

LAS PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL DERECHO COMPARADO

Francisco Javier de León Villalba

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Castilla – La Mancha

Artículo publicado en el libro “Derecho y prisiones hoy” de León Villalba (coord.), Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2003 y, con posterioridad, en la Revista General de Derecho Penal, nº 1, Iustel, 2004

<http://www.cienciaspenales.net>

LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL DERECHO COMPARADO

FRANCISCO JAVIER DE LEÓN VILLALBA

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Castilla-La Mancha

1. INTRODUCCIÓN*

La amplitud del título me va a permitir, en las siguientes páginas, realizar una reflexión acerca de algunos aspectos generales de la pena privativa de libertad, tanto en su configuración legal, como en su fase de ejecución, en alguno de los países de nuestro entorno jurídico que muestran una gran semejanza con nuestro sistema penal y penitenciario, si no han servido de referencia en su construcción.

Son ya muchos años los que mediante el discurso, la investigación y los esfuerzos de muchas mentes llevan discutiéndose los límites, los modelos, las funciones, y las formas de ejecución de las penas privativas de libertad, y las líneas de tratamiento de estos problemas muestran una importante similitud en todo lo que podemos denominar el Derecho penal moderno de todos los países, al menos, europeos (HASSEMER, 1998, 37).

Y desde hace muchos años ya, prácticamente desde el segundo tercio del siglo XX, se discute la validez del binomio resocialización-ejecución carcelaria, en unos casos por la falta de contenido del primer concepto, en otros por la inadecuación de los sistemas del segundo y, casi siempre, por la falta de una relación bidireccional entre ambos conceptos que son ya casi míticos en el mundo del Derecho penal y penitenciario. Todo ello matizado por un crecimiento, lógico y hasta diría, proporcionado de la población carcelaria, directamente vinculado, entre otros factores, a la falta de efectividad en la puesta en relación de ambas instituciones.

* Este artículo ha sido publicado en el libro *Derecho y prisiones hoy*. De León Villalba (coord). Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003 y, con posterioridad, en la *Revista General de Derecho Penal* nº 1, Iustel, 2004.

Un tercer elemento a tener en cuenta, en esta valoración inicial, es la repetida por muchos, aunque entiendo que compartida por pocos, bonanza de nuestro nuevo CP, en el sentido de considerar el abandono de la privación de libertad como consecuencia jurídica principal en el sistema penal, y para ello se señala especialmente la desaparición de la penas cortas privativas de libertad, la posibilidad de su sustitución o suspensión, así como su sustitución por otras penas privativas de otros derechos. Exigencias todas ellas dirigidas a cumplir con el mandato del art. 25 de la CE, dejando de lado expresamente el tema de la prisión preventiva y toda la problemática que esta institución arrostra.

En esta línea, somos muchos los que, partiendo de las garantías de un Derecho penal propio del Estado de Derecho niegan la subordinación del mismo a las exigencias político-criminales a las que se somete, desde criterios de eficiencia, al Derecho Penal. Todos son aspectos sobradamente conocidos y no voy a dilatar más su exposición, únicamente, quiero resaltar que lejos de esa valoración positiva de las, por otro lado incontestables, reformas de nuestro CP (contradictorias en todo caso, al extinguir las penas de corta duración y mantener los límites superiores por encima de duración humanamente consecuente), entiendo que el sistema actual es tremendamente severo desde el punto de vista punitivo en relación con las finalidades preventivas, tanto generales como especiales. Si a ello le sumamos el clima actual de crispación ante el fenómeno de inseguridad colectiva generado a partir de los atentados del 11 de septiembre en Nueva York, y el importante incremento de la población reclusa, no sólo de nuestro país sino de todos los países limítrofes, relacionados con el fenómeno de la inmigración, obtenemos una situación tremendamente difícil de superar desde la perspectiva de la evolución en el tratamiento de las penas privativas de libertad respecto de los sujetos que las sufren.

Debemos tener siempre bien presente, que el futuro, por más que nos pese, contempla como principal consecuencia de casi cualquier conducta la pena privativa de libertad, en sus diversas modalidades de prisión y el arresto de fin de semana, e incluso como responsabilidad subsidiaria por impago de multas, lo que, a mi juicio, distorsiona enormemente la perspectiva garantista del derecho punitivo. Todo ello, en el marco de un deterioro importante de las bases mínimas de tratamiento del problema que son los denominados «derechos humanos», que se traduce no sólo en el mencionado mantenimiento de la pena de prisión, sino en un incremento importante de su peso cualitativo, a pesar de su teórica crisis.

Un buen ejemplo es el denominado Corpus Iuris, en cuanto proyecto de unificación del Derecho penal sustantivo y procesal para los países miembros de la Unión europea en materia de protección de los intereses financieros de la Unión, que prevé como pena principal para las personas físicas, la de prisión hasta cinco años y/o multa hasta un millón de euros. O las Recomendaciones del Consejo de Europa [(81) 12] de establecimiento de penas privativas de libertad para los delincuentes económicos.

Aunque más que crisis de la pena, entiendo que debemos hablar de crisis de los modelos de ejecución por falta de respuesta coherente a las necesidades de los sujetos en contraposición a conceptos como el de alarma social, el carácter colectivo de los delitos, el crecimiento o salida del armario de un gran número de delitos económicos, la especial sensibilización a través de los medios de comunicación respecto de alguno de ellos, etc.

Como punto de partida, podemos tomar la consideración de los límites de las penas privativas de libertad y de las formas previstas para su sustitución por otras medidas más acordes con la finalidad cuya búsqueda al menos, inicialmente, impone su aplicación y, desde luego, las líneas de actuación de los órganos para ella habilitados. Las bases para el estudio de ambos criterios pueden ser, respectivamente, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas por el Primer Congreso de UN sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en 1955 y las Reglas penitenciarias europeas aprobadas por el Consejo de Europa en 1987, así como en el campo de la búsqueda de instrumentos alternativos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad o Reglas de Tokio, aprobadas en diciembre de 1990.

2. TIPOS DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Constituye un elemento común de los sistemas penales de nuestro entorno jurídico el mantenimiento en sus códigos de la pena de reclusión perpetua, Así el CP francés en su art. 131-1, el alemán en su § 38.1, en la legislación del Reino Unido, y el caso italiano en el art. 29 del CP y en diversas leyes complementarias, al margen de la pena denominada «ergastolo», paradigma de este tipo de penas en la que me detendré más adelante, de carácter perpetuo y que se ejecuta en establecimientos específicos destinados a este fin, con trabajo obligatorio y aislamiento nocturno.

