

NUEVAS PERSPECTIVAS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: LA PRIVATIZACIÓN DE LAS PRISIONES*

Jorge Correcher Mira
Universidad de Valencia

Resumen: A la vista de las últimas reformas penales resulta complicado considerar la resocialización como objetivo siquiera aparente de la pena privativa de libertad, de acuerdo con el contenido del artículo 25.2 CE. En este sentido, el endurecimiento en la ejecución de la pena privativa de libertad ha otorgado una mayor preeminencia a la función de neutralización del recluso en el ámbito carcelario. Así, la posible inclusión de la prisión permanente revisable en nuestro ordenamiento jurídico confirma este nuevo escenario. Este mayor rigor punitivo, unido a la crisis del Estado social y los recortes del gasto público plantean un

Recibido: julio 2014. Aceptado: septiembre 2014

* El presente trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y competitividad (DER 2013-48284-R) “Ejecución de penas y medidas de seguridad. Tendencias político-criminales en las modernas reformas penales”. Investigador Principal: Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu, Catedrático de Derecho penal, Universitat de València.

nuevo escenario donde la posibilidad de privatizar la pena de prisión se presenta como una preocupante realidad emergente.

Palabras clave: resocialización, neutralización, prisión, privatizar, tratamiento.

Abstract: In the view of the recent penal reforms, it is difficult to consider the resocialization as the main objective of the penal system, according to the content of article 25.2 Spanish constitution. In this sense, this situation has given a priority position to the neutralization function of the prisoner. Then, the possibility to include the life imprisonment in Spanish criminal law has confirmed this stage. This increase of punishment rigour, along with the crisis of the Welfare state and the cutback raise a context where the possibility of privatizing the prison appears as a worrying emergent reality.

Keywords: resocialization, neutralization, prison, privatise, prison treatment.

Sumario: I. Notas preliminares. II. El Abandono de la resocialización. 1. Reformas penales y expansión de la pena privativa de libertad. 2. La prisión permanente revisable: un nuevo paradigma en la ejecución de la pena privativa de libertad. 3. El paso de la resocialización a la neutralización. 4. Mercantilización de la pena privativa de libertad. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

Meter a alguien en la prisión, mantenerlo en prisión, privarle de alimento, de calor, impedirle salir, hacer el amor..., etcétera, ahí tenemos la manifestación de poder más delirante que uno puede imaginar.

Gilles Deleuze/Michel Foucault. Un diálogo sobre el poder

I. Notas preliminares

El sistema de ejecución de las penas privativas de libertad ha venido orientado en su configuración constitucional hacia la resocialización de los penados, en consonancia con lo establecido en el artículo 25.2 de la Constitución Española¹. No obstante, la

1 Artículo 25 Constitución Española: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción

realización material de los objetivos fijados por este principio programático del ordenamiento jurídico-penal español se enfrenta en el actual contexto de crisis política, económica y social a una serie de obstáculos difícilmente asumibles por el sistema penitenciario. Así, los peligros de desvirtuar por parte de los poderes públicos el significado de términos como reeducación o reinserción social no provienen únicamente de la discusión ideológica sobre si éstos son posibles a partir de las bases fijadas por la individualización científica de las penas privativas de libertad². Tampoco de la manifiesta renuncia de las autoridades políticas a la consecución de estos objetivos en la elaboración del nuevo sistema de penas y medidas de seguridad establecido por las sucesivas reformas penales operadas en el seno del ordenamiento jurídico-penal español, especialmente a partir del cambio de paradigma que supondría la aprobación del Proyecto de Reforma de Código Penal de 2013.

social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

- 2 MUÑOZ CONDE señala desde una perspectiva crítica la indefinición que supone un concepto tan abierto y en ocasiones vacío de contenido como es la resocialización. En este sentido, plantea en los siguientes términos los posibles obstáculos ante los que se enfrenta la resocialización en un medio social donde no se dan todas las condiciones para que ésta se lleve a cabo: “Hablar de resocialización del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad en la que va a integrarse el delincuente tiene un orden social y jurídico que se estima correcto. Cuando no es este el caso, se plantea el problema de si debe, a pesar de todo, obligarse al delincuente a adaptarse a la sociedad a la que pertenece o de si, por el contrario, debe procederse previamente a modificar el orden social vigente”. MUÑOZ CONDE, Francisco. “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1979. p.76. FERRAJOLI crítica la incoherencia y el carácter discriminatorio de un modelo de resocialización basado eminentemente en el modelo de refuerzo positivo que suponen los beneficios penitenciarios. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ªed., Madrid, 2004, pp. 406-410. Efectivamente, en estos términos es complicado hablar de una verdadera resocialización, en la medida que su cumplimiento sigue un esquema de realización eminentemente conductista en formas y contenido.

Analizando la realidad penitenciaria desde una perspectiva meramente economicista, puede ponerse de manifiesto que los medios para dotar a las Instituciones Penitenciarias españolas de las herramientas efectivas para ofrecer verdaderas oportunidades de reinserción a los penados se han visto drásticamente reducidas en los últimos años³, fruto de los recortes del gasto público en una materia tan sensible y a la vez generadora de tanta controversia a nivel social como son las partidas presupuestarias para el mantenimiento y desarrollo del sistema penitenciario. La minoración del gasto público en las Instituciones Penitenciarias se presenta como el contexto adecuado para plantearse si el siguiente paso en este abandono del ideal resocializador puede ser la privatización del sistema penitenciario español, sea a partir de un esquema de administración y gestión privada plena siguiendo el modelo anglosajón o limitado a una externalización sectorial de alguna de sus funciones⁴. Esta perspectiva queda agudizada por la entrada

-
- 3 En este sentido, RODRÍGUEZ YAGÜE señala la exigencia de dotar a las Instituciones Penitenciarias de los medios económicos necesarios para lograr los objetivos de reeducación y reinserción social que orientan su existencia. Continúa la autora mostrando la incoherencia que supone el recorte en el gasto público fijado para la anualidad de 2013 de 52.16 millones de euros respecto del ejercicio anterior, implicando un reducción del 4.5% si se compara con la partida presupuestaria de 2012. Asimismo, la minoración de los gastos en personal del sistema penitenciario se concreta en un 2.95% para el ejercicio presupuestario de 2013. RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *El sistema penitenciario español en el siglo XXI*, Iustel, Madrid, 2013. pp. 183-184.
- 4 SANZ DELGADO limita la utilización del término “prisión privada” o “privatización correccional” a los casos donde las funciones directivas y organizativas son derivadas plenamente en un ente privado. Considera que la realización de “actividades tangenciales, periféricas, marginales, de mero apoyo a la institucional” no pueden incluirse estrictamente dentro del concepto de privatización, en función de la menor intensidad que dichas actividades pueden representar en el global de la gestión y administración de las Instituciones Penitenciarias. SANZ DELGADO, Enrique. *Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Edisofer, Madrid, 2000. p. 143. La matización efectuada por SANZ DELGADO puede compartirse en la medida que del análisis de la expresión “prisión privada” se deduce claramente la representación fáctica de un centro penitenciario cuya gestión queda plenamente externalizada a partir de una empresa privada que realiza las funciones directivas y organizativas. No obstante, si efectivamente

en cuestiones político-criminales de propuestas más cercanas al llamado Análisis Económico del Derecho (AED)⁵, fundamentado en el tratamiento de la función de la pena desde una perspectiva únicamente interesada en el binomio coste-beneficio como criterio orientador de las políticas públicas en materia penitenciaria. Si bien estas tendencias se han presentado en el sistema penitenciario de los Estados Unidos y, siguiendo la *vis atractiva* de éste, reciben cierta consideración en el Reino Unido, no se ha desarrollado de una forma tan amplia en la cultura jurídico-penal continental⁶. Sin embargo, puede observarse un peligroso

se fija la resocialización de los reclusos como objetivo último de un modelo penitenciario de gestión estatal, también podría hablarse de privatización en sentido estricto si alguno de los servicios públicos imprescindibles para alcanzar los objetivos del artículo 25.2 CE se vieran privatizados, sea total o parcialmente, pudiendo por ejemplo mencionarse los programas de tratamiento e intervención en el medio penitenciario. Si dichas actividades llegarán a gestionarse de forma privada, podría concluirse que igualmente se está viendo privatizado el proceso de resocialización, y por ende, las mismas instituciones penitenciarias. Desde esta postura, sería criticable una excesiva tendencia a delegar en oenegés este tipo de funciones, en la medida que una privatización de estas características, amparada en la apuesta por un modelo eminentemente asistencial sobre la base de la caridad, sólo conlleva una dejación del Estado en manos de los intereses de estas organizaciones, cualesquiera sean, religiosos, publicitarios..., perdiendo la resocialización el carácter público que debe orientar su desarrollo.

- 5 El recurso al Análisis Económico del Derecho en materia político-criminal se ha desarrollado extensamente en la realidad criminológica estadounidense. En este sentido señala BRANDARIZ GARCÍA su influencia en la cobertura teórica dada a la tesis de las “ventanas rotas”, aplicada a nivel institucional por las instancias de control social formal norteamericanas, desarrollando lo que el autor denomina una “reordenación mercantil de la ciudad” en la medida que la punición de determinadas conductas se justifica a partir de una progresiva industrialización del medio social. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas” en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, (direcc. FARALDO CABANA, Patricia), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. p. 19.
- 6 GARCÍA ARÁN expone el planteamiento del debate privatizador en Francia, expresando la necesaria actitud de alerta ante la posibilidad de adoptar de forma decidida el esquema de países como Estados Unidos y Reino Unido. GARCÍA ARÁN, Mercedes. “La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo”, *La ley penal*, nº 30, 2006, pp. 5-14.

cauce para la implementación de esquemas de privatización en la ejecución penitenciaria si analizamos la Recomendación de 2006 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las Reglas Penitenciarias Europeas. Si bien la Regla 71 establece cómo “*Las prisiones estarán bajo responsabilidad de autoridades públicas*”, puede observarse como contrapunto el contenido de la Regla 88: “*Las Reglas Penitenciarias Europeas se aplicarán también, en caso de que existan, en prisiones de gestión privada*”. En este sentido, la posibilidad abierta por el Consejo de Europa supone una peligrosa vía a partir de la cual los Estados miembros tienen la posibilidad de establecer regímenes penitenciarios de gestión privada.

