre todo, en determinadas universidades de nuestro país, por las que –durante años- se han venido *regalando* las licenciaturas a los terroristas etarras.

Sólo desde dicha óptica puede valorarse el nuevo contenido atribuido al art. 56 de la Ley penitenciaria, que se inicia con una genérica declaración, heredera de la normativa anterior: la Administración organizará las actividades educativas, culturales y profesionales de acuerdo con el sistema oficial, de manera que los internos puedan alcanzar las titulaciones correspondientes (apartado 1). Como es sabido, constituye –precisamente- la carrera de Derecho una de las preferidas por los reclusos que cursan estudios universitarios.

Para que los internos puedan acceder al servicio público de la educación universitaria (apartado 2) será necesario que la Administración penitenciaria suscriba –previos los informes de ámbito educativo que se estimen pertinentes- los oportunos convenios con universidades públicas; dichos convenios garantizarán

que la enseñanza se imparte en las condiciones y con el rigor y la calidad inherentes a este tipo de estudios, adaptando, en lo que sea preciso, la metodología pedagógica a las especiales circunstancias que concurren en el ámbito penitenciario. Obviamente, deberá ser autorizada por la Administración penitenciaria toda alteración del régimen y estructura de la enseñanza prevista en los convenios aludidos, así como cualesquiera otra modificación, prórroga o extensión de los mismos a nuevas partes firmantes.

Además, y en atención a la movilidad de la población reclusa y a la naturaleza no presencial de sus estudios, los convenios se suscribirán “preferentemente” con la Universidad Nacional de Educación a Distancia; ello no obstante, las Administraciones penitenciarias competentes podrán también celebrar convenios con universidades de su ámbito, pero siempre en los términos antes invocados.

Como precisó la Disposición transitoria única de la Ley Orgánica reformadora, tras su entrada en vigor solamente producirían efectos los convenios suscritos con anterioridad a la misma por la Administración penitenciaria que –en todo caso– debieron adaptarse a la nueva normativa en un plazo no superior a un mes; paralelamente, se habilitaron los necesarios mecanismos de información para los internos en orden a facilitar el traslado de sus expedientes académicos a las universidades con las que la Administración penitenciaria tiene suscrito un convenio ajustado a las exigencias del nuevo art. 56.

Se trató, en definitiva de una razonable reforma de la Ley Orgánica General Penitenciaria a la que sólo cabe reprochar su tardía incorporación a la misma, habida cuenta que la intolerable situación que la justificó ha tenido una larga permanencia en nuestra realidad penitenciaria: el trato de privilegio a determinados terroristas generador de desigualdades no sólo con relación a otros internos –condenados por delitos menos impiosos–, sino también respecto de los que en libertad cursan sus estudios universitarios. En cualquier caso, la condición de terrorista ya no será computada como mérito académico.

C) La cuarta –tercera de 2003- y última reforma sufrida, de momento, por la Ley Orgánica General Penitenciaria es de más largo alcance y trascendencia que las examinadas en páginas anteriores.

Se articuló con la promulgación de la Ley Orgánica 7, de 30 de junio de 2003, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que entró en vigor (Disposición final segunda) al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*; es decir, el 2 de julio de 2003.

Si bien dicha reforma incidió, también, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cabe subrayar que la misma supuso la incorporación de los apartados 5 y 6 al art. 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y –de forma paralela- la modificación del art. 36 del Código penal, para introducir notables restricciones en el acceso al tercer grado penitenciario (régimen abierto).

Cabe recordar, muy brevemente, que con la nueva redacción atribuida al art. 36 del Texto punitivo se introduce en nuestro sistema el denominado “período de seguridad”, bajo la fórmula de que cuando la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, si bien el Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando –en su caso- las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento; es decir, sin el aludido período de seguridad.

Sin embargo, tal posibilidad de *regreso* al régimen general queda vedada en el caso de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Solución que trata de justificarse en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica reformadora desde la inteligencia de que el ordenamiento jurídico debe evitar que la flexibilidad en el cumplimiento de las penas y

los beneficios penitenciarios –que tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente- se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto.