No obstante, la duración efectiva suele verse restringida mediante la aplicación de las denominadas alternativas a la pena, al igual que ocurre en nuestra legislación, a los 30 años de reclusión en el CP italiano, en la legislación anglosajona, en la francesa, en tanto que queda reducida a 20 años en CP suizo (art. 35), 15 años el CP alemán (§ 38.2 en relación con el §57 a 1).

Los límites de lo que podríamos denominar penas temporales se sitúan en el marco que va desde los 6 meses a 10 años de las penas correccionales (art. 131-2) y el período de 10 a 30 años como marco temporal de las penas criminales en la legislación francesa, las penas de prisión de 1 mes a 15 años en el CP alemán (recordemos que el art. 12.3 GG permite mediante sentencia judicial de privación de libertad la aplicación de los trabajos forzados), penas de prisión de hasta 30 años en la legislación británica y penas de reclusión de 15 días a 24 años (art. 23 CP), con trabajo obligatorio y aislamiento nocturno, y de arresto de cinco días a tres años, con las mismas condiciones.

Aunque no llegó a entrar en vigor, constituye un punto de referencia de mención imprescindible la regulación ofrecida por el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán de 1966 que proponía, en orden a conseguir la reintegración total del condenado a la sociedad, como duración máxima de las penas privativas de libertad los 15 años, salvo los supuestos concretos señalados por la ley cuya duración sería de por vida, en tanto que el límite inferior sería de 6 meses (§ 36-39).

La pena del ergastolo, como expositiva de un tipo de cadena perpetua, entiendo que contradice radicalmente los principios liberales y democráticos de cualquier Estado de Derecho, ya que implica una serie de condiciones que anulan la personalidad del sujeto y afectan a sus más esenciales derechos humanos.

Nace como pena de prisión perpetua en sustitución de la pena de muerte, y se incluye en los diferentes Códigos penales italianos desde el siglo XVIII, siendo criticada ya en aquella época por autores tan importantes en la construcción del Derecho Penal moderno como Beccaria, que la consideró en su momento incluso más aflictiva que la pena de muerte. Aún hoy su aplicación implica, como consecuencia automática (art. 32 CP italiano), la inhabilitación legal en cuanto supone la pérdida del condenado de la capacidad de disponer de sus bienes y de la patria potestad.

Pero lo importante es el carácter perpetuo de la misma y las modificaciones que produce en la personalidad del sujeto y en la relación con el mundo que le rodea, abrogando la esperanza del sujeto, como primer y fundamental vínculo con el exterior. Y es por ello que la considero como una pena completamente incompatible con el Estado de Derecho y el conjunto de derechos básicos que constituyen el sustrato de lo humano.

En contra de la pervivencia de esta pena se exponen, con carácter general, cuatro razonamientos:

1. El Estado, a través del ejercicio del *ius puniendi*, puede limitar o restringir la libertad, pero en ningún caso puede abolirla definitivamente. Si el Estado tiene como una de sus funciones principales la de proteger los bienes jurídicos fundamentales de todos, y su legitimidad en gran medida, se garantiza en la efectividad de dicha protección, pierde su razón de ser si abroga algún derecho de un sujeto.

La propia Constitución italiana, en su art. 27, establece que «las penas no deben consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad». A partir de este principio, parece claro que el ergastolo es una pena inhumana, además de que vulnera el principio de «dignidad» del ciudadano consagrado en el art. 3 de la misma Constitución. Razonamiento clave que entiendo plenamente aplicable a todos los sistemas legales modernos.

2. En segundo lugar, el criterio de reeducación, como finalidad última de las penas, establecido en el art. 27.3 de la Constitución italiana, parece contradecir la posibilidad de existencia de tal pena, en el sentido de reinserción social o normalización social como proceso de interacción para desarrollar la capacidad de autodeterminación del reo en la vida comunitaria así como para promover, simultáneamente, su aceptación social mediante formas de solidaridad y, precisamente, de reintegración social.

En este sentido la Corte Constitucional italiana aceptó la incompatibilidad del ergastolo con dicha finalidad no obstante de confirmar la constitucionalidad del ergastolo mediante criterios mantenidos ya con anterioridad: la imposibilidad de considerarla una cadena perpetua ya que permite la obtención de medidas de gracia. Así la Ley del 15 de noviembre de 1962 permitía la concesión de la libertad condicional después 20 años de encierro. Con posterioridad, la sentencia nº 274 del 27 de septiembre de 1983, admitió, con el mismo argumento, la posibilidad de conceder al condenado la redención de la pena después de quince años y medio, más cuatro años de semilibertad —prevista en la ley de 1975 y, luego, en la Ley Gozzini de 1986.

Es decir, que la aceptación de la constitucionalidad de la pena pasa por su consideración como pena no perpetua. El problema es que dichos beneficios no se aplican por igual para todos los condenados, lo que provoca problemas importantes de valoración desde el prisma del principio de igualdad y de individualización judicial de la pena. Todos los beneficios, así como la libertad condicional previstos en la Ley Gozzini, son medidas ampliamente discrecionales, fundamentalmente para la autoridad carcelaria.

Y todo ello, si tenemos en cuenta que su aplicación es automática, se torna más inaceptable: el caso previsto en el art. 73 Código Procesal Penal, según el cual dicha pena se aplica «cuando concurren varios delitos, para cada uno de los cuales debe imponerse la pena de reclusión no inferior a 24 años»; así como en el caso de homicidio agravado por la «finalidad de terrorismo» (art. 1.3 del Decreto Ley n. 625 de 1979).

Entiendo, por todo ello, que toda pena a cadena perpetua (al igual que la pena de muerte), puede considerarse sin más contraria a los art. 3 y 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según los cuales «todas las personas tienen derecho a la vida y ninguno puede ser sometido a torturas o a tratamientos o castigos crueles, inhumanos o degradantes».

3. MARCO TELEOLÓGICO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La pregunta que nos debe guiar el camino de determinación de la verdadera dimensión de estas penas es ¿qué significado tiene la privación de libertad, tanto desde el punto de vista social como individual del sujeto que la sufre?