Si consideramos lo dispuesto en la Regla 88 de las Reglas Penitenciarias Europeas, así como el actual contexto de crisis económica y progresiva minimización de las funciones estatales en la prestación de servicios públicos, pueden encontrarse ciertos indicadores para contemplar la posibilidad de una progresiva huida hacia tesis privatizadoras en el ordenamiento jurídico-penal español.

II. El abandono de la resocialización

El artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)⁷ traslada la previsión constitucional establecida en el artículo 25.2 CE sobre la resocialización del recluso como fin primordial de las Instituciones Penitenciarias. No obstante, cabría preguntarse si éste continúa siendo el objetivo último del sistema penitenciario español, aceptando que realmente fuera considerada como tal por los poderes públicos, lo cual a su vez plantea serias dudas, o si por el contrario las condiciones materiales actuales de las prisiones españolas y el contexto político-económico han

7 Artículo 1 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: “Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.”

efectuado una serie de modificaciones en su contenido, más allá de la declaración programática que suponen tanto el artículo 25.2 CE como el 1 LOGP. Debe tenerse en cuenta que las condiciones históricas⁸ que permitieron la asimilación del principio de resocialización como criterio orientador del sistema penitenciario en el período de su formulación se han visto modificadas por las circunstancias actuales de endurecimiento del sistema de penas y medidas de seguridad, con la consiguiente hipertrofia del sistema penal, y la adaptación de las Instituciones Penitenciarias, más cercanas a realizar funciones de control y custodia que al proceso de tratamiento e intervención que requiere la búsqueda de la resocialización del recluso. A partir del estudio de ciertas causas que han supuesto un progresivo abandono del ideal resocializador, puede establecerse una relación de causalidad sobre el declive de este principio y la posibilidad de iniciar un proceso de privatización en el seno del sistema penitenciario español. Considerando acreditada la renuncia a este principio por los poderes públicos, la pena de prisión, más que una institución dedicada a cumplir los fines resocializadores previstos, quedaría únicamente

8 BRANDARIZ GARCÍA denomina este período como *welfarismo penal* por la “afirmación de la resocialización en el marco del paradigma de control social y tratamiento del delito” en el ámbito del Estado de Bienestar. Entre las características estructurales de este marco de referencia, destaca “un estilo de gobierno, esto es, un determinado tipo de política social, anclado en la narrativa cívica de la inclusión; una importante capacidad de control social informal, derivada de instituciones sociales entonces sólidas; un cierto contexto económico, caracterizado por el crecimiento sostenido, la mejora progresiva de las condiciones de vida de la población y la aceptación de un nivel elevado de gasto público; el apoyo de las élites políticas a la filosofía rehabilitadora; una cierta percepción de validez y efectividad, sustentada en tasas de criminalidad y conflictividad social menores que las actuales y una ausencia de oposición pública activa, por mucho que las formas *welfarista* de afrontar la delincuencia careciesen de un efectivo apoyo ciudadano”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. “Nuevo capitalismo, prisión y lógicas de castigo” en *Mientras tanto*, n° 102, 2007. pp. 83-84. JUANATEY DORADO se refiere a este período histórico como “etapa progresista y humanitaria en el ámbito penal”. JUANATEY DORADO, Carmen. “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”. *ADPCP*, Vol. LXV, 2012, p. 129.

como espacio de custodia y reclusión⁹, en la cual podría penetrar la industria privada, en la medida que la prisión perdería todo contacto con las funciones que públicamente le vienen siendo asignadas. Esto sería posible en la medida que se efectúa una *deconstrucción*¹⁰ del significado del principio de resocialización. Este proceso se traduce en una falsa representación de la pena privativa de libertad, justificando su existencia (la cual supone la máxima incidencia en la esfera personal de libertad de los ciudadanos por parte del Estado) a partir de un ideal rehabilitador que únicamente actúa como subterfugio para legitimar las funciones de control, custodia y neutralización del recluso que realmente se pretenden¹¹.

9 CASTILLO expone el tránsito de la pena de privación de libertad ante el fracaso de la resocialización, considerando que “deja de ser un instrumento para la desestructuración y estructuración de la sociedad o del individuo que delinque, para transformarse en un concepto vacío. Un concepto vacío desarrollado en gran parte por las teorías de la pena sobre la inhabilitación que plantean el espacio carcelario como un mero lugar de custodia”. CASTILLO, Jerónimo. “La privatización de las prisiones como debate”, en *Panóptico* n°4 2002, p.54.

10 Sobre el concepto de *deconstrucción*, es interesante la reflexión realizado por DERRIDA sobre su relación con el derecho y la justicia. Considera cómo una aplicación de ésta al ámbito jurídico puede llevar a una irreversible confusión entre las nociones de derecho y justicia. En este sentido, expone, literalmente, “El sufrimiento de la deconstrucción (...) es quizás la ausencia de regla y criterio seguro para distinguir de manera no equívoca entre el derecho y la justicia. Se trata entonces de esos conceptos (normativos o no) de norma, de regla o de criterio. Se trata de juzgar aquello que permite juzgar, aquello que autoriza el juicio”. DERRIDA, Jacques. “Deconstruction and the possibility of Justice: The Mystical foundations of authority”, *Cardozo Law Review*, New York 1990, p. 919. Extrapolando el concepto de deconstrucción elaborado por DERRIDA al significado otorgado por el ordenamiento jurídico al principio de resocialización, puede observarse efectivamente una distancia inequívoca entre la regulación y los medios planteados por el ordenamiento jurídico para alcanzarlo, y la realización material de la justicia mediante dicho principio a través de la ejecución de la pena privativa de libertad.

11 Sobre la utilización de la ejecución penitenciaria como institución donde efectivamente se muestra de forma nítida la voluntad del poder institucional como mecanismo de control social formal, considera FOUCAULT cómo “la prisión es el único lugar donde el poder puede manifestarse en su desnudez, en sus dimensiones más excesivas, y justificarse como poder moral”. FOU-

1. Reformas penales y expansión de la pena privativa de libertad

Sin entrar en este apartado en un exhaustivo análisis del contenido de las reformas penales presentadas en los últimos años por el legislador penal español, sí se realizarán ciertas matizaciones sobre aquellas medidas con especial relevancia a efectos de demostrar el abandono por parte de los poderes públicos de la resocialización como principio programático del sistema penitenciario, especialmente en lo relativo al endurecimiento de la pena privativa de libertad. El núcleo de estas reformas queda constituido por una justificación excesivamente efectista, en la cual se remite a conceptos como la alarma social para legitimar una serie de criterios que cumplen una función meramente política, cercana a configurar un sistema de penas y medidas de seguridad influido por un modelo de Derecho penal especialmente autoritario¹². En este sentido, pueden distinguirse una serie de medidas legislativas diametralmente opuestas a la consecución de los objetivos de la ejecución penitenciaria proclamados teóricamente por los poderes públicos¹³.

La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (su

CAULT, Michel. *Un dialogo sobre el poder y otras conversaciones*, Alianza Editorial, Madrid 2012, p. 35.

- 12 MUÑOZ CONDE expone el carácter autoritario *per se* del Derecho penal, en la medida que se configura como la rama más restrictiva de derechos del ordenamiento jurídico, así como del conjunto de instancias de control social formal. Ahora bien, el énfasis realizado en el carácter autoritario de las últimas reformas penales viene justificado según este autor por la asimilación de un Derecho penal “que se ha colado por la puerta falsa de un ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales, unas garantías que, al menos formalmente, sirven de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado”. MUÑOZ CONDE, Francisco. “El nuevo Derecho penal autoritario: Consideraciones sobre el llamado Derecho penal del enemigo” en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales* (coord. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo), Universidad internacional de Andalucía, AKAL, 2005, pp. 167-176.
- 13 GARCÍA ARÁN, Mercedes. “La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante...”, ob. cit., p. 5.

misma denominación esboza parte de su contenido, destinado a limitar el acceso al tercer grado y la libertad condicional) supone la primera gran reforma en el sistema de penas y medidas de seguridad del ordenamiento jurídico-penal español posterior al Código penal de 1995. Su elaboración ofrece un claro ejemplo de la excesiva tendencia del legislador a recurrir al Derecho penal, y concretamente a endurecer la regulación de la prisión, para tratar de remediar los conflictos políticos y sociales, dando respuesta al recurrente sentir de alarma social con el fin de justificar las reformas penales¹⁴. Esta huida a las normas penales se enmarca en la utilización del llamado *Derecho penal simbólico*¹⁵, destinado únicamente a ofrecer una apariencia de resolución del conflicto, meramente artificial, a través del efecto comunicativo que, sobre la representación social de la criminalidad, proporcionan las reformas penales realizadas por los poderes públicos para dar muestra de su capacidad de acción y reacción ante determinados conflictos. En este sentido, esta nueva perspectiva viene orientada por la respuesta a las demandas de seguridad¹⁶ ante la criminalidad

-
- 14 La misma exposición de motivos de la LO 7/2003 confirma el recurso a la noción de alarma social en la argumentación de las razones para acometer la reforma: “La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves”.
- 15 GONZÁLEZ CUSSAC destaca el “efecto escaparate” del *Derecho penal simbólico*, el cual se manifiesta plenamente en la “posterior aplicación nula, mínima y desigual de las normas”. Continúa remarcando la existencia a partir de esta elaboración político-criminal de “un doble lenguaje, donde los fines manifiestos y los fines latentes coexisten peligrosamente, pues los fines realmente perseguidos son diferentes a los fines aparentes. Tal vez porque los objetivos no son necesarios para ordenar la convivencia o porque su contenido no guarda relación con necesidades sociales auténticas. O simplemente porque las normas y los medios para su cumplimiento, son sencillamente insuficientes”. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en *Revista xurídica galega*, nº 38, pp. 19-21. Para un desarrollo del concepto de Derecho penal simbólico previo a la reforma de 2003, véase, DÍAZ PITA, María del Mar/FARALDO CABANA, Patricia. “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del código penal de 1995”, *Revista de derecho y proceso penal*, nº 7 2002, pp. 119-152.
- 16 Para un desarrollo sobre la utilización del concepto seguridad en el debate penal, véase, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El nuevo modelo penal de la

requeridas por la sociedad, siendo de nuevo un campo de disputa en el debate sobre el binomio libertad-seguridad.