En cualquier caso, y al margen de la retórica oficial esgrimida al respecto, resulta evidente que el “período de seguridad” antes aludido supone –al menos- un elemento extraño al sistema de individualización científica establecido por la Ley Orgánica General Penitenciaria, en franca pugna con las previsiones del art. 72.4 de la misma: en ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión. En definitiva, la clasificación en grado depende de la evolución del tratamiento y no de la duración de la pena impuesta.

Por lo que respecta al Código penal, la reforma ha endurecido notablemente las condiciones para la obtención del tercer grado penitenciario. Lo que con anterioridad constituía la regla general –acceso al tercer grado sin necesidad de haber cumplido una parte determinada de la condena- se convierte ahora en la excepción, si la pena de prisión es de duración superior a cinco años; incluso, dicha excepción no resulta aplicable a todos los condenados, por imperativo legal.

Todo ello sentado, cabe subrayar que la reforma de los mecanismos jurídicos para la obtención del tercer grado alcanzó también a las precisiones en la materia de la Ley Orgánica General Penitenciaria; concretamente, a su art. 72, al que se incorporaron dos apartados:

El nuevo art. 72.5 precisa que la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, “además de los requisitos previstos por el Código penal”, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. Tajante punto de partida cuya interpretación literal conduciría a soluciones discriminatorias –en función de la diferente capacidad económica de los condenados- que se matiza, abriendo camino a una interpretación que valore la voluntad de hacer frente a dicha responsabilidad; en

efecto, se impone la consideración “a tales efectos” de la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, las condiciones personales y patrimoniales del culpable –a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura, para satisfacer la responsabilidad civil que le corresponde-, las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura, la estimación del enriquecimiento que el culpable haya obtenida por la comisión del delito y –en su caso- el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Así precisada tal exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil, se “justifica plenamente” la misma –argumenta la Exposición de motivos de la ley reformadora- en aquellos delitos que han permitido al culpable obtener un importante enriquecimiento ilícito y no se satisfacen las responsabilidades pecuniarias fijadas en sentencia a causa de haber ocultado el penado su patrimonio.

Por ello, se aplicará dicha norma “singularmente” cuando el interno hubiese sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos: contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieren revestido notoria gravedad y perjudicado a una generalidad de personas, contra los derechos de los trabajadores, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, y contra la Administración pública comprendidos en los Capítulos V al IX del Título XIX del Libro II del Código penal (arts. 419 a 444).

Como ya ha puesto de relieve nuestra mejor doctrina, la sorprendente utilización por el legislador del adverbio de modo “singularmente” oscurece el sentido de la norma invocada y, en efecto, se abre camino a una posible doble interpretación: que nos encontramos ante una lista cerrada y excluyente de infracciones o que se trata, tan sólo, de una relación ejemplificadora que no excluye la exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil

para acceder al tercer grado a los condenados por delitos no incluidos en la relación antes reproducida.

Por su parte, el nuevo art. 72.6 incorpora condiciones específicas para la clasificación o progresión al tercer grado en el caso de penados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, en los términos previstos –precisa la Exposición de motivos de la Ley Orgánica de reforma- en la Decisión marco del Consejo de Europa de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo.

Se introducen, así, requisitos *sine qua non* para el acceso al régimen abierto y a la libertad condicional mediante una formulación harto confusa y casuística que, además, incorpora criterios a valorar ajenos al ámbito penitenciario.

En efecto, el novedoso apartado 6 establece que la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá –además de los requisitos previstos en el Código penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonios presentes y futuros en los términos del apartado 5-, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones

y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

Al margen de que dicha fórmula legislativa insiste, una vez más, en la distinción –siempre peligrosa para un Estado de Derecho– entre dos clases de delincuentes, portadores de derechos también diferentes, el *premio* que se otorga a tan peculiares arrepentidos –delatores, sin eufemismos– supone estimular la traición entre delincuentes para acceder al tercer grado y, como hace ya muchos años afirmó BECCARIA, la traición es siempre detestable, incluso entre criminales⁸.