En principio significa una restricción de la libertad deambulatoria y el conjunto de consecuencias directas que esto supone, respecto de la restricción directa o indirecta, total o parcial de otros derechos que tienen como presupuesto aquél. Pero de ninguna forma puede comprometer el derecho a la vida, la integridad física y moral, y desde otra perspectiva, y como consecuencia de los anteriores, la posibilidad de ser sometido a tratos inhumanos y degradantes. Éste, que configura el núcleo duro de los derechos infranqueables, exige de la Administración penitenciaria algo más que una actitud de no injerencia (MAPELLI CAFFARENA, 1998, 217), si no de potenciación y de creación de las situaciones que permitan su desarrollo (STC 25 de marzo de 1996), por más que exista una relación de especial sujeción que, en todo caso, entiendo que refuerza la posición privilegiada del interno en un establecimiento penitenciario respecto de sus derechos fundamentales. Ninguna decisión administrativa, ni siquiera judicial, amparada en la existencia de una relación de especial sujeción, puede infligir o mermar el efecto expansivo de aquellos. Únicamente, y de la forma menos aflictiva, el estricto cumplimiento del fallo condenatorio (respecto de la duración de la pena en relación con las normas de ejecución), el sentido de la pena (privación de libertad y los derechos inevitablemente restringidos en su aplicación) y las garantías legales, configuran los únicos límites constitucionales a la libertad del individuo y justifican su intervención. La STC 128/1997 deja claro que dichas limitaciones deben perseguir un fin constitucionalmente legítimo y previsto por la ley y, en todo caso, la intervención ha de ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido.

Y en ningún caso debemos olvidar en la valoración del tratamiento de la privación de libertad su carácter cuantificable y, por tanto, la posibilidad de apreciar el grado de aficción al que debe ser sometido en función de la condena penal y el grado verdadero de aficción, tomando como base el marco teleológico de la misma en el marco constitucional de un Estado de Derecho, como modelo que sirve de paradigma al conjunto de sistemas jurídicos tratados aquí.

En el primer Congreso de UN para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra el 30 de agosto de 1955, se aprobaron las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos. En la misma dirección, el Comité de Ministros Europeos en el marco del Consejo de Europa aprobó en enero de 1973 las Reglas Penitenciarias Europeas, reformadas en 1987, con la finalidad clara de reforzar el respeto por los Derechos humanos de los reclusos y reforzar el cumplimiento del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria.

En ambos textos queda perfectamente marcado que la finalidad última es la reconsideración del recluso como un sujeto perteneciente a la sociedad, titular de derechos que no pierden su virtualidad por la sujeción a la que se ve sometido, así como la adquisición de otros que nacen, precisamente, de dicha sujeción a la relación penitenciaria, básicamente, el derecho al tratamiento penitenciario (regla 58 Carta UN-regla 64 de la europea).

Este contexto, y en general en el clima internacional de desarrollo de los Derechos fundamentales que se produce a mediados del siglo pasado, propicia un proceso de revisión de los sistemas penitenciarios que recogen ese nuevo status de interno, dotándole de un conjunto de derechos y deberes, dando lugar a lo que denominamos en la actualidad el estatus jurídico del interno, como parte de una relación de especial sujeción.

Francia es de los primeros en realizar las reformas pertinentes a través de su Código de Procedimiento Penal de 1957 (y su desarrollo posterior mediante decretos-59-322, de 23 de febrero de 1959). En otros casos se crean nuevas leyes penitenciarias (estas ya acomodadas a la legislación constitucional respectiva). Así la italiana de 1975, la alemana de 1976 y la portuguesa de 1979 (al igual que la española).

En la línea tratada, me interesa resaltar los siguientes principios rectores contenidos en estas normas:

- a. La prisión y las demás medidas cuyo efecto es separar a un delincuente del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan al individuo de su derecho a disponer de su persona al privarle de su libertad. Por lo tanto, a reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación.

- b. El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.
- c. Para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer.
- d. El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona. Igualmente resulta conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizando dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz.
- e. En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella, al tiempo que proteger, en cuanto sea compatible, los derechos relativos a los intereses civiles y otras ventajas sociales de los reclusos.
- f. El deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso. Se deberá disponer, por consiguiente, de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda postpenitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad.

A partir de estos principios, el marco finalístico de las penas privativas de libertad en los países aquí citados tienen una conformación muy similar.

Lejos de los niveles de la constitución española del 78, la Ley Fundamental alemana no incluye ningún precepto que, expresamente, nos permita delimitar normativamente el espectro teleológico de las penas privativas de libertad. El art. 2 de la GG (Ley Fundamental alemana) garantiza la libertad del individuo, requiriendo la utilización de un instrumento con rango legal para su restricción o abrogación. El Capítulo XI «De la jurisdicción» incluye, en el art. 104, una regulación que delimita la privación de libertad:

1. La libertad personal sólo se podrá limitar en virtud de una ley formal y con observancia de las formalidades prescritas por ella. Ningún detenido podrá ser maltratado física ni moralmente.
2. Solo el juez podrá pronunciarse sobre la procedencia y continuación de una privación de libertad. En todo supuesto de privación de libertad sin mandamiento judicial se deberá obtener sin demora un auto del juez. La policía no podrá por su propia autoridad (aus Machtvollkommenheit) mantener detenido a nadie más allá de la expiación del día siguiente al de la detención. La reglamentación de este precepto se hará por ley.
3. Toda persona detenida preventivamente por sospecha de acción punible deberá ser llevada ante el juez al día siguiente, a más tardar, de la detención, y el juez deberá comunicar al detenido los motivos de la detención, interrogarle y darle oportunidad para que formule objeciones (Einwendungen). El juez deberá asimismo y sin demora dictar auto razonado y escrito de prisión o disponer la puesta en libertad.
4. De toda resolución judicial sobre privación de libertad o continuación de la misma se deberá dar cuenta sin demora a un familiar del detenido o a una persona de la confianza de éste.

Por tanto, la delimitación de la función de esta pena viene directamente determinada por el estatus jurídico de los sujetos sometidos a tal regulación, que no es otro que la de un Estado Federal de Derecho, democrático y social (art. 20 GG), y el conjunto de derechos fundamentales que dimanen de los arts. 1 ss de la misma.

Especial significación tuvo la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de marzo de 1972 en la actual configuración del sistema penitenciario, al someter a duda la vieja teoría de las relaciones especiales de sujeción, poniendo de manifiesto las contradicciones entre la Ordenanza de prisiones y la Ley Fundamental de Bonn, lo que contribuyó a acelerar el proceso de creación de la Ley penitenciaria de 16 de marzo de 1976, en cuyo artículo dos se fija la finalidad de la pena privativa de libertad, que no es otra que la de propiciar que el sujeto pueda vivir en sociedad sin volver a delinquir.

En la actualidad, y respecto de los fines de la pena, el interés de la doctrina alemana se enmarca en el ámbito de la prevención general positiva, en tanto que concepto abierto que conforma una «tendencia de significación que caracteriza unitariamente todas las variantes de esta teoría: el abandono de una consideración meramente empírica de la prevención directa» (HASSEMER, 1998, 38). Es decir, la utilización de la pena como medio para abordar los grandes problemas (medio ambiente, drogadicción, etc.), que socialmente son reconducidos, ante una carestía de medios más efectivos, al terreno del Derecho penal, convirtiéndose éste en el único instrumento de actuación. De esta forma, la finalidad última de las penas privativas de libertad ya no busca la intimidación (prevención negativa), sino la estabilidad de la confianza de todos los ciudadanos en el mantenimiento del orden político, normalmente, a corto y medio plazo. Esta postura deja de lado, por tanto, el análisis de la verdadera capacidad de la privación de libertad como medida preventiva directa y, por supuesto, resocializadora.