El contenido material más importante introducido por la LO 7/2003 en relación con la pena de prisión y su relación con la resocialización del delincuente puede resumirse en los siguientes preceptos¹⁷:

- a) Mediante el artículo 36.2 Código Penal (CP) se limita el acceso al tercer grado a los condenados por delitos graves castigados con penas superiores a cinco años.
- b) De acuerdo con las reglas de concurso de delitos previstas en el artículo 76.1 c) y d) del CP, se eleva el cumplimiento máximo efectivo de la pena de prisión a los cuarenta años.
- c) Siguiendo la voluntad de la reforma destinada, a asegurar el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas de prisión, se extienden las limitaciones del art. 78 CP para el acceso al tercer grado. Además, queda modificado el régimen de la libertad condicional, en la medida que en virtud del artículo 90 CP se exige como requisito previo el pago de la responsabilidad civil y el abandono de la violencia y colaboración con las autoridades a los terroristas.

Esta primera reforma supone un claro giro punitivista por parte de los poderes públicos, alejándose de la resocialización prevista en el artículo 25.2 CE y adoptando la pena de prisión como sanción por antonomasia del catálogo de penas y medidas de seguridad, situación que contribuirá a la posterior inflación

seguridad ciudadana”, *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 06-03, 2004.

17 Cfr. FARALDO CABANA, Patricia. “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas” en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, ob. cit., pp. 299-340; CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho penitenciario*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. pp. 54-55.

carcelaria en las prisiones españolas, la cual se traducirá en un incremento desmesurado de los índices prisionales¹⁸.

Por lo que respecta a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código penal, se confirma el giro punitivo dado por la LO 7/2003. En materia de ejecución penitenciaria, se incluye una modificación en el período de seguridad impuesto por el artículo 36.2 CP, si bien únicamente para una serie de tipos delictivos. En este sentido, se configura a partir de una doble vertiente, donde para cualquier pena superior a cinco años, será opcional su imposición por parte del Juez o Tribunal. No obstante, para una serie de delitos donde se confirma la manifiesta renuncia a la resocialización¹⁹, tales como los delitos de terrorismo, los cometidos en el seno de una organización criminal, así como los delitos de abuso y agresión sexual, prostitución y corrupción de menores si la víctima es menor de trece años, se endurece su aplicación.

Así, lo que se presenta como una flexibilización del período de seguridad impuesto por la LO 7/2003, no deja de ser una nueva injerencia en las bases del principio de individualización científica, estableciendo una limitación inaceptable en la medida que éste quiera configurarse como un modelo igualitario en el cual

18 Para un estudio del aumento de los índices prisionales a partir de la reforma operada por la LO 7/2003: RIVERA BEIRAS, Iñaki. “Problemáticas detectadas en el sistema penitenciario español (y algunas propuestas)”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, 2012, nº 3. RIPOLLÉS DÍEZ, José Luis. “Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI”. *Revista española de investigación criminológica*, Número 4 (2006), pp. 1-19.

19 RODRÍGUEZ YAGÜE apunta el entendimiento dado a estas tipologías delictivas como “formas de delincuencia impermeables al tratamiento y a las posibilidades de resocialización, bien de la reafirmación prioritaria de otros fines para estos casos como son la retribución, la prevención general o la inocuidad en detrimento del de resocialización. La creación de subsistemas excepcionales de cumplimiento supone, sin duda, la renuncia para determinadas categorías delincuenciales del principio de individualización científica, y de sus criterios de flexibilidad y de individualización de la modalidad de vida a la evolución personal del penadoifista renuncia a la reinserción de resocialización en el seno de una organización que manifiesta renuncia a la reinserción”. RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. “*El sistema penitenciario...*”, ob. cit., pp. 106-107.

se den las condiciones adecuadas para satisfacer el principio de resocialización. La creación de dos grupos de categorías delictivas en el artículo 36.2 CP, y por ende de subsistemas penales entre los reclusos, dando lugar a diferencias en su consideración y tratamiento, favorece la exclusión de unos colectivos concretos, ante los cuales se renuncia expresamente a realizar el tratamiento encaminado a la resocialización.

2. La prisión permanente revisable: un nuevo paradigma en la ejecución de la pena privativa de libertad

Las reformas operadas en la ejecución de la pena privativa de libertad por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (LO 7/2003) y la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código penal (LO 5/2010) suponen, como se ha comentado anteriormente, el establecimiento de un sistema donde los objetivos marcados por la resocialización como fin último de la pena privativa de libertad parecen difícilmente abarcables. No obstante, aunque sea de forma indirecta y difícilmente realizable a nivel material, mantienen el contenido del artículo 25.2 CE como criterio orientador de dicho sistema. Sin embargo, las nuevas medidas contenidas en el Proyecto de Ley Orgánica, de 4 de octubre de 2013, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (a partir de ahora PRCP), suponen el establecimiento de un nuevo escenario en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de libertad. Entre estas nuevas medidas, será de especial relevancia para el estudio realizado en estas páginas la consideración de la “pena de prisión permanente revisable”, como muestra manifiesta del abandono llevado a cabo por los poderes públicos respecto de los fines de la privación de libertad establecidos en el artículo 25.2 CE.

La prisión permanente revisable, desafortunado eufemismo para el término cadena perpetua²⁰, representa la reintroducción

20 Cfr. CUERDA RIEZU, Antonio. “Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión”. *Otrosí*, N° 12, octubre

formal de la pena privativa de libertad a perpetuidad, fuera del ordenamiento jurídico-penal español desde 1928²¹. El recurso a esta figura es una muestra visible de la falta de una política criminal racional y coherente por parte de los poderes públicos, más centrada en asegurar la imposición del castigo inmediato que en la búsqueda de un modelo donde a largo plazo pueda efectivamente distinguirse un sistema garantista centrado en la búsqueda de la resocialización del penado. Una muestra de esta tendencia se ha expuesto al comentar las sucesivas reformas en la ejecución de la pena privativa de libertad por la LO 7/2003 y la LO 5/2010. No obstante, el PRCP da un paso más en esta dirección, pues tras un espacio de tiempo relativamente breve desde las reformas expuestas, propone mediante la imposición de la prisión permanente revisable un cambio radical en la fundamentación y la orientación práctica de la privación de libertad, sin tiempo de haber podido validar la eficacia de las reformas anteriores. Ciertamente, no existen evidencias sobre la necesidad de agravar el sistema de ejecución de penas vigente, puesto que no ha transcurrido un plazo de tiempo razonable para valorar la efectividad de las medidas y sus efectos en la reincidencia de los penados²². Esta reflexión no puede llevar a legitimar un sistema

– diciembre 2012, p. 29. Expone claramente las cautelas de los autores del Anteproyecto de reforma del Código penal (ya convertido en Proyecto) respecto del uso de la denominación cadena perpetua, mediante la utilización de términos análogos plenamente equiparables en su significado, pero sin el marcado desvalor y las connotaciones históricas de la cadena perpetua.

- 21 Para un análisis histórico conciso de la evolución de la prisión perpetua en el ordenamiento jurídico español, véase, GÓNZALEZ COLLANTES, Tàlia. “¿Sería inconstitucional la pena de prisión permanente revisable? *ReCrim (Revista de l’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV)*, N° 9 Primer Semestre 2013, pp. 6-23.
- 22 JUANATEY crítica la precipitación de la reforma del sistema de penas operada por el PRCP, considerando la cercanía de las últimas reformas en materia de ejecución de la pena privativa de libertad. Además, respecto de la idoneidad de la prisión permanente revisable para combatir la posible reincidencia del penado considera que “no tenemos constancia de tal circunstancia, puesto que ni siquiera ha habido tiempo a que algún condenado cumpla los nuevos límites legales, los cuales pueden llegar hasta 40 años”. JUANATEY DORADO,

de penas de prisión con unos límites máximos de entre 20 y 40 años, dependiendo de las circunstancias del supuesto de hecho recogidas en el vigente artículo 76.1 CP²³. En este sentido, no debe interpretarse la crítica a la prisión permanente revisable desde la defensa del modelo actual, pues se entiende éste como materialmente opuesto a la resocialización del penado, dado que *de facto* las penas largas de prisión no dejan de constituir una cadena perpetua encubierta²⁴ (o prisión permanente revisable, en las moderadas palabras del PRCP), como se ha puesto de manifiesto en algunos casos de acumulación de condenas que no pueden ser enjuiciadas de forma unitaria²⁵.

Carmen. “Una moderna barbarie: La prisión permanente revisable”. *Revista General de Derecho penal*, nº 20, 2013, p. 6.

- 23 Art. 76.1 CP: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:
- a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.
 - b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
 - c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.
 - d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años”.
- 24 Véase, por todos, CUERDA RIEZU, Antonio. *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011; RIOS MARTÍN, Julián. *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Gakoia Liburuak, San Sebastián, 2013.
- 25 Un caso de estas características es el expuesto por CUERDA RIEZU sobre el recluso Miguel Montes Neira, el preso que más años ha permanecido encerrado en un centro penitenciario español sin cometer delitos de sangre. Cfr. CUERDA RIEZU, Antonio. “Inconstitucionalidad...”, ob. cit., p. 30. El

Por tanto, más que una respuesta proporcionada y necesaria del sistema penal²⁶ para la adecuación de la ejecución de la pena privativa de libertad a los objetivos que le son asignados, la prisión permanente revisable se presenta como una medida revestida de un rigor punitivo excesivo, si además tenemos en cuenta la configuración del actual sistema de ejecución de la pena privativa de libertad a partir de una lógica marcadamente rigorista en la imposición de penas largas de prisión²⁷. Esta “lógica de corte

caso de Montes Neira, o de otros reclusos con largos períodos en prisión por acumulación de condenas como el preso Amadeu Casellas, militante anarquista reconocido por sus múltiples atracos a bancos para la financiación de movimientos obreros y sociales durante la segunda mitad de la década de los setenta, así como por las repetidas huelgas de hambre realizadas para protestar por las condiciones de reclusión, se enmarcan en un contexto de protestas y reivindicaciones carcelarias para la mejora de las condiciones de cumplimiento de la privación de libertad. Organizados a partir de la Coordinadora de Presos Españoles en Lucha (COPEL), los actos de protesta e insumisión en las prisiones españolas, además del *fuguisimo* de los reclusos, originaron un clima de constante agitación en los centros penitenciarios españoles. Esta agitación vino acompañada de la imposición de condenas a los presos por dichos actos en prisión, suponiendo un progresivo aumento de su tiempo de reclusión, llegando a convertirse, como en los casos citados, en penas muy largas de prisión sin haber cometido delitos de gravedad. Esta situación, dramática *per se*, se vio agravada por el auge de la heroína y las posteriores infecciones de VIH entre los reclusos. Para un análisis en primera persona de este período, véase, TARRIO GONZÁLEZ, Xosé. *Huye hombre, huye. Diario de un preso FIES (prólogo de Iñaki Rivera Beiras)*. Editorial Virus, Barcelona, 1999. Una exposición del desarrollo de la COPEL, así como de movimientos de apoyo a presos sociales de similares características, durante la transición política española, partiendo de un estudio paralelo con grupos de similares características en Francia, tomando a Foucault como hilo conductor, puede consultarse en GALVÁN, Valentín. “Michael Foucault y las cárceles durante la transición política española”. *Revista internacional de filosofía*, nº 48, 2009, pp. 21-37.