Por otro lado, en la Ley Orgánica reformadora de junio de 2003 se contiene una polémica –también– Disposición transitoria única que establece que lo dispuesto en los nuevos y antes reproducidos apartados 5 y 6 del art. 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, respecto de la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones adoptadas sobre dicha materia desde la entrada en vigor de la reforma (el 2 de julio de 2003, como ya se indicó), “con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena”.

Se estableció, pues, una retroactividad desfavorable para el reo en una norma penal, no sustantiva pero sí de ejecución; en franca pugna con el art. 9.3 de la Constitución que proscribe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, en este caso derechos de los internados en un establecimiento penitenciario. Parece incuestionable que el culpable de delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma no debe resultar afectado por disposiciones desfavorables, que recortan sus posibilidades de acceso al tercer grado. La individualización penitenciaria de la pena forma parte de un proceso penal que se inicia, precisamen-

8 Cfr.: C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, introducción notas y traducción de F. TOMÁS Y VALIENTE, Aguilar, Madrid, 1976, pág. 109.

te, con el enjuiciamiento de la conducta delictiva previamente cometida.

Sorprendentemente, el Consejo General del Poder Judicial en su preceptivo *Informe* sobre texto prelegislativo que cristalizó en la normativa reformadora de referencia recurrió a verdaderos malabarismos interpretativos de la Constitución –diferencias entre retroactividad y retrospección, por ejemplo- para justificar lo injustificable, argumentando que sólo son irretroactivas las normas que describen delitos o determinan la magnitud penal con que debe ser sancionado el hecho (Derecho penal material) pero no las pertenecientes al Derecho de ejecución de penas, para concluir afirmando que el nuevo art. 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria es una norma que interpreta y aclara, en caso de delitos especialmente graves, los criterios a tener en cuenta para formar el juicio de pronóstico de resocialización que requiere el acceso al tercer grado y –por ello- debe observarse en las decisiones que se tomen al respecto “sin que ello suponga retroactividad alguna ni merma del principio de seguridad jurídica”.

En definitiva, con la Disposición transitoria única de referencia lo que se pretende –en este ámbito- es sustituir el fundamental principio de irretroactividad de las normas desfavorables por la aplicación de la ley vigente en el momento de adoptarse la correspondiente resolución judicial.

IV. EL PREVISIBLE FUTURO DE NUESTRAS PRISIONES

Al margen del limitado alcance de alguna de las reformas introducidas en la formalmente vigente Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, el futuro de nuestras prisiones dependerá –sobre todo- de la organización y funcionamiento de la Administración de Justicia en su conjunto y de las concretas opciones político-criminales que accedan al Código penal.

No hay demasiado espacio para la esperanza. Corren malos tiempos en este país, y en otros, para los derechos humanos y las libertades ciudadanas, como consecuencia de un emergente Derecho penal cada vez más riguroso y maximalista⁹. Es la “tolerancia cero” ante una patología social cuyos orígenes no parecen interesar al sistema que la genera y que, ignorando las causas últimas, reacciona con desaforado rigor sobre las consecuencias.

En cualquier caso, la difícil justificación moral y política –en palabras de FERRAJOLI- del Derecho penal, incluso rodeado de límites y garantías¹⁰, se ve reduplicada ante los planteamientos propios del denominado “Derecho penal de la seguridad” y el incremento de la presión punitiva que el mismo propicia, hasta el punto de perder las penas privativas de libertad su consideración de *ultima ratio* de esa *ultima ratio* integrada, a su vez, por el ordenamiento jurídico-penal.