En Francia, la doctrina suele distinguir tres funciones que se alternan en la ejecución de las penas privativas de libertad: educativa (duración máxima de 4 ó 5 años), inocuizadora, y la de justicia. La aplicación de la pena proporcionada a la gravedad de la infracción busca la función intimidatorias, preventiva orientada al futuro, o las propiamente inocuizadoras. Puede decirse, en general, que las penas privativas de libertad conjugan tanto los fines intimidatorios como preventivos (728 Código Procesal Penal), si bien la función de la pena se hace depender en gran medida por las formas y los medios de los órganos que las aplican. En sí misma, la pena connota un carácter retributivo que normalmente se ve favorecido por la aplicación real de las mismas, no obstante, desde el punto de vista del órgano judicial y la Administración penitenciaria, como principio general, prevalece la prevención especial, sin perder de vista el contexto preventivo general de las mismas.

Respecto de la situación en Inglaterra y Gales, obviamente, ni la Carta Magna, de 1215, ni la Petition of Rights, de 1628, ni la Habeas Corpus Amendment Act, de 1679, ni el Bill of Rights, de 1689, ni la Parliament Act, tanto en su versión de 1911 como en la de 1949 (denominadas Estatuto de Westminster) hacen referencia alguna a la finalidad de la pena. Únicamente, la Magna Carta de las Libertades de Inglaterra establece que ningún hombre libre podrá ser preso ni llevado a la cárcel ni desposeído de su feudo, de sus libertades o de sus franquicias, ni puesto fuera de la ley o desterrado, ni molestado de ningún otro modo, salvo en virtud de sentencia legítima de sus pares o de las leyes del territorio (regla 39).

El ordenamiento está compuesto por las «Prison Rules (Reglamento interno de prisiones)», que son ordenes ministeriales, derivadas de la sección 47 (1) de la Ley de prisiones de 1952, y también por la Ley de Justicia Criminal de 1982, que regula el procedimiento de libertad provisional. Un hecho reseñable y tremendamente importante en esta materia es la falta de adhesión a la Carta europea de derechos humanos ni a las Reglas mínimas europeas para el trato de presos.

Como datos más reseñables para valorar son la reforma introducida en la Ley de Justicia Criminal sobre la libertad condicional de 1983, que tiende, en el caso de adultos con delitos graves, a imposibilitar la aplicación de la libertad condicional, para dar satisfacción de la demanda pública y judicial de una acción dura y punitiva para los criminales profesionales.

Asimismo la existencia de la cadena perpetua, como sentencia indeterminada para delitos graves (asesinato, violación, robo, incendios, etc.), sin posibilidad de remisión o libertad condicional, pudiendo ser liberados únicamente por el Ministro del Interior, después de consultarlo con el Juez que condenó, que normalmente fija un período mínimo de condena, así como en el momento de la liberación una serie de normas por las que se verá obligado durante el resto de su vida, y cuyo incumplimiento, así como cualquier valoración negativa sobre la peligrosidad del sujeto por parte del supervisor de condicional, significa la vuelta a prisión (como meras anécdotas: se puede retirar el pecunio al preso como falta disciplinaria; está completamente prohibido la realización de quejas públicas sobre el trato individual o las condiciones en prisiones; las autoridades penitenciarias tienen derecho a abrir, leer y censurar todo el correo entrante y saliente (regla 33); se da la posibilidad de separar en celdas especiales de aislamiento sin necesidad de cometer ninguna falta disciplinaria, sino para mantener el orden, etc.).

Respecto del modelo italiano, concretamente la Constitución italiana de 1947, en su art. 27.3, señala el carácter resocializador de la pena: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». El art. IX del Título Preliminar del CP de 1991 establece que la pena tiene, entre otras, una función resocializadora.

Y junto a lo ya señalado, podemos incluir la posibilidad de deducir la imposibilidad de aplicar penas inhumanas de lo establecido en el art. 2.24 h de la Constitución que prohíbe la violencia moral y física, la tortura y los tratos inhumanos o humillantes. Además, en el art. 139.22, se dispone que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

El proceso de reforma de la legislación italiana arranca el 20 de abril 1947 cuando el Gobierno nombra una Comisión ministerial, que tras la realización de los trabajos encomendados presentó un informe al Senado, en 1950, sobre cuyas bases se formulará diez años después el primer Proyecto de Ley penitenciaria presentando por el Ministro de Justicia Gonella que, posteriormente, presentará otros proyectos que constituyen los antecedentes directos de la Ley Penitenciaria de 1975.

Dicha Ley (nº 354, de 26 de julio, modificada por la nº 663 de 10 de octubre de 1986), tiene como ejes fundamentales el tratamiento penitenciario y la implantación de medidas alternativas a la privación de libertad.

Respecto del tratamiento, las Reglas mínimas de UN, concretamente la nº 65, señala que:

«El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad».

La ubicación del tratamiento penitenciario, como piedra angular de casi todos los sistemas penitenciarios, resulta algo indiscutible, al igual que podemos afirmar que resulta difícil colegir que alguna legislación penitenciaria europea actual acepte un sistema celular absoluto como forma de cumplimiento de sus penas privativas de libertad. Algo parecido ocurre con el sistema progresivo puro, si bien las reminiscencias del progresismo objetivista (obligatoriedad impuesta por la norma de que el interno pase por todas las fases del sistema) está presente en algunos países, como es el caso de Francia, en donde el criterio de duración de la pena y tipo de delito se conjugan para hacer obligatoria la permanencia en una fase llamada «periodo de seguridad» (art. 720.2 del CPP).

En el lado opuesto de esta concepción, otros ordenamientos penitenciarios optan por un sistema de individualización científica en el que el programa individualizado de tratamiento es el que diseña la ejecución de la pena; éste es el caso de Alemania o Suecia. Así el parágrafo 7 de la Ley Penitenciaria alemana establece que en base a un estudio del tratamiento se elaborará un plan de cumplimiento que contendrá una serie de indicaciones tales como:

1. La ubicación del cumplimiento cerrado o abierto;
2. El traslado a una institución social terapéutica;
3. La adjudicación a un grupo de residencia o a un grupo de tratamiento;
4. La incorporación a un trabajo así como medidas de formación profesional, perfeccionamiento o reciclaje;
5. La participación en actos de perfeccionamiento;
6. Medidas de y tratamiento especiales;
7. Relajación del cumplimiento de las condenas, y
8. Medidas necesarias para la preparación a la libertad.