- 26 Para un acertado análisis de la (des) proporción e innecesaridad de la pena de prisión permanente revisable, véase JUANATEY DORADO, Carmen. “Una moderna barbarie...”, ob. cit., pp. 4-13.
- 27 CANCIO MELIÁ destaca la configuración actual del régimen penal español como el “más severo de Europa Occidental”. Es especialmente expresiva su reacción cuando expone cómo, si cristalizan las disposiciones del PRCP, “el rigor del sistema español –compitiendo sólo consigo mismo, *sit venia verbi-* daría un salto muy significativo en cuanto a la extensión máxima de

punitivista”²⁸ no supone *de facto* una reducción en el número de hechos delictivos, en la medida que no puede afirmarse que a partir del incremento de las penas de prisión pueda llevarse a cabo una minoración efectiva de la delincuencia, puesto que prácticamente no existe una diferencia cualitativa entre el efecto intimidatorio de una pena de prisión permanente y una pena larga de prisión de 40 años²⁹. Esta consideración viene a remarcar que una tendencia rigorista en la ejecución de la pena privativa de libertad, como es la contenida en el PRCP, no necesariamente debe venir acompañada de una disminución en el número de hechos delictivos cometidos, a partir del efecto intimidatorio que se le concede a este tipo de medidas marcadamente punitivistas. Es significativo para ilustrar este argumento el ejemplo expuesto por CUERDA RIEZU sobre la inexistencia de un aumento del número de homicidios tras la derogación por la Constitución Española de 1978 de la pena de muerte. La desaparición de la pena capital en nuestro ordenamiento jurídico no supuso un aumento del número de homicidios cometidos, en el supuesto hipotético que, ausente el efecto intimidatorio de la pena de muerte, pudieran aumentar estos hechos delictivos³⁰. Extrapolando este ejemplo a la introducción de la prisión permanente revisable por el PRCP, no puede afirmarse gratuitamente (como de hecho sucede en la redacción del Proyecto³¹), la eficacia preventiva de

la privación de libertad y control del penado”. CANCIO MELIÀ, Manuel. “La pena de cadena perpetua (“prisión permanente revisable”) en el Proyecto de reforma del Código penal”, *La ley penal*, nº 8175, Sección Tribuna, 22 de octubre de 2013.

- 28 Cfr. GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia. ¿Sería inconstitucional...”, ob. cit., p.6.
- 29 LASCURAÍN SÁNCHEZ considera que “lo que impresiona al delincuente potencial es la amenaza de una pena muy larga de prisión, y la máxima en nuestro ordenamiento actual es de 40 años, sin que frente a ello añada un efecto intimidatorio relevante el hacerla aún más extensa”. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Ni aunque revisable”, *El País*, 3 de octubre de 2013.
- 30 Cfr. CUERDA RIEZU, Antonio. “Inconstitucionalidad...”, ob. cit., p. 31.
- 31 Cfr. Exposición de Motivos, II.
- 32 Cfr. GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia. ¿Sería inconstitucional...”, ob. cit., p.13.

una pena de prisión por su mayor o menor gravedad, sino que otras variables deben ser consideradas a efectos de considerar su idoneidad. Razonamientos de estas características, tendentes a la realización de juicios excesivamente simplistas sobre la función de la pena privativa de libertad, podrían llevar también a afirmar la posibilidad de observar un incremento de los delitos ante una situación donde el rigor punitivo fuera más suave³², situación que tampoco puede ser taxativamente aceptada sin considerar todas las variantes político-criminales que deberían ser tomadas en cuenta ante este tipo de decisiones.

Así, la eficacia preventiva de esta medida, más que real, se enmarca en una lógica de castigo marcadamente simbólica, evidenciada por la deriva populista del Partido Popular y potenciada por la propia naturaleza autoritaria del actual partido gobernante, pero también por la presión mediática³³ y la alarma social proyectada por los medios de comunicación ante supuestos delictivos puntuales, los cuales crean la demanda por la ciudadanía de una mayor rigurosidad en la imposición de la pena privativa de libertad³⁴. Ante esta demanda, los poderes públicos responden con medidas como la prisión permanente revisable, con el objetivo de obtener una rentabilidad política del falso clima de inseguridad creado por los *mass media*³⁵. En este sentido, puede destacarse

33 GARCÍA ARÁN destaca la excesiva correlación en el proceso de reforma penal entre la agenda de los medios de comunicación y la agenda política. GARCÍA ARÁN, Mercedes. “El discurs mediàtic sobre la delinqüència u la seva incidència en les reformes penals”, *Revista catalana de seguretat pública*, 2008, pp. 41-42.

34 Un análisis sobre los sesgos en las fuentes de datos que llevan a considerar a la sociedad española como crecientemente punitiva es realizado por VARONA GÓMEZ, Daniel. “¿Somos los españoles punitivos? Actitudes punitivas y reforma penal en España. *InDret*, Barcelona 2009. Es interesante en este sentido el estudio realizado, en la medida que supone una crítica a la remisión realizada por los poderes públicos a la demanda social de castigo para el endurecimiento del sistema penal, cuando este argumento puede ser utilizado como subterfugio para la realización de los propios intereses de las instancias de control social formal.

35 Cfr. CANCIO MELIA, Manuel. “La pena de cadena perpetua...”, ob. cit., p.7. Sobre los mecanismos técnicos utilizados por los medios de comuni-

la existencia de unos medios de comunicación que no ejercen ningún tipo de función como *contrapoder* respecto de las derivas autoritarias de los poderes públicos. De hecho, su actividad es más próxima a un mero servilismo para actuar como altavoz sobre la necesidad de las reformas penales, sin advertir del retroceso en derechos y libertades que éstas suponen³⁶.

El carácter simbólico de la prisión permanente revisable puede deducirse si se observan los supuestos donde sería de aplicabilidad, entre los cuales se incluyen los homicidios terroristas, los cometidos contra el Rey, Príncipe heredero (la redacción del proyecto deberá adecuarse en su versión definitiva a la nueva línea de sucesión dinástica), Jefes de Estado extranjeros, genocidio, crímenes de lesa humanidad con homicidio o agresión sexual y algunos asesinatos, como los múltiples, de menores de 16 años, discapacitados o con un componente sexual o cometidos por organizaciones criminales³⁷.

cación para crear este clima de atención y preocupación desmesurada en la criminalidad, véase, VARONA GÓMEZ, Daniel. “Medios de comunicación y punitivismo”, *InDret*, Barcelona 2011.

- 36 Sobre la actividad de los medios de comunicación como meros voceros de los poderes públicos, MIRA BENAVENT considera las “consecuencias que para las libertades supone su sometimiento a los imperativos de mercado en un mundo de economía globalizada en el que las citadas libertades se canalizan a través fundamentalmente de la empresa periodística obligada a sobrevivir obteniendo beneficios económicos; todo ello para intentar demostrar que allí donde el sistema penal de control de la libertad de manifestación del pensamiento se mostró poco eficaz, se impusieron las fuerzas de mercado como un sistema de control mucho más eficaz”. MIRA BENAVENT, Javier. “Un modelo de control penal: El No-Derecho”, en *Mutaciones de Leviatán*, ob. cit., pp. 177-179.
- 37 CARBONELL MATEU destaca el carácter “simbólico, sino puramente anecdótico”, de los supuestos de hecho ante los cuales sería aplicable la prisión permanente revisable, tales como el homicidio contra el Rey o Jefes de Estado extranjeros. Por lo que respecta a los supuestos de homicidio terrorista, pone de manifiesto la inadecuación de esta mención, en la medida que “justamente cuando el terrorismo ha dejado de ser el primer motivo de preocupación de los ciudadanos, cuando el problema prácticamente ha desaparecido, cuando la banda se encuentra técnicamente *en tregua permanente irreversible* y en la práctica extinguida, cuando lo que parece necesario es abordar una política

Desde la perspectiva del análisis realizado en este apartado sobre la resocialización y la privación de libertad, la pena de prisión permanente revisable confirma el abandono manifiesto de los poderes públicos por orientar el sistema penitenciario de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25.2 CE. Pese a salvar formalmente la inconstitucionalidad³⁸ de la medida al incluir la revisión periódica de la pena, remitiendo sorprendentemente a los fines de resocialización para no establecerla como “una suerte de *pena definitiva* en la que el Estado se desentiende del penado”³⁹, no cabe duda de su configuración como una pena materialmente inconstitucional, pues su existencia vulnera claramente el principio de legalidad ante el desconocimiento por parte del sujeto de las consecuencias penales que pueden derivarse de su actuar. La vaguedad de los términos en que se plantea la revisabilidad de la pena no puede entenderse conforme al principio de taxatividad, en la medida que la inexistencia de un marco de mínimos y máximos en su ejecución plantea una situación de inseguridad jurídica claramente contraria a lo dispuesto en el artículo 25.1 CE⁴⁰. Asimismo, la dureza del régimen de cumplimiento de esta

criminal que permita asegurar dicha extinción y adecuar las penas que se elevaron con motivo del incremento del terrorismo a una situación diferente, cuando probablemente se impongan revisar criterios de ejecución penitenciaria y buscar la integración de los penados en la sociedad, es cuando al Gobierno de España se le antoja oportuno elevar aún más las penas, introducir la cadena perpetua y someter su ejecución a una rigidez que significa dar por supuesta la permanencia de una peligrosidad que parece, por el contrario, desaparecer”. CARBONELL MATEU, Joan Carles. “El Proyecto de Código Penal: un retroceso histórico”, en *Al revés y al derecho, infoLibre*, 18 de diciembre de 2013. <http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=2246>.