Consecuentemente, no puede extrañar que en los últimos cuatro años se haya incrementado un treinta por ciento la población reclusa española y, de forma paralela, el divorcio entre la degradada realidad de nuestras prisiones y la normativa que la regula. Todo hace prever que la situación va a empeorar inexorablemente y que la masificación en los centros va a seguir generando hacinamiento, pérdida de la calidad de vida de los internos y –lo que es peor- forzada renuncia a logros resocializadores invocados en la Ley Orgánica y en la Constitución, que se sustituyen por criterios retributivos e inocuidadores.

La inflación punitiva crece incontenible, sobre todo, porque los tradicionales debates ideológicos sobre el Derecho penal y sus límites han sido arrinconados por una perversa *globalización* al respecto. Tanto desde opciones decididamente conservadoras como pretendidamente progresistas se promociona la idea de la

9 Vid. al respecto: LANDROVE DÍAZ, *El Derecho penal “de la seguridad”*, en *La Ley*, 2003-4, págs. 1923 y s.s.

10 Cfr.: L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, segunda edición, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pág. 21.

seguridad ciudadana –muy rentable electoralmente- a principio rector de todo el Derecho penal¹¹. Es la huida hacia el Derecho penal otrora característica, exclusivamente, de los sistemas totalitarios.

Hoy en España se ha abierto camino la *línea dura*, que aspira a la “limpieza” de nuestras calles, exige el cumplimiento íntegro y efectivo de las condenas, la prolongación de las penas privativas de libertad y el endurecimiento de su régimen de cumplimiento, el más frecuente recurso a la prisión preventiva –hasta el punto de desnaturalizarse esta excepcional medida cautelar y de aseguramiento- y reivindica que algunos delincuentes, al menos, deben “pudrirse” en la cárcel.

Tal hipertrofia represiva ha contaminado, también, nuestro Derecho penal de menores e inspirado alguna de las reformas drásticamente endurecedoras de la Ley Orgánica de 12 de enero de 2000, hasta el punto de introducir en la misma criterios ciegameamente retributivos y de prevención general o inspirados en el principio de proporcionalidad que expresamente se rechazan en este ámbito por una consolidada doctrina internacional y la Exposición de motivos de la propia Ley Orgánica española reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edades comprendidas entre los catorce y los dieciocho años¹²; la posibilidad actual de que la medida de internamiento en régimen cerrado alcance una duración máxima de diez años o la inclusión de una desmesurada inhabilitación absoluta son buena prueba de ello.

Por su parte, los medios de comunicación social colaboran a crear en la opinión pública un sentimiento puramente vindicativo y retribucionista ante la delincuencia. Con frecuencia, dramatizando morbosamente la información sobre crímenes tan abominables

11 Vid.: J.Mª SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, Civitas, Madrid, 2001, págs. 32 y s.s.

12 Cfr.: LANDROVE DÍAZ, *Introducción al Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 84.

como infrecuentes, manipulando sesgadamente las estadísticas criminales –y los números pueden ser torturados hasta hacerles expresar lo que nos venga en gana- o denunciando la pretendida suavidad e ineficacia de las penas impuestas en algunos casos. En la misma línea, suele convertirse en noticia destacada –por ejemplo- que el delito ha sido cometido por un interno durante el disfrute de un permiso de salida del establecimiento penitenciario; sin embargo, se silencia que en la inmensa mayoría de los casos dichos permisos no generan infracción alguna en el exterior. Y el silencio no siempre es inocente; quien no conoce la verdad es, simplemente, un ignorante, pero quien la conoce y la oculta es un canalla.

Ciertamente, no le falta razón a ZAFFARONI¹³ cuando subraya que la principal novedad que ofrecen estos embates contra el Derecho penal de garantías y liberal radica en la pobreza ideológica del debate público y en la grosería de los medios masivos de comunicación en sus campañas orquestadas para incentivar el sentimiento público de inseguridad y reforzar, al propio tiempo, reclamos vindicativos y ejemplarizantes.