Este plan de tratamiento se habrá de mantener en consonancia con la evolución del interno y con los resultados más extensos del estudio de la personalidad. Para ello habrá de tener una previsión de términos en el plan de cumplimiento.

En el caso de Suecia, es la sección 5 de su Ley la que dispone que la planificación del tratamiento de un interno ha de realizarse de mutuo acuerdo con él. En la medida que sea posible, se ha de llevar a un acuerdo en presencia del interno, el cual ha de tener ocasión de pronunciarse sobre aquellas medidas propuestas para su tratamiento que afecten directamente, siempre que no haya alguna razón especial que lo desaconseje. Como vemos, en ambos casos (Alemania y Suecia) se huye del enconsertamiento que supone la existencia de unas fases prefiguradas (grados penitenciarios), siendo el programa individualizado el que determina el desarrollo de la ejecución.

Igualmente, existe un punto común a la hora de elegir el tipo de centro penitenciario, que en todo caso será el que determine los perfiles tratamentales, en un régimen de cumplimiento concreto. Así como respecto de la necesidad de que el recluso en la última fase de su condena pueda realizarse conforme a la fórmula de la libertad condicional, entendida en unos casos como última fase del tratamiento penitenciario (art. 54 L. Italiana-art. 722 del CPP francés y la sección 14 de las disposiciones complementarias a la Ley sueca).

En el caso de Inglaterra, su visión es mucho más amplia posibilitando dicha libertad en cualquier período de la condena (regla 6).

Respecto de la figura del trabajo penitenciario, y más concretamente, de su vinculación con el con el tratamiento, se observa en las legislaciones europeas dos tendencias:

1ª. La de aquellos países que entienden el trabajo como un elemento integrante del propio tratamiento penitenciario, esto es, como un método tratamental. Así ocurre en Suecia donde las normas relativas al trabajo en prisión se incluyen en el capítulo dedicado al tratamiento o en Italia en donde el art. 15 dispone, bajo la rubrica «elementos del tratamiento», que dicho tratamiento se desarrollará sirviéndose, principalmente, de la instrucción, del trabajo, de la religión, de las actividades culturales, recreativas y deportivas y favoreciendo los contactos oportunos con el mundo exterior y las relaciones con la familia. En esta orientación ha de incluirse a España en donde, según dispone el art. 26 de la Ley (y repite el 132 del Reglamento), el trabajo penitenciario es un elemento fundamental del tratamiento penitenciario, habiéndose observado un refuerzo de su contenido tratamental en el Reglamento penitenciario de 1996, al colocarse sistemáticamente el trabajo en un Título, el quinto, dedicado al tratamiento, mientras que en la Ley se encontraba en el Capítulo del régimen.

2ª. La otra tendencia viene representada por aquellos países para los que el trabajo penitenciario es algo ajeno al tratamiento, si bien ha de valorarse para evaluar el grado de reinserción social alcanzado por el interno. Así en Francia, el art. 720 del CPP dispone que las actividades de trabajo y de formación profesional se tendrán en cuenta a la hora de evaluar los esfuerzos de reinserción y de buena conducta de los condenados, y el parágrafo 37.1 de la Ley alemana señala que el trabajo, la ocupación laboral, terapéutica, la formación y el perfeccionamiento servirán especialmente al objetivo de permitir, suministrar o favorecer capacidades para realizar una actividad retribuida cuando esté en libertad.

En todo caso, sí que resulta común la obligatoriedad de su realización (art. 20 Ley italiana, § 41 de la alemana, norma 28 de la inglesa, sección 10 de la sueca), no teniendo tal carácter en la ley francesa.

Respecto de los permisos de salida, es nota común de todos los ordenamientos penitenciarios europeos la figura de los permisos extraordinarios. Respecto de los ordinarios, podemos distinguir entre aquellos países que siguen una concepción premial de los mismos y los que, por el contrario, los vinculan directamente al tratamiento penitenciario. En la primera visión, es decir, la de aquellas legislaciones que entienden los permisos de salida ordinarios como una respuesta del ordenamiento a la buena conducta, se sitúa el sistema italiano. El artículo 30 ter de su legislación les otorga una duración de hasta quince días con un límite anual de cuarenta y cinco teniendo como requisito el haber cumplido una cuarta parte de la condena si ésta es superior a los tres años, la mitad si se trata de delitos relacionados con organizaciones delictivas (prevención introducida en 1992) o llevar diez años cumplidos si la condena es de cadena perpetua (art. 30 ter 4); además se exige que se trate de delincuentes que no presenten una particular peligrosidad (art. 203 del Código Penal). Esta vinculación del permiso a la conducta del interno no supone un total desprendimiento del tratamiento, ya que la finalidad del permiso no es otra que la preparación para la vida en libertad, si bien existen unos requisitos objetivos infranqueables, entre los que está el referido a la conducta.

Visión estrictamente tratamental de los permisos es la contemplada en Alemania y Suecia. En la legislación penitenciaria germana se permite que como forma de relajamiento de la condena (§ 11) el interno pueda salir un tiempo fuera del establecimiento, y como permiso de salida *strictu sensu* el párrafo 13 dispone que es necesario llevar un mínimo de seis meses en la prisión o diez años si la pena era de cadena perpetua, siendo su tope legal de veintiún días. Asimismo, para favorecer la salida en libertad se prevé (§ 15) que tres meses antes de la libertad se puedan conceder permisos de hasta una semana de duración. En Suecia, su legislación permite la concesión de permisos de corta duración (sección 32), para preparación de la vida en libertad (sección 33) y estancias temporales fuera del establecimiento (sección 34), vinculadas todas ellas a las necesidades del tratamiento y sin sujeción a requisitos objetivos determinados.

En Francia el artículo 723.3 del Código Procesal Penal dispone que el permiso de salida autoriza a un condenado a ausentarse de un establecimiento penitenciario durante un período de tiempo determinado que se computa en la duración de la ejecución de la pena, teniendo por objeto preparar la reinserción profesional o social del condenado, mantener sus relaciones familiares o permitirle cumplir una obligación que exija su presencia. Si bien existe la restricción en el ordenamiento francés del llamado período de seguridad, el cual es aplicable a penados por delitos graves (asesinatos, secuestros, atentados...) y que supone que en la mitad de la condena en los casos de penas de diez o más años o en quince años cuando se trate de cadena perpetua se aplica un régimen penitenciario especial en que están excluidos los permisos de salida, si bien existen previsiones normativas para aumentar o disminuir dichos períodos (art. 720-2 del CPP).