38 LASCURAÍN SÁNCHEZ destaca el reduccionismo de considerar que la mera constitucionalidad formal pueda identificarse con la justicia o no de la pena. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Ni aunque revisable”, *El País*, 3 de octubre de 2013. Efectivamente, incluso si la revisabilidad lleva a salvar el requisito de inconstitucionalidad, cabría preguntarse si la medida también puede considerarse como justa, lo cual a su vez plantea serias dudas.

39 Exposición de motivos, Ap. II.

40 Cfr. CUERDA RIEZU, Antonio. *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*. Atelier, Barcelona 2011, pp. 83-87.

pena dificulta que, incluso si el proceso de revisión o suspensión de la pena se efectúa de forma correcta (cuestión que plantea dudas ante el alto grado de arbitrariedad resultante del articulado de la reforma⁴¹) los objetivos de resocialización puedan atisbarse en el cumplimiento de la pena. De nuevo destaca la creación de un subsistema penal, en esta ocasión de mayor gravedad que lo dispuesto por el artículo 36.2 CP, donde una serie de reclusos experimentan un endurecimiento de las condiciones de cumplimiento de la condena⁴², y en el cual la resocialización

41 La orientación del sistema de ejecución penitenciaria propuesto en el PRCP encuentra parte de su fundamentación, pese a la primacía de la prevención especial negativa representada por la neutralización del penado, en tesis funcionalistas con un marcado énfasis en la función de prevención general positiva de las normas penales. Puede citarse en este sentido el artículo 80.4 del PRCP, donde se confirma literalmente esta orientación en el régimen de suspensión de penas: “No se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquella resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida en el delito”. Ante la indeterminación de disposiciones de este tipo, fruto de utilización de conceptos con un amplio margen de arbitrariedad como “confianza general”, es fácil deducir que la suspensión de la prisión permanente revisable, cuya imposición será sin duda reservada a supuestos de hecho con amplio alcance mediático, generará nuevos supuestos donde prime la alarma social a la racionalidad de las decisiones judiciales. La utilización de la pena de prisión y su regulación siguiendo criterios de este tipo únicamente favorece la creación de un clima insostenible de inseguridad jurídica para los reclusos. El concepto de “confianza general” empleado en la redacción del PRCP recuerda a la visión de JAKOBS de la pena como “confirmación de la configuración de la sociedad”, estableciendo como factor decisivo para el reconocimiento de dicha confianza en la norma la realidad social a partir de la cual sea exigible la confianza en la norma. JAKOBS. Günther. *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra 2000, pp. 74-76. El problema, tanto en la redacción del PRCP como en la formulación de JAKOBS, se presenta ante la difícil medida en que se convierte la confianza general en la norma, especialmente en supuestos donde se atiende más a la magnitud mediática de los hechos que a salvaguardar las garantías jurídicas del recluso. Críticamente con la perspectiva funcionalista de JAKOBS, véase, PORTILLA CONTRE-RAS, Guillermo. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal” en *Mutaciones de Leviatán*, ob. cit., pp. 59-81.

42 Es esclarecedora la afirmación de CANCIO MELIA al considerar la regulación *ad hoc* prevista para los penados con la prisión permanente revisable

alcanza la máxima cota de abandono en el modelo de ejecución de la pena privativa de libertad. Esta situación también plantearía dudas sobre la constitucionalidad de la medida si la analizamos en relación con el principio de igualdad y no discriminación recogido en el artículo 14 CE.

Además de la viabilidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva de los principios constitucionales y el respecto a los derechos humanos de los presos, cabría preguntarse sobre la operatividad económica de esta medida. Efectivamente, si se termina institucionalizando formalmente la pena perpetua de prisión, supondría de manera inexorable un paso más en el camino emprendido por el legislador español hacia la hipertrofia del sistema penitenciario. La medida debería venir acompañada de un aumento del gasto público en el mantenimiento de las Instituciones Penitenciarias, tanto para mantener la salubridad de éstas y evitar la reclusión de los presos en condiciones de hacinamiento, como para garantizar un tratamiento penitenciario que podría prolongarse durante el total de la vida del recluso⁴³. Es en este punto donde puede cobrar fuerza la idea de acometer una reformulación en la ejecución de la pena privativa de libertad, tendente a favorecer una privatización del modelo actual. De esta forma, la deriva autoritaria experimentada por los poderes públicos, así como la masificación de las Instituciones penitenciarias y la inexistencia de fondos públicos para paliar este déficit, pueden suponer el planteamiento de la privatización como solución al problema que los mismos mecanismos de control social formal han originado⁴⁴.

como “una especie de compendio de Derecho penitenciario específico para condenados a la pena de prisión permanente revisable”. CANCIO MELIA, Manuel. “La pena de cadena perpetua...”, ob. cit., p.2.

43 Cfr. CUERDA RIEZU, Antonio. “Inconstitucionalidad...”, ob. cit., p. 30.

44 Resulta llamativo en este sentido el análisis realizado por JUANATEY DORADO sobre la privatización de las prisiones en Estados Unidos, y cómo algunos de los rasgos que llevaron a la aceptación y expansión de este fenómeno en Norteamérica pueden ser reconocibles en la situación penitenciaria actual del ordenamiento jurídico-penal español. JUANATEY DORADO,

3. El paso de la resocialización a la neutralización

A partir del estudio de las principales modificaciones legislativas en el ámbito de la ejecución penitenciaria, puede observarse un progresivo alejamiento de la consecución del ideal resocializador como principio programático del sistema penitenciario español. Como contrapartida, aparece una nueva realidad penitenciaria donde se diferencia una serie de subsistemas, en los cuales la nota predominante es la constante excepcionalidad y estado de emergencia⁴⁵. La creación de estos subsistemas responde a lógicas de castigo más cercanas a funciones de neutralización de los reclusos que al cumplimiento de los objetivos planteados en el artículo 25.2 CE y 1 LOGP. Este cambio de paradigma ofrece una modificación en las vías seguidas por el sistema de ejecución penitenciaria para el cumplimiento de sus funciones. Si para alcanzar los objetivos de la resocialización se partía de una consideración

Carmen. “Algunas consideraciones sobre el negocio de las prisiones privadas en Estos Unidos”. *Revista general derecho penal*, Iustel, nº 21 (2014).

- 45 Sobre el concepto de *emergencia*, RIVERA BEIRAS destaca su doble presentación y justificación: “de un lado, se afirmaba que nacía para combatir un fenómeno especial (el terrorismo); de otro lado, se señalaba que estaría vigente sólo el tiempo estrictamente necesario para aquel combate (...) prácticamente desaparecido ya el fenómeno para cuyo combate se edificó la legislación *de emergencia*, ésta no ha sido desmantelada y ha terminado por invadir muchas otras esferas de la legislación penal ordinaria”. RIVERA BEIRAS, Iñaki. “Los posibles escenarios de la penalidad (o, cuando la cárcel entra en la “lógica del mercado””, *Panóptico*, nº5 2003. p. 153. La afirmación de RIVERA BEIRAS puede adaptarse a las reformas penales realizadas en el ordenamiento jurídico español en la última década, en las cuales la principal razón esgrimida por los poderes públicos para el endurecimiento de la pena de privación de libertad remitía a los actos de violencia de ETA, siendo precisamente estos últimos años cuando este grupo ha minimizado drásticamente sus acciones, hasta el punto de anunciar una “tregua permanente irreversible”. Precisamente en este contexto de tregua ha sido cuando se ha presentado la reforma más dura de la ejecución penitenciaria, mediante el Proyecto de Reforma del Código penal, de 4 de octubre de 2013, donde se recoge la prisión permanente revisable para los homicidios terroristas, en un contexto donde parece atisbarse el fin definitivo de la banda. Así, puede observarse una expansión de este estado de emergencia, el cual puede utilizarse como subterfugio para el endurecimiento de la ejecución penitenciaria.

de la pena privativa de libertad enfocada principalmente a partir de un modelo asistencial, donde el tratamiento e intervención en la realidad del recluso formaban la columna vertebral, el nuevo escenario marcado por la creación de subsistemas penales de excepcionalidad delimita una nueva funcionalidad, donde los objetivos anteriormente marcados son sustituidos por una ejecución de la pena privativa de libertad guiada por la neutralización del recluso. Así, el nuevo paradigma pasa a asumir unos rasgos más cercanos a la mera función de control, vigilancia y custodia⁴⁶. En esta orientación, se observa una clara voluntad de reestructurar los fines de la pena privativa de libertad, afirmándose en un modelo de creación legislativa donde únicamente se busca la punición de las conductas y el posterior aislamiento social de los reclusos, renunciando a la resocialización⁴⁷, donde de nuevo la alarma social⁴⁸ juega un papel de preponderancia, siendo generadora del endurecimiento en la ejecución de la pena privativa de libertad, y además utilizándola como herramienta para la creación de una falsa representación de consenso político y social, la cual funciona como efecto reactivo para la función legislativa en el ámbito penal, incluso en aquellos supuestos donde ésta es mani-

46 BRANDARIZ reconoce en este sentido una “mutación” del sistema penitenciario, donde “se tiende a sustituir la conceptualización de los sectores sociales potencial o actualmente excluidos como destinatarios de asistencia por una conceptualización como destinatarios de control”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. “Itinerarios de evolución del sistema penal...” ob. cit., p.23.

47 El cambio de paradigma de la ejecución de la pena privativa de libertad es descrito por BERGALLI, considerando que “el Estado neoliberal no debe reeducar, resocializar, corregir o prevenir como lo tenía el Estado social. Antes bien, ha de configurar su sistema penal basándolo sobre una nueva verdad, sobre unos nuevos fines. Estos son los estrictamente orientados a la punición. BERGALLI, Roberto. “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”, en *Sistema penal y Problemas Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. p. 124.