Quizá explique, al menos en parte, la escasa sensibilización de la sociedad española ante la dramática situación penitenciaria la evidencia de que nuestras prisiones se encuentran pobladas, casi en exclusiva, por miembros de los sectores marginales de la sociedad, para los que reserva el sistema toda su dureza y cuya marginación les impide recurrir a medios legítimos de emancipación. Y, al contrario de lo que ocurre con los individuos pertenecientes a otros colectivos, los marginados difícilmente logran evadirse de la acción de la justicia, cumpliendo sus penas en unos establecimientos penitenciarios en los que –y al margen de la grandilocuente retórica oficial- se genera una victimización

13 Cfr.: E.R. ZAFFARONI, *El Derecho penal liberal y sus enemigos*, en *Investidura como Doctor "Honoris Causa" por la Universidad de Castilla-La Mancha del Excmo. Sr. D. Eugenio Raúl Zaffaroni*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, pág. 22.

que tiene mucho de inhumana y degradante, a la que se añade la más irritante de las impunidades¹⁴.

Los sectores sociales más favorecidos por la injusticia, los ricos y los poderosos, disponen de los resortes suficientes –incluida la corrupción– para no convertirse en huéspedes de los establecimientos penitenciarios, aunque sus delitos supongan una mayor nocividad social que la representada por la delincuencia de los marginados, estereotipadamente reducida a la violencia callejera. Ello no obstante, si en alguna oportunidad –y nunca por mucho tiempo– ingresan en prisión políticos corruptos, golpistas, torturadores, terroristas de Estado o delincuentes “de cuello blanco” gozan en la misma de una situación de privilegio que nos retrotrae a otros momentos históricos; estratégicos indultos suelen poner fin a su breve peripecia carcelaria. Ya en el siglo XVI CRISTÓBAL DE CHAVES, en su *Relación de la cárcel de Sevilla*, clasificaba –muy expresivamente– a los reclusos en la misma en presos “de puerta de oro, de plata o de cobre”¹⁵.

Al margen de endémicas carencias nacionales en materia de personal cualificado o de instalaciones idóneas, que la apertura de nuevos centros no resuelve habida cuenta que inmediatamente se saturan con el imparable crecimiento de la población reclusa, la nueva y expansiva opción político-criminal española, cristalizada en el alud de reformas producidas en los últimos tiempos, otorgará al problema una dimensión de imprevisibles consecuencias.

Obviamente, todas las estadísticas penitenciarias se dispararán con la progresiva aplicación de un Código penal que ha endurecido la represión de muchos de los delitos ya existentes o creado otros nuevos de difícil justificación, que reinventa la multirreincidencia y la agravante de desprecio de sexo –desaparecida en su día por anticonstitucional–, que da cabida al denostado

14 Cfr.: LANDROVE DÍAZ, *La moderna Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 192.

15 De la *Relación de la cárcel de Sevilla* existe edición de 1983, Clásicos El Árbol, Madrid, págs. 12 y s.s.

Derecho penal “de autor”, que acumula obstáculos a la obtención del tercer grado penitenciario y la libertad condicional, que opta por la redacción de peligrosas tipicidades abiertas o adelanta las barreras de protección de ciertos bienes jurídicos hasta límites insostenibles.

Tampoco cabe ignorar la especial incidencia que en la materia tendrán los nuevos marcos cronológicos atribuidos a las penas privativas de libertad, acogidos con generalizado rechazo por nuestra doctrina –precisamente- por suponer el “redescubrimiento” de las penas excesivamente largas o cortas de prisión.

En efecto, al margen de planteamientos más radicales que abogan por la erradicación de las penas privativas de libertad de los sistemas punitivos, en la inteligencia de que las mismas han agotado ya su papel histórico de sustitución de la pena capital y de las corporales, desde sectores más moderados se entiende que la pena de prisión no es intrínsecamente perversa, sino inadecuada –con demasiada frecuencia- su ejecución, por lo que la misma debe ser mejorada, al tiempo que se procede a su parcial sustitución, fundamentalmente de las de corta duración. Se descarta así un abolicionismo radical en la materia, apostándose por una sustitución gradual y selectiva.