4. FÓRMULA DE SUSTITUCIÓN

Queda, por último, hacer un repaso de aquellos medios que habilitan los sistemas penales para evitar la aplicación parcial o total de las penas privativas de libertad. Y para ello, como ya dijimos, tomamos como punto de referencia las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, que tienen como objetivo establecer los principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.

Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad, estableciendo un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.

La introducción de estas medidas, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, tendrá como objetivo proporcionar otras opciones frente a la aplicación de las penas de prisión, a partir del respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

Las medidas en todo caso habrán de considerar el tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas. Y siempre deberán velar por mantener tanto la dignidad como la intimidad del delincuente sometido a medidas no privativas de la libertad, así como de su familia, serán protegidas en todo momento. En este sentido, cualquier medida no privativa de la libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicada antes o en lugar del procedimiento o del juicio, debe requerir su consentimiento.

En última instancia, en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad, los derechos del delincuente no podrán ser objeto de restricciones que excedan las impuestas por la autoridad competente que haya adoptado la decisión de aplicar la medida.

Respecto de la fase anterior al juicio:

- a. Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda.
- b. La prisión preventiva como último recurso. Sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario para el logro de sus objetivos y deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.
- c. Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible.

En cuanto a la fase del juicio y sentencia:

- a. En la medida de lo posible habrá de procurarse la realización de informes de investigación social; la autoridad judicial podrá valerse de un informe preparado por un funcionario u organismo competente y autorizado.
- b. La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda. En este sentido, podrán adoptar alguna de las siguientes medidas:
 - Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;
 - Libertad condicional;
 - Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
 - Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días;
 - Incautación o confiscación;
 - Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
 - Suspensión de la sentencia o condena diferida;
 - Régimen de prueba y vigilancia judicial;
 - Imposición de servicios a la comunidad;
 - Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
 - Arresto domiciliario;
 - Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
 - Alguna combinación de las sanciones precedentes.

En la fase posterior a la sentencia:

- a. Se deberá poner a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social. Así:
 - Permisos y centros de transición;
 - Liberación con fines laborales o educativos;
 - Distintas formas de libertad condicional;
 - La remisión;

— El indulto.

- b. Deberá considerarse cuanto antes las posibilidades de poner en libertad al recluso de un establecimiento y asignarlo a un programa no privativo de la libertad.

En cuanto al tratamiento, en sentido estricto:

- a. En el marco de una medida no privativa de la libertad determinada, cuando corresponda, se establecerán diversos sistemas, por ejemplo, ayuda psicosocial individualizada, terapia de grupo, programas residenciales y tratamiento especializado de distintas categorías de delincuentes, para atender a sus necesidades de manera más eficaz.
- b. Cuando se decida que el tratamiento es necesario, se hará todo lo posible por comprender la personalidad, las aptitudes, la inteligencia y los valores del delincuente, y especialmente las circunstancias que lo llevaron a la comisión del delito.
- c. La autoridad competente podrá hacer participar a la comunidad y a los sistemas de apoyo social en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.

A partir de estas consideraciones podemos afirmar que los sistemas aquí comentados contienen en gran medida, sobre todo en cuanto a las medidas que corresponden a la fase posterior a la sentencia, las directrices apuntadas, sin embargo arrostran un importante déficit respecto de las fases anteriores. Aún así podemos afirmar que contienen un repertorio de medidas que posibilita, al menos cuantitativamente, la aplicación de un número de medidas muy superior al sistema español, especialmente en el sistema anglosajón y en el alemán, en el que el número de penas privativas de libertad finalmente aplicadas es sensiblemente menor que el del resto de países comentados.

En dicho Ordenamiento se encuentra regulada la suspensión de la ejecución de la condena, sometiendo a prueba (§ 56 del Código Penal); la suspensión del resto de la pena (§ 57); la amonestación con reserva de pena (§ 59) y la sustitución de la pena privativa de libertad por una multa cuando la situación económica del condenado lo permite (§§ 40 y 43).

Pero con carácter previo, me parece necesario hacer mención a la regulación introducida en el Proyecto de Código Penal alemán, como modelo que ha sido seguido con posterioridad en la mayoría de los sistemas penales occidentales.

Dicho Proyecto de 1962 crea un sistema de alternativas sobre las ideas de resocialización y dignidad de la persona. En su § 40 establece la posibilidad de suspender la ejecución de todas las penas privativas de libertad de hasta dos años, siempre que el sujeto no hubiera sido condenado durante los últimos cinco años anteriores al hecho, a pena privativa de libertad o de multa, superior, en total, a un año (§ 72.2). Esta suspensión se ve completada con el establecimiento de un conjunto de medidas: prestaciones dirigidas a reparar los daños causados, contribuir a un institución de bien común y prestar servicios no retribuidos. Igualmente el cumplimiento de una serie de reglas de conducta. Además establece una serie de medidas a cargo del Estado (§ 43) en orden a gestionar cuantas medidas relacionadas con el trabajo, la vivienda y la salud sean adecuadas para reinsertar al condenado a la comunidad jurídica.

Igualmente crea un nuevo sistema de libertad condicional (§ 48) que impone obligatoriamente la liberación a prueba cuando el condenado haya cumplido dos tercios de la pena y, por lo menos, 6 meses. Junto a la misma crea la libertad condicional facultativa para el tribunal cuando el condenado haya cumplido la mitad de la pena (en caso de pena privativa de la libertad perpetua después de por lo menos quince años), en ambos casos con la imposición de las reglas de conducta.

Consideramos muy importante la previsión del § 48.3, en el que dispone que en los casos en los que el tribunal no aplique la libertad condicional después del cumplimiento de la mitad de la pena, tendrá, sin embargo, que trasladar al condenado a un establecimiento abierto o semiabierto para el resto de la ejecución.

Introduce igualmente la advertencia con reserva de pena (§ 57): mediante esta advertencia, se intenta influir en la motivación del autor durante la duración del período de prueba, además de evitarle los antecedentes penales por la realización de esta primera conducta delictiva a la que le corresponde una pena privativa de libertad de hasta un año. En este caso no se pueden imponer prestaciones ni condiciones de comportamiento.

Y por último, la declaración de culpabilidad con renuncia de la pena (§ 58): supuestos en los que la realización del hecho no obedece a una conducta dolosa o gravemente negligente. Se trata de sujetos adaptados y criminalmente no peligrosos. Reacción penal adaptada a los requisitos del principio de proporcionalidad. Incluso se pensaba en incluir a los autores de conciencia.