48 Respecto de la alarma social como fuente de creación de nuevas normas penales más restrictivas con los derechos fundamentales, BERGALLI le otorga a esta noción una función de consenso a en el campo político y social, en la medida que su recurso facilita la legitimación institucional de “cualquier eventual disenso político”. *Ibid.*, p.124.

fiestamente utilizada por los poderes públicos para la creación de un aparente clima de seguridad y reafirmación del orden social impuesto⁴⁹. Esta estrategia político-criminal permite potenciar la vertiente meramente de custodia adscrita a la pena de prisión, la cual también es contemplada por el artículo 1 LOGP, junto con la función resocializadora, al establecer como objetivo de la prisión “*la retención y custodia de detenidos, presos y penados*”⁵⁰.

La modificación operada en los fundamentos de la pena de privación de libertad, pasando como se ha expuesto de la búsqueda de la resocialización a la mera neutralización del recluso, favorece la posibilidad de reconocer una vía a partir de la cual podría iniciarse un proceso de privatización en la ejecución penitenciaria de la pena privativa de libertad. En este sentido, se ha descrito como elemento inherente a la neutralización de los reclusos, la limitación a las funciones de custodia y control cumplidas por la pena de prisión, siendo precisamente en dichas funciones donde puede observarse cierta intencionalidad de los poderes públicos en externalizar su realización.

El Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (RP) establece en su artículo

49 CARBONELL MATEU califica esta utilización de la ley penal como “abuso del Derecho penal y *banalización* de la legalidad”. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Cuenca 2001, p.129.

50 BRANDARIZ considera que este precepto demuestra cómo no ha sido necesaria la construcción de una nueva racionalidad para legitimar el abandono del ideal resocializador en la ejecución de la pena privativa de libertad, en la medida que la inclusión de la función de custodia en el artículo 1 LOGP confirmaba esta funcionalidad como complementaria a la resocialización. Destaca además la aceptación de dicha finalidad incapacitadora, en la medida que “puede tener garantizado su éxito por su fácil acomodo a un cierto *sentido común*, compartido por la mayor parte de los responsables públicos en la materia y del conjunto de la sociedad”. Este argumento reafirma de nuevo el recurso de la alarma social para modificar la orientación resocializadora en la ejecución de la pena privativa de libertad. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. “Nuevo capitalismo...” ob. cit., p. 85.

63 la competencia de la seguridad exterior de los establecimientos penitenciarios, la cual recae sobre las “Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o, en su caso, a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas”. Por lo que respecta a la seguridad interior, siguiendo el artículo 64 queda asignada a “los funcionarios de los Cuerpos de Instituciones Penitenciarias, con arreglo a los cometidos propios de cada uno y a la distribución de los servicios acordada por el Director del Establecimiento”. El contenido de este precepto se ha visto alterado con la aprobación de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada. En este sentido, debe destacarse el artículo 41.3 de dicha ley, el cual recoge los servicios de vigilancia y protección que pueden ser desarrollados por los cuerpos de seguridad privada:

3. Cuando así se decida por el órgano competente, y cumpliendo estrictamente las órdenes e instrucciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrán prestarse los siguientes servicios de vigilancia y protección:

- a) La vigilancia perimetral de centros penitenciarios.
- b) La vigilancia perimetral de centros de internamiento de extranjeros.
- c) La vigilancia de otros edificios o instalaciones de organismos públicos.
- d) La participación en la prestación de servicios encomendados a la seguridad pública, complementando la acción policial. La prestación de estos servicios también podrá realizarse por guardas rurales.

Asimismo, por lo que respecta a la ampliación de las funciones de seguridad privada en los centros penitenciarios, también puede citarse el contenido del artículo 40.1.d) de la Ley de Seguridad Privada, relativo a la prestación de servicios de seguridad privada con armas de fuego:

1. Los siguientes servicios de seguridad privada se prestarán con armas de fuego en los términos que reglamentariamente se determinen:

- d) Cuando por sus características y circunstancias lo requieran, los de vigilancia y protección perimetral en centros penitenciarios, centros de internamiento de extranjeros, establecimientos

militares u otros edificios o instalaciones de organismos públicos, incluidas las infraestructuras críticas.

Como puede observarse, la posibilidad de delegar la función de vigilancia del perímetro exterior en empresas de seguridad privada sería difícilmente compatible con el contenido del artículo 68 del RP. Para salvar esta manifiesta incompatibilidad, el Ministro de Interior, Fernández Díaz, ha expresado repetidamente en sede parlamentaria⁵¹ que dicha función debe ser en todo caso de cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes. No obstante, la misma referencia realizada por el Ministro a dicha función de complementariedad demuestra en sí la admisibilidad de una cooperación en este ámbito, pues únicamente podrían aceptarse unas actividades auxiliares, dado que la complementariedad supone situar en el mismo plano ambos colectivos. En este sentido, cabe destacar el citado artículo 40 de la Ley de Seguridad Privada, el cual permite a los servicios de seguridad privada encargados de la vigilancia perimetral de los centros penitenciarios la prestación de dichos servicios con armas de fuego, supuesto donde se demuestra la situación de igualdad en que se encontrarían con las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado.

Finalmente, las referencias incluidas en los artículos 41.3 c) y d) de la Ley establecen una vía para permitir que los servicios de protección y vigilancia desarrollados por las empresas privadas puedan extenderse más allá del perímetro exterior de los centros penitenciarios, en la medida que expansivamente podría entenderse incluida también la seguridad interior.

El contenido de la Ley de Seguridad Privada expuesto muestra cómo es posible observar una externalización de una materia sectorial tan importante para la ejecución de la pena privativa de libertad como es la gestión de la seguridad. En

51 Un informe detallado del sindicato de funcionarios públicos de prisiones ACAIP recoge las sesiones parlamentarias de enmiendas y debates sobre el Proyecto de Ley de Seguridad Privada: <https://www.acaip.es/es/areas/legislacion/penitenciaria/4997-ley-52014-de-4-de-abril-de-seguridad-privada>

este sentido, confirma la apuesta por la limitación del espacio carcelario a una funcionalidad de control y custodia. La privatización de estos servicios, sin llegar a unos extremos de gestión y administración privada plena de las Instituciones Penitenciarias, muestra en qué medida el endurecimiento de la pena privativa de libertad, mediante las sucesivas reformas penales expuestas, supone una banalización de las condiciones de cumplimiento de éstas, llegando por tanto a la apertura de una vía para observar estrategias de privatización por los poderes públicos⁵². A partir de estos esquemas, pasa a considerarse la función de la pena de privación de libertad, más que a partir del ideal resocializador, desde la relación entre los conceptos de coste y beneficio. Esta relación entre coste y beneficio lleva a identificar cualquier esfuerzo realizado en la realidad del recluso como un gasto injustificado, en la medida que ya no se considera la resocialización como un deber de responsabilidad del conjunto de la sociedad para con el recluso, sino que se considera un privilegio injustificado⁵³.

4. Mercantilización de la pena privativa de libertad

La crisis del ideal resocializador ha supuesto, como se ha apuntado en los puntos anteriores, un progresivo endurecimiento de la ejecución de la pena privativa de libertad. Éste se ha manifestado en la creación de subsistemas penales de excepcionalidad y emergencia, factor determinante del repunte de las funciones de control y custodia asignadas a la pena privativa de libertad, abandonando por tanto en el ámbito de estos subsistemas las estrategias de tratamiento e intervención sobre la realidad del recluso, marco de referencia en el cual se desarrolla la función resocializadora proclamada en los artículos 25.2 CE y 1 LOGP

52 SANZ DELGADO destaca como plan de las posiciones privatizadoras la delegación de determinadas parcelas de la ejecución penitenciaria en gestores privados, para posteriormente extender paulatinamente estas funciones. SANZ DELGADO, Enrique. “La privatización en el sistema penitenciario: viejos remedios e insatisfactorias soluciones”, *La ley penal*, nº 56, Enero 2009, p. 3.

53 Cfr. JUANATEY DORADO, Carmen. “Política criminal...”, ob. cit., p. 135.

como fin último de la ejecución de la pena privativa de libertad. Este cambio de paradigma responde a un modelo de acción política de base neoliberal, en el cual se opta por una aplicación de la pena de prisión especialmente centrada en su vertiente neutralizadora, partiendo de un análisis sistémico del delito como desviación en el ámbito social, escogiendo como reacción para adecuar dicha conducta la neutralización del recluso⁵⁴. En este sentido, rechazando el fin público al cual quedaba destinada la pena privativa de libertad, esto es, la resocialización del penado, se limitan los esfuerzos económicos concretados en el tratamiento e intervención del recluso, pasando a realizar un análisis de la pena de prisión únicamente influenciado por la relación entre costes y beneficio que representa la ejecución de la pena privativa de libertad⁵⁵. Así, el nuevo paradigma de la pena de prisión se enmarcaría en las lógicas de mercado propias del sistema capitalista, pasando a organizar la pena privativa de libertad de acuerdo con los criterios de la industria. La nueva realidad emergente, pese a conculcar en una vertiente formal los principios programáticos de la ejecución penitenciaria recogidos en los artículos 25.2 CE y 1 LOGP, es coherente con la situación descrita en los puntos anteriores sobre el sistema penitenciario, en la medida que, abandonada la resocialización como política de orientación pública

54 Ante la crisis del ideal rehabilitar, BRANDARIZ señala el surgimiento de “orientaciones político-criminales que hibridan consideraciones de carácter neoliberal con tendencias conservadoras en el tratamiento del delito”. El autor señala como contenido de estas orientaciones “la funcionalidad neutralizadora de la prisión desde puntos de vista de incremento de la severidad del castigo como desincentivo del delito, de minimización de los costes del sistema penal o de administración y gestión de riesgos criminales que no pueden ser efectivamente reducidos, sino meramente distribuidos”. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. “Nuevo capitalismo...” ob. cit., p. 87.

55 El análisis de la funcionalidad de la pena pasa, según CASTILLO, a un nuevo contexto, donde “la teoría de la pena deja de ser una discusión sobre la relación de los fines y los medios, convirtiéndose en una mera discusión sobre los medios, en cuanto a su aspecto económico se refiere. Es decir, la teoría de la pena se termina construyendo desde la relación costo-beneficio en cuanto a la prestación de un servicio”. CASTILLO, Jerónimo. “La privatización...”, ob. cit., p. 54.

del espacio carcelario, la posibilidad de realizar una privatización o externalización de la pena de prisión sería una consecuencia ligada a la función de neutralización como criterio orientador en la ejecución de la pena privativa de libertad.