La actual presencia en nuestro Código de penas largas de prisión, que pueden alcanzar los cuarenta años, ignora que rebasados ciertos límites temporales de privación de libertad se destruye la personalidad del que la sufre y las penas se convierten en inhumanas y degradantes. Tal límite máximo de reclusión –prácticamente perpetua- repercutirá, incuestionablemente, en el volumen de la futura población reclusa.

Respecto de las penas cortas de prisión, la rebaja –ya producida- de su límite mínimo de seis a tres meses prescinde de la evidencia de que dichas sanciones resultan muy costosas en su ejecución, inidóneas para permitir un eficaz tratamiento rehabilitador y constituyen –sobre todo- un factor criminógeno de notable magnitud. También contribuirá su aplicación a la masificación carcelaria.

Además, la vocación expansiva de las reformas no se limita al ámbito del Derecho penal sustantivo, también alcanza al procesal, como evidencia la Ley Orgánica de 24 de octubre de 2003, reformadora de la Ley de Enjuiciamiento criminal en materia de prisión provisional, con la que se pretende dar cobertura legal a una utilización perversa de la prisión preventiva¹⁶; de esa institución sustancialmente idéntica a la pena privativa de libertad, que pierde así su naturaleza de medida excepcional y cautelar del proceso penal para perseguir la satisfacción de exigencias sociales de seguridad ciudadana o de evitación de la reiteración delictiva por parte del imputado. También se incrementa por esta vía la población reclusa, se propicia el hacinamiento y se expone al sujeto –presuntamente inocente- a todos los riesgos inherentes al medio carcelario, en donde cumple –por adelantado- una verdadera pena de prisión, con todos los inconvenientes y ninguna de sus pretendidas ventajas, al estar vedada cualquier intervención resocializadora sobre el mismo por no haber sido todavía condenado.

A todo ello cabe añadir que la actual población penitenciaria ha alcanzado niveles algo más que preocupantes, pero con toda seguridad inferiores a los que nos reserva el futuro inmediato. En efecto, si en 2002 el número de internos se elevó a 51.882 y en 2003 a 56.096 (datos referidos al mes de diciembre en ambos casos), en octubre de 2004 eran ya 59.658.

De forma progresiva se ha ido prescindiendo en España de los planteamientos político-criminales que la luminosa Exposición de motivos del Proyecto de Código penal de 1980 calificaba de propios de un Estado social y democrático de Derecho; entre otros, que el principio de intervención mínima constituye una exigencia ética para el legislador que los regímenes autoritarios acaban siempre quebrantando, por su incapacidad para resolver los conflictos sociales de forma menos traumática y más justa, o que el recurso a la pena de prisión se ha de limitar cuanto se

16 Vid. en la materia: LANDROVEDÍAZ, *La reforma de la prisión provisional*, en *La Ley*, 2004-1, fundamentalmente págs. 1555 y s.s.

pueda, porque incluso en un establecimiento penitenciario ideal la labor educativa de los funcionarios sobre los internos suele ser de eficacia inferior a la que ejerce la subcultura de los reclusos, determinada precisamente por los peores.

Por el contrario, el “moderno” Derecho penal español implica una notable restricción de las garantías propias de los modelos liberales, una regresiva ampliación de la intervención punitiva y un tratamiento penal cada vez más severo. Severidad que —como queda dicho— cristaliza en el recurso cada vez más frecuente a la pena de prisión. Quizá con ello se consigan finalidades retributivas, inocuizadoras o simplemente vindicativas que resulten políticamente rentables, aunque conviertan nuestros establecimientos penitenciarios en simples “pudrideros” de seres humanos.

Al margen de muy extendidos oportunismos, que sólo reaccionan ante un Derecho penal cada vez más reaccionario cuando éste emana de opciones políticas en el poder diferentes de la propia y guardan silencio cómplice ante los excesos de los propios correligionarios, algunos seguimos creyendo en el lúcido mensaje del gran RADBRUCH: lo realmente importante no es lograr un Derecho penal mejor, sino algo mejor que el Derecho penal.