El CP alemán, en vigor desde enero de 1975, recogió el sistema de suspensión condicional de la pena y de la libertad condicional, así como la advertencia con reserva de pena y de la renuncia a la pena con declaración de culpabilidad (§§ 56 y ss StGB), no obstante con algunas limitaciones. Así la advertencia sólo se admite para las penas de multa de hasta 180 días-multa y la renuncia a la pena sólo para casos de simples negligencias.

El ordenamiento galo, prevé como medidas alternativas:

1°. La exención de la pena (art. 132-58), aplicable a las penas correccionales, tiene como requisito principal la obtención de una reclasificación del culpable, la reparación del daño y la cesación de la perturbación causada por la infracción.

2°. La prórroga del pronunciamiento de la pena (132-58 y ss), aplicable a las penas correccionales, en sus modalidades de prórroga simple o con régimen de prueba que pueden suponer la exención total de la pena, su sentenciación o una nueva prórroga del pronunciamiento de la misma.

3°. La Probation, introducida por Ley de 31 de diciembre de 1957, que creó los Comités encargados de su supervisión. Dichos Comités están dirigidos por el Juez de aplicación de Penas, y compuestos por agentes de Probation, normalmente asistentes sociales. Una vez que el Juez acuerda la medida se asigna el agente encargado de vigilar el cumplimiento de las medidas sustitutivas impuestas.

4°. El nuevo CP francés, Ley nº 92-683, de 22 de julio de 1992, introduce igualmente un régimen de semilibertad (arts. 132-25 y 132-26) en los casos en los que el condenado justifique su participación en programas de aprendizaje o de formación profesional o de la realización de prácticas o de empleo temporal, dirigida a su inserción social, a su participación en la vida familiar o a la necesidad de someterse a un tratamiento médico. En estos casos se permite una adaptación de la ejecución a las necesidades derivadas de la finalidades citadas.

Respecto de la suspensión condicional de la ejecución, el CP distingue entre la suspensión simple de la suspensión sometida a prueba y la suspensión bajo condición de cumplimiento de un trabajo de interés general (en todos ellos se trata de que sea la primera condena): 1ª. Personas físicas que no hayan sido condenadas por crimen o delito de derecho común a pena de reclusión o prisión, y respecto de penas que no superen los cinco años, multa o días multa. Si en el plazo de cinco años el condenado no reincide la pena se tendrá por no impuesta; 2ª. Respecto de la suspensión sometida a prueba, está prevista para pena de prisión de hasta cinco años. Durante el período de prueba (18 meses hasta 3 años) el sujeto podrá ser sometido a medidas de control y obligaciones específicas de toda índole, 3ª. La suspensión bajo condición de cumplimiento de un trabajo de interés general (art. 132-54) se fija en un mínimo de cuarenta horas y un máximo de doscientas cuarenta horas, siempre con el consentimiento del condenado.

Con las reformas introducidas en 1997 y en el año 2000 en el CPP, se permite la aplicación de la suspensión a lo largo del cumplimiento de las penas, e introducen la posibilidad de vigilancia electrónica (brazalete), dentro de un radio de acción determinado por el juez a partir de un punto fijo, que normalmente será el domicilio del sujeto, si bien esta medida se encuentra subordinada a la entrada de los reglamentos que la regulen.

Los responsables de la ejecución de estas medidas son los Servicios Penitenciarios de Inserción y de Probation, dependientes del Ministerio de Justicia.

En última instancia se prevé la dispensa de pena y la actualización de la pena que puede estar sometida a un período de prueba (art. 132-40 a 45).

5º. La libertad condicional, que busca la reinserción de los condenados y la prevención reincidencia. Se permite habiendo cumplido la mitad de la pena. En caso de que la condena sea perpetua, el plazo mínimo para la concesión es de 15 años.

6º. Dentro de la fase de cumplimiento, se prevé la reducción de pena y permisos de salida cuya finalidad es la de mantener las relaciones familiares y preparar la salida del centro.

En cuanto a las reducciones (por buena conducta) son de 7 días por mes o de tres meses por año de encarcelación. Cuando el detenido cumpla una pena más larga, puede obtener, si se esfuerza en readaptarse, además una reducción de 2 meses por año o de cuatro días al mes, la mitad si es reincidente (art. 721 y 721-1 CPP).

7°. El Período de seguridad es el espacio de tiempo en el que no puede aplicarse ninguna de las medidas precedentes. Ésta es para penas de 10 años o más impuestas para determinados delitos (muerte, violación), o en el caso de que así sea señalado por el juez, para penas de al menos 5 años, independientemente del tipo de infracción.

Este período es de la mitad de la pena (18 años en caso de reclusión a perpetuidad) pero la jurisdicción del tribunal, puede reducirla o aumentarla hasta 2 tercios, y llevarla hasta 22 años en caso de perpetuidad o de 30 años en caso de asesinato de menor de 15 años acompañado de actos de tortura o barbarie.

Durante el mismo, el condenado no puede pedir ninguna medida del tratamiento penitenciario, ni permisos de salida, ni libertad condicional, ni reducciones de la pena salvo para la parte que quede de cumplimiento tras pasar el período de seguridad.

Cuando el condenado presenta signos de una readaptación excepcional, podrá reducir el período de seguridad. En caso de asesinato de menores de 15 años, si la pena a perpetuidad decide que no puede ser reducida, una Comisión, tras treinta años, podrá modificar dicha decisión.

Tradicionalmente, este tipo de medidas han tenido un gran desarrollo en el Reino Unido. Actualmente se contemplan las siguientes:

1. Suspensión de la condena. Desde la reforma de la Ley de Legislación Criminal de 1977, se permite a los tribunales dar a los delincuentes un recorte en la condena, suspendiendo entre un cuarto y tres cuartos de la condena de prisión, no necesariamente supervisado por asistentes sociales.

2. Trabajo en beneficio de la comunidad, actualmente configurada como un elemento más de la libertad condicional. Como institución independiente se denomina Community service order (40 y 240 horas).

3. Libertad vigilada o probation order, normalmente contiene tres condiciones: buen comportamiento, sometimiento al control del agente de vigilancia y el sometimiento a otras condiciones, normalmente relacionadas con problemas del sujeto.

La mayor parte de estas medidas son controladas por los servicios de Probation, con un número pequeño que compete a la policía, y el control de los controles electrónicos gestionados por empresas privadas.

Respecto del ordenamiento italiano, se regulan tanto en la Ley penitenciaria, como en la Ley de Reforma del Sistema Penal (Ley nº 689 de 24 de noviembre de 1981). Respecto de las recogidas en la Ley, se prevé la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis meses por una situación de semidetención (art. 55) y si es inferior a tres meses por la libertad vigilada (art. 56), y en los casos de penas inferiores a un mes por un pena pecuniaria. Igualmente se prevé la suspensión condicional de la pena en el art. 163 y el perdón judicial (art. 169).