Además de la motivación política intrínseca al denominado abandono de la función resocializadora de la pena privativa de libertad y la posterior apuesta por la neutralización, puede también destacarse un segundo factor de importancia determinante en el tránsito hacia una privatización de la ejecución penitenciaria. En un contexto político-económico donde impera una creciente reducción del gasto público, razones de tipo economicista son utilizadas como subterfugio para justificar la privatización de servicios públicos⁵⁶ en diversos ámbitos. El recurso al Análisis Económico del Derecho⁵⁷ (AED) posibilita la despolitización a

56 Abandonando el ámbito de la ejecución penitenciaria, podemos proporcionar un ejemplo de retirada de servicios públicos argumentando razones económicas, donde subyace un objetivo político claro. Este sería el supuesto de limitación del tratamiento de fertilidad a mujeres homosexuales en una relación matrimonial o análoga de afectividad. Si bien se esgrime la austeridad en el gasto público y razonamientos económicos para justificar esta medida, se encubre una actitud discriminatoria por los poderes públicos, destinada a negar el tratamiento a madres solteras y parejas homosexuales, las cuales únicamente podrían optar a estas prácticas por la vía privada. Puede por tanto observarse una clara voluntad política influenciada por tesis conservadoras, la cual se justifica a partir de una argumentación eminentemente economicista. El riesgo de esta justificación reside en la eliminación de toda justificación ideológica, a partir de la asunción de un nuevo lenguaje, más influenciado por una valoración técnico-económica de la realidad social, que por su organización a partir de principios programáticos.

57 MERCADO PACHECO, analizando críticamente las funciones de la pena desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, observa cómo desde esta óptica se justifica el rechazo de la reeducación o rehabilitación de la persona del delincuente, otorgándole a la pena la función de “estímulo disuasorio a los futuros comportamientos delictivos”. MERCADO PACHECO, Pedro. *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 228. Así, un razonamiento económico lleva a considerar la sanción penal como una cantidad económica a pagar en la realización de los hechos delictivos. La gravedad de los hechos determinaría un mayor precio representado por la sanción penal, siendo por tanto inverso el número de delitos cometidos, dada la función

efectos formales de una cuestión con un amplio trasfondo ideológico, la aplicación del cual al ámbito penitenciario lleva a una discusión donde se dejan de debatir los principios programáticos que deben orientar la ejecución de la pena privativa de libertad, limitando la discusión al terreno del binomio coste-eficacia⁵⁸. Así, esta tesis plantea el acercamiento al sistema de ejecución penitenciaria desde una perspectiva más económica que social, modificando el punto de partida de todo razonamiento sobre su función y desarrollo en el sistema de justicia penal⁵⁹. Su contenido

disuasoria que una pena privativa de libertad causaría. Razonamientos de este tipo adolecen de un alto grado de reduccionismo, en la medida que no consideran variantes sociales en la comisión de delitos. Asimismo, puede observarse como la simpleza de la argumentación lleva a aceptar sin reparos la imposición de penas elevadas, en la medida que la búsqueda de la expuesta función disuasoria justificaría un aumento progresivo y descontrolado de las sanciones penales.

- 58 DEL ROSAL BLASCO denomina a los partidarios de la privatización de la prisión como “privatistas”, los cuales limitan los problemas de la Institución Penitenciaria “a una cuestión de incapacidad estatal de dotar el suficiente número de plazas penitenciarias; el gobierno, se argumenta, no puede construir diferentes cárceles porque, obviamente, las prioridades económicas se orientan en otra dirección”. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “La privatización de las prisiones”, *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 12 extraordinario Diciembre 1998, 115-135. p. 130. Esta consideración tiene cierta implantación en Estados Unidos, tal y como expone GARLAND. Los costes del delito están comúnmente calculados, pero también otras instituciones del sistema de justicia penal como la prevención o la gestión policial. GARLAND, David. *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*. Chicago Press, 2001. p. 189. Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED), MERCADO PACHECO expone la relación coste-beneficio a partir de la función de disuasión otorgada a la pena desde el AED, considerando que el derecho penal “asume una función de predicción y planificación de conductas mediante la creación de incentivos o desincentivos económicos para determinadas acciones (...) las sanciones serán determinadas atendiendo al cálculo de costes y beneficios de su administración”. MERCADO PACHECO, Pedro. “*El análisis económico del derecho...*” ob. cit., p. 229.

- 59 GARLAND destaca la expansión del razonamiento economicista al conjunto del sistema de justicia penal. A partir de esta consideración, observa el surgimiento de un nuevo marco de referencia, el cual deviene en una fuerza

ha sido objeto de recepción especialmente en Estados Unidos, donde la privatización de la pena privativa de libertad es una práctica consolidada, pudiendo considerarse como una industria de especial importancia⁶⁰. Si bien en el Estado español la incorporación de esta tesis a la gestión pública no han llegado al grado de extremismo experimentado en el caso norteamericano, de lo expuesto en los puntos anteriores en relación con el contexto de crisis económica actual pueden observarse ciertos rasgos evolutivos que advierten del peligro de privatizar en el futuro una cuestión tan importante como la ejecución de la pena privativa de libertad, rechazando como consecuencia el ideal resocializador contenido en el artículo 25.2 CE.

III. Conclusiones

El contenido del principio de resocialización se ha visto efectivamente desmentido con las sucesivas reformas penales operadas en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de libertad. Como se ha expuesto en estas páginas, las dudas planteadas sobre la naturaleza y alcance material de este principio, y la voluntad de los poderes públicos por respetarlo, se han visto del todo discernidas con el Proyecto de Reforma del Código penal de 2013. La previsible aprobación de este texto, junto con la consiguiente instauración en el ordenamiento jurídico-penal español del desafortunado eufemismo conocido como “prisión permanente revisable”, supondría *de facto* la renuncia a la resocialización, junto con la creación de un subsistema penal de excepcionalidad, destinado irreversiblemente a expandirse al conjunto del

progresivamente más influyente y poderosa. GARLAND, David. “*The culture of control...*” ob. cit., p.188.

- 60 CHRISTIE desarrolla ampliamente la incorporación de la pena privativa de libertad como industria controlada por empresas privadas en Estados Unidos. En este sentido, destaca la *American Correctional Association* como la más importante de las dedicadas a la gestión y administración de espacios carcelarios, la cual extiende sus redes hasta los mercados de valores. CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 101-132.

ordenamiento jurídico-penal⁶¹. A partir de este contexto, en el presente trabajo se ha realizado una reflexión sobre el papel que la ejecución de la pena privativa de libertad asumirá ante este cambio de paradigma. El razonamiento parte de la renuncia a las funciones otorgadas al sistema penitenciario por el artículo 25.2 CE. Si efectivamente se confirma la renuncia manifiesta a enfocar la pena privativa de libertad a la resocialización de los reclusos, podría considerarse abandonado el carácter público de la prisión, en la medida que ha dejado de cumplir la función resocializadora establecida constitucionalmente. Esta circunstancia, unida al actual contexto de crisis político-económica del Estado del bienestar y a la aplicación de política neoliberales consecuentes con la reducción del gasto público en los servicios sociales, y su consiguiente externalización a empresas privadas⁶², podría posibilitar el surgimiento de un escenario donde cabría una privatización en la ejecución de la pena privativa de libertad. La utilización de

61 RIVERA BEIRAS destaca el factor expansivo de la emergencia y la excepcionalidad penal en el ámbito europeo. Precisamente otorga a esta circunstancia la responsabilidad de subvertir “los principios humanistas y resocializadores” en las reformas penitenciarias europeas de los años setenta. Aplicando este criterio a las funciones del Derecho penal, RIVERA BEIRAS considera que se pasa de un modelo de prevención especial positiva, en el cual “la resocialización era la meta a alcanzar”, a un nuevo esquema influenciado por la emergencia en las reformas penales, donde precisamente se produce una subversión de la pena privativa de libertad hacia la prevención especial negativa, “buscando no ya la resocialización del condenado, sino su drástica neutralización, incapacitación, inoquización y paulatina destrucción”. RIVERA BEIRAS, Iñaki. “Los posibles escenarios de la penalidad...” ob. cit., pp. 155-156.

62 CHRISTIE escenifica esta realidad como la del nuevo “Estado contratista”, criticando el auge de la privatización de los sectores públicos como nueva forma de organización político-estatal. En el ámbito de las prisiones, alerta en el siguiente pasaje de la dificultad por parte del Estado de controlar las actividades de las empresas privadas adjudicatarias de la gestión penitenciaria: “Los particulares eligen a los representantes; los representantes contratan una empresa para que administre el castigo. Si la empresa trabaja mal, se contrata otra. El guardia privado representa a la empresa. No hay nada más que representar, el Estado es un artefacto. Pero esto significa que se puede controlar menos al guardia”. CHRISTIE, Nils. “*La industria del control del delito*”, ob. cit., 109.

argumentos economicistas por parte de los poderes públicos para justificar una privatización en este ámbito oculta una marcada intencionalidad por “despolitizar”⁶³ esta cuestión, presentando la privatización de los servicios públicos como remedio para solventar las lagunas económicas presentes en la administración pública. En este sentido, el discurso utilizado para la justificación de la privatización viene establecido por unas razones meramente pragmáticas, influenciadas por un carácter efectista, ante las cuales se produce una desestructuración de la crítica ideológica, en la medida que la renuncia a la resocialización y la asunción de un modelo más cercano a la neutralización del recluso favorece el surgimiento de una nueva concepción de la ejecución de la pena privativa de libertad, donde la introducción de criterios económicos y la posible existencia de intereses privados puede desvirtuar el conjunto del sistema de justicia penal. Así, la renuncia a la resocialización podría tener consecuencias nefastas, en la medida que, llevada ésta al extremo, una renuncia a los intereses públicos de la pena privativa de libertad, facilitaría la entrada de empresas privadas en la ejecución de ésta, pudiendo por tanto industrializarse su función⁶⁴. En este sentido, si la prisión entendida como

63 DEL ROSAL BLASCO remarca el riesgo de trasladar al terreno de lo estrictamente económico una cuestión jurídico-penal de tan marcada relevancia en la configuración del modelo político-estatal asumido por los poderes públicos. Así, considera desenfocado el debate, en la medida que se limita a remarcar la negativa estatal de introducir la gestión penitenciaria entre sus prioridades económicas, optando por tanto por la externalización como solución para su remedio: “la cuestión, situando la discusión entre privatización o no privatización en el terreno del binomio coste-eficacia, alegando como una de las ventajas principales de estos centros penitenciarios de gestión privada su capacidad para contener más reclusos en condiciones más dignas y humanas, a un menor coste económico”. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “La *privatización* de las prisiones...”, ob. cit., p. 130.