Éstas se ven complementadas por las contenidas en el ordenamiento penitenciario:

- La semilibertad para penas inferiores a seis meses o hasta tres años si su cumplimiento se considera más apropiado que la aplicación de la libertad a prueba. También se puede aplicar para supuestos en que se hayan cumplido al menos la mitad de las penas superiores a tres años de prisión o, después de veinte años, en los casos de condenados a cadena perpetua. En estos supuestos se valora esencialmente la realización de actividades de carácter formativo o laboral.
- Libertad a prueba, en el que el sujeto es confiado a los servicios sociales. Medida impuesta por el Tribunal sentenciador, que puede comenzar antes incluso del ingreso en prisión y cuya duración máxima es de tres años, bajo la tutela de los Servicios sociales de adultos, dependientes del Ministerio de Justicia.
- Libertad a prueba en centros no dependientes de la Administración (art. 47 bis), dirigida a toxicómanos o con sujetos con dependencia del alcohol, condenadas a penas de prisión inferiores a cuatro años, bajo la tutela de los servicios sociales y desarrolladas en un ambiente familiar para el sujeto.
- Detención domiciliaria (art. 47 ter): aplicable por el Tribunal sentenciador a penas cuya duración no supere los cuatro años (o queden cuatro años de cumplimiento de una pena más larga). En este caso la supervisión de las obligaciones impuestas compete a la policía.
- Semidetención (art. 48-régimen abierto): comporta la obligación de pasar al menos 10 horas en el centro penitenciario. Se aplica a sujetos con penas inferiores a un año de privación de libertad. Son competencia de la policía.

5. CONCLUSIONES

1ª. El primer criterio que debemos tomar en consideración es que la pena privativa de libertad, independientemente de la finalidad que se le quiera adherir, siempre tendrá carácter aflictivo y perverso sobre cualquier persona. De ahí que debamos reconducir la discusión de las finalidades a las fórmulas de ejecución. En ningún caso la pena va a resocializar, ni reeducar, ni normalizar, ni hacer nada que no sea propiciarnos un medio para desarrollar medidas efectivas en orden a ayudar al sujeto.

2ª. Introducción de nuevas alternativas o fórmulas distintas de ejecución que promuevan un rápido descenso de la aplicación de penas de prisión (incompatible con la búsqueda de prevención general, como línea principal de atención en el ámbito europeo). Recordemos en este sentido que el propio Consejo del Poder Judicial, en su informe sobre el CP de junio de 1999, manifestaba su preocupación por la situación que a corto plazo podría convertirse en insostenible dada la masificación que a corto plazo podía producirse, básicamente desde las actuales limitaciones para la excarcelación.

Esta opción de alguna manera se enmarca en el llamado Estado de bienestar. Toda inclusión de medidas resocializadoras que evite la aplicación de la pena privativa de libertad, evitando sus efectos, exige por el contrario una política presupuestaria con un alto coste social, siendo que las actuales líneas de desarrollo no sólo no lo favorecen sino que la suelen recortar dada la escasez de medios y el incremento de la demanda social. En este sentido el trabajo, como criterio básico de actuación en el ámbito penitenciario, resulta imprescindible, como en el modelo francés, alemán e italiano.

Otro punto esencial en esta línea es el incremento de la utilización de la pena de multa. En el CP alemán, por regla general, puede decirse que toda pena privativa de libertad inferior a cinco años puede ser sustituida por una pena alternativa, la multa. Todo ello desde la valoración individual tanto de las características del sujeto como del hecho ilícito en sí mismo.

Un tercer aspecto esencial en esta línea de trabajo es la necesidad de introducir cambios significativos en el proceso penal. Así el § 153 de la Ordenanza Procesal alemana, que prevé para los delitos inferiores la posibilidad de que el Fiscal, con acuerdo del tribunal competente, renuncie al ejercicio de la acción penal, cuando la culpabilidad del autor fuera de poca entidad. Igualmente posibilita que el Fiscal, una vez abierto el juicio, puede suspender temporalmente, siempre con el acuerdo del Tribunal, el ejercicio de la acción correspondiente al delito, solicitando el cumplimiento de algún tipo de prestación, siempre que resulten en interés público, y la gravedad de la culpabilidad no se oponga a ello.

En este sentido, parece imprescindible la introducción del principio de oportunidad reglado que posibilite la no continuación de procesos penales frente a determinados ilícitos de poca gravedad, así como la apertura de vías alternativas en dicho marco como puede ser el de la mediación, cuya efectividad ha sido demostrada ya en experiencias llevadas a cabo en nuestro país.

Junto a éstas, la búsqueda del llamado Derecho penal de triple vía, es decir, que frente al sistema dualista de penas y medidas de seguridad, establece un nuevo instrumento o alternativa: la reparación, entendida como (conforme al Proyecto Alternativo sobre Reparación alemán de 1992) «la compensación voluntaria de las consecuencias del hecho mediante prestación voluntaria del autor y sirve al restablecimiento de la paz jurídica» (§ 1).

Ésta, tiene su fundamento en el principio de subsidiariedad y en una reestructuración del conflicto social que genera la conducta delictiva, introduciendo el interés directo de la víctima, entre los propios del autor y la sociedad, atendiendo tanto a necesidades de carácter preventivo especial (acto contrario del propio autor en el sentido de la norma) y general (se puede identificar como un reconocimiento de la vigencia de la norma).

3ª. Modificación radical de la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad en algunas de las líneas apuntadas por el proyecto alemán.

4ª. Creación de verdaderos servicios de asistencia postpenitenciaria, cuya labor se extendiera al apoyo psicológico, social y laboral durante un período de tiempo mínimo, imprescindible en la fase de readaptación del sujeto a la vida comunitaria.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, E.: «Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho Penal Europeo». *Poder Judicial* nº 43-44, 1996.
- CROSS, B.-NELLIS, M.: «Privación de libertad judicial y administrativa en Inglaterra y Gales». En *Estudio comparado sobre la privación de libertad en Europa*. Generalitat Valenciana, 1991.
- HASSEMER, W.: «Perspectivas del Derecho penal futuro». *Revista Penal* nº 1. 1998.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: «Contenido y límites de la privación de libertad». *Poder Judicial* nº 52, 1998.
- MARTÍN BARBERÁN, J.: «La aplicación de sanciones y medidas en la Comunidad en Europa y Estados Unidos». *Poder Judicial* nº 58.
- TÉLLEZ AGUILERA, A.: «Aproximación al Derecho Penitenciario de algunos países europeos». *BIMJ*, v. 52, nº 1818, 1998.