64 En este sentido, considera SANZ DELGADO el riesgo de efectuar una delegación del fin resocializador en una empresa inmersa en los intereses del mercado. Respecto a la colisión de intereses en este ámbito, considera que “la empresa en una sociedad de mercado atenderá a sus intereses económicos, relegando a un segundo plano el fin al que se destina constitucionalmente la privación de libertad. Se sustraen, como consecuencia práctica, los fines no meramente retributivos o custodiales”. SANZ DELGADO, Enrique. “La privatización en el sistema penitenciario...”, ob. cit., p.5.

neutralización del recluso llegara a convertirse en un producto guiado por los intereses del mercado, se correría el riesgo de orientar su ejecución de acuerdo con los criterios de demanda y oferta propios de cualquier proceso de industrialización de un producto. Esto significaría la existencia de una serie de intereses privados, los cuales podrían guiar la pena privativa de libertad, buscando una aplicación expansionista que se traduciría en un aumento de su imposición, y por ende, de los beneficios de las empresas controladoras⁶⁵. Asimismo debe ponerse de manifiesto que, ante una gestión privada de las Instituciones Penitenciarias, sería fácilmente reconocible un interés de las empresas privadas por rechazar una serie de reclusos, los cuales por ciertas características especiales (conflictividad, salud, procedencia...) pudieran representar ciertos gastos añadidos o dificultades en su gestión. Por tanto, la gestión privada perdería el carácter igualitario de los servicios públicos, pudiendo llegar a establecerse por razón de sus condiciones intrínsecas diferencias de clase entre los reclusos de distintos centros penitenciarios.

Asimismo, es evidente la incidencia que la crisis del Estado social y las llamadas políticas de austeridad pueden tener en una progresiva privatización de la pena privativa de libertad. Dado que el conjunto de inversiones realizadas en el sistema penitenciario pueden considerarse como políticas sociales⁶⁶, en la medida que efectivamente van destinadas a la consecución de la resocialización como fin último de este sistema, el progresivo

65 CHRISTIE considera la posibilidad de reconocer en este escenario “una fuerza extraordinariamente potente que apoya la expansión del sistema carcelario”, representada por los intereses de las empresas privadas. CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito*, ob. cit., p. 118. DEL ROSAL BLASCO reconoce en este sentido los peligros de observar una ejecución de la pena privativa de libertad que no sirve únicamente a lo recogido por la legislación vigente, sino donde intervienen de forma significativa “los cambiantes intereses privados de la empresa concesionaria, los criterios de valoración y selección del uso de la coacción y la fuerza”. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “La privatización de las prisiones” ob. cit., p. 131.

66 Cfr. GARCÍA ARÁN, Mercedes. “La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante...”, ob. cit., p. 9.

recorte en estos sectores lleva a un escenario político-económico afín a la privatización. En este sentido, si se entra en la realización de análisis meramente economicistas para el suministro de los recursos materiales que pueden posibilitar la realización de los fines del artículo 25.2 CE, se estaría entrando en un debate desenfocado, puesto que la gestión de la ejecución penitenciaria no puede desarrollarse siguiendo criterios meramente influenciados por la eficacia económica de su realización, sino en el plano del cumplimiento de los principios garantistas que informan el ordenamiento jurídico-penal⁶⁷.

Partiendo del planteamiento previsto en este artículo, las conclusiones expuestas vienen a establecer un itinerario a seguir por el sistema de justicia penal, concretamente en lo relativo a la ejecución de la pena privativa de libertad. El abandono de la resocialización manifestado en las sucesivas reformas penales desde 2003 confirma la consolidación de la pena privativa de libertad como recurso para responder a las demandas de alarma social erróneamente representadas. Así, esta realidad emergente cede mayor preeminencia a la neutralización o inoquización como función de la pena privativa de libertad, rechazando materialmente la previsión constitucional del artículo 25.2 CE. Si bien es un análisis marcadamente pesimista, es coherente con el endurecimiento de la ejecución de la pena privativa de libertad, en la medida que persigue una excesiva imposición de la pena de prisión, cuando lo más coherente con la función de resocialización debería ser limitar lo máximo posible el recurso a la privación de libertad. Como complemento a la deriva punitivista experimentada por los poderes públicos en materia de ejecución de la pena privativa de libertad, se observa una voluntad cada vez más decidida por privatizar o externalizar ciertas funciones inherentes y representativas del modelo de Estado social y democrático de derecho, como por ejemplo la sanidad o la educación. La resocialización recogida en el artículo 25.2 CE se configura como otra de estas materias que deben ser decididamente potenciadas por los poderes públicos,

67 *Ibid.*, p.10.

con el objetivo de configurar un ordenamiento jurídico-penal garantista y respetuoso con los derechos fundamentales de las personas. Esta debería ser la premisa para reformular el sistema de penas y medidas de seguridad configurado por las desafortunadas reformas penales sucedidas en el ordenamiento jurídico español. Repensar el contenido de la resocialización y rechazar la preeminencia de la función neutralizadora e inocularizadora de la pena de prisión sería una garantía para asegurar una gestión pública de la ejecución de la pena privativa de libertad, cerrando la puerta a cualquier tipo de privatización en este campo que desvirtuara la función de esta pena y, como consecuencia, del conjunto del sistema de justicia penal.

V. Bibliografía

- BERGALLI, Roberto. “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas”, en *Sistema penal y Problemas Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. “Nuevo capitalismo, prisión y lógicas de castigo” en *Mientras tanto*, nº 102, 2007
- “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas” en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, (direc. FARALDO CABANA, Patricia), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004
- CANCIO MELIÀ, Manuel. “La pena de cadena perpetua (“prisión permanente revisable”) en el Proyecto de reforma del Código penal”, *La ley penal*, nº 8175, Sección Tribuna, 22 de octubre de 2013
- CARBONELL MATEU, Joan Carles. “El Proyecto de Código Penal: un retroceso histórico”, en *Al revés y al derecho*, *infoLibre*, 18 de diciembre de 2013. <http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=2246>
- “Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Cuenca 2001

- CASTILLO, Jerónimo. “La privatización de las prisiones como debate”, en *Panóptico* nº4 2002
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta. *Derecho penitenciario*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012
- CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993
- CUERDA RIEZU, Antonio. “Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión”. *Otrosí*, Nº 12, octubre – diciembre 2012
- *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “La privatización de las prisiones”, *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 12 extraordinario Diciembre 1998
- DERRIDA, Jacques. “Deconstruction and the possibility of Justice”, *Cardozo Law Review*, New York 1990
- DÍAZ PITA, María del Mar/FARALDO CABANA, Patricia. “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del código penal de 1995”, *Revista de derecho y proceso penal*, nº 7 2002
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI”. *Revista española de investigación criminológica*, Número 4 2006
- “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2004.
- FARALDO CABANA, Patricia. “Un derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas” en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ªed., Madrid, 2004, pp. 406-410
- FOUCAULT, Michel. *Un dialogo sobre el poder y otras conversaciones*, Alianza Editorial, Madrid 2012

- GALVÁN, Valentín. “Michael Foucault y las cárceles durante la transición política española”. *Revista internacional de filosofía*, nº 48, 2009
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. “El discurs mediàtic sobre la delinqüència u la seva incidència en les reformes penals”, *Revista catalana de seguretat pública*, 2008
- “La ejecución penitenciaria en una sociedad cambiante: hacia un nuevo modelo”, *La ley penal*, nº 30, 2006
- GARLAND, David. *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*. Chicago Press, 2001
- GÓNZALEZ COLLANTES, Tàlia. “¿Sería inconstitucional la pena de prisión permanente revisable? *ReCrim (Revista de l’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV)*, Nº 9 Primer Semestre 2013
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal”, en *Revista xurídica galega*, nº 38
- JAKOBS. Günther. *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra 2000
- JUANATEY DORADO, Carmen. “Algunas consideraciones sobre el negocio de las prisiones privadas en Estos Unidos”. *Revista general derecho penal*, nº 21, 2014.
- “Una moderna barbarie: La prisión permanente revisable”. *Revista General de Derecho penal*, nº 20, 2013
- “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”. *ADPCP*, Vol. LXV, 2012
- LARRAURI PIJOAN, Elena. “La economía política del castigo”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06, 2009
- LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Ni aunque revisable”, *El País*, 3 de octubre de 2013
- MERCADO PACHECO, Pedro. *El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994
- MIRA BENAVENT, Javier. “Un modelo de control penal: El No-Derecho”, en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación*

- de los nuevos modelos penales*, Universidad internacional de Andalucía, AKAL, 2005
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1979
- “El nuevo Derecho penal autoritario: Consideraciones sobre el llamado Derecho penal del enemigo” en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales* (coord. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo), Universidad internacional de Andalucía, AKAL, 2005
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal” en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad internacional de Andalucía, AKAL, 2005
- RIOS MARTÍN, Julián. *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Gakoia Liburuak, San Sebastián, 2013
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. “Problemáticas detectadas en el sistema penitenciario español (y algunas propuestas)”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, 2012, nº 3
- “Los posibles escenarios de la penalidad (o, cuando la cárcel entra en la “lógica del mercado””, *Panóptico*, nº5 2003
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina. *El sistema penitenciario español en el siglo XXI*, Iustel, Madrid, 2013
- SANZ DELGADO, Enrique. “La privatización en el sistema penitenciario: viejos remedios e insatisfactorias soluciones”, *La ley penal*, nº 56, Enero 2009
- *Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Edisofer, Madrid, 2000
- TARRIO GONZÁLEZ, Xosé. *Huye hombre, huye. Diario de un preso FIES (prólogo de Iñaki Rivera Beiras)*. Editorial Virus, Barcelona, 1999

- VARONA GÓMEZ, Daniel. “Medios de comunicación y punitivismo”, *InDret*, 2011
- “¿Somos los españoles punitivos? Actitudes punitivas y reforma penal en España. *InDret*, Barcelona 2009
- WACQUANT, Loïc. *Las cárceles de la miseria*. Alianza Editorial, Madrid, 2000