

¿UN DERECHO FUNDAMENTAL A LA REINSECCIÓN SOCIAL? REFLEXIONES ACERCA DEL ARTÍCULO 25.2 DE LA CE

Mónica Zapico Barbeito

Becaria FPU-Derecho Penal.

Universidade da Coruña

RESUMEN:

La naturaleza de la resocialización y reinserción social como un auténtico derecho fundamental -recogidas en el artículo 25.2 de la Constitución española-, ha sido objeto de un intenso análisis y discusión por parte de la doctrina y la jurisprudencia. En este artículo se recogen las distintas posturas al respecto, así como los argumentos que se entienden decisivos para entender a la reinserción y reeducación social como un auténtico derecho fundamental. Del mismo modo, el análisis no olvida que a pesar de la importancia del debate, este queda ensombrecido por el hecho de que el ideal resocializador vive una profunda crisis.

Palabras clave: reinserción social – derecho fundamental – crisis de la resocialización – permiso penitenciario.

ABSTRACT:

The nature of the resocialization and reintegration into society as a authentic fundamental right –collected in article 25.2 of the Spanish Constitution-, has been the subject of an intense analysis and discussion by the doctrine and the jurisprudence. This article lists the different positions on the subject, as well as the arguments that are critical to understanding the social reintegration and rehabilitation as a genuine fundamental right. In the same way, the analysis does not forget that, despite the importance of the debate, this is overshadowed by the fact that the ideal resocializing seeing a profound crisis.

Keywords: reintegration into society – fundamental right – crisis of the resocialization – prison leave.

¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE¹

Sumario: I. Introducción. II. El significado y contenido de la reinserción y reeducación social. III. La reinserción social como fin de la pena. IV. ¿Un derecho fundamental a la reinserción social? IV.1 La postura del Tribunal Constitucional. IV.2 La postura del Tribunal Supremo. IV.3 La postura doctrinal: ¿principio constitucional, de orden o derecho fundamental? IV.4 Caracterización de la reinserción social como un derecho fundamental. IV.5 La reinserción y la reeducación social como parámetros de la constitucionalidad de las normas V. Excurso. Los permisos penitenciarios. VI. La crisis del ideal resocializador. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

Quizá debiéramos comenzar diciendo que la tesis de la resocialización es una de las manifestaciones de los que luchan por un *“mejor Derecho penal”*². Con este ideal se pretende que las penas privativas de libertad dispongan de los mecanismos necesarios para la obtención de una auténtica reinserción de los penados, de manera que su función no sea la del mero castigo para el infractor por el delito cometido. Como consecuencia de este ideal resocializador, en la Constitución de 1978 (CE) se incluye por primera vez la referencia a los fines de la pena disponiendo en su artículo 25.2:

“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.”

Con este precepto el legislador constituyente pretendía apartarse de la orientación predominante del Derecho penal franquista dirigido hacia la prevención general de un modo especialmente intimidatorio³. Sin embargo, debido a las dificultades de interpretación que suscita el artículo 25.2 de la CE, ha sido objeto de numerosas críticas tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

El primer problema que plantea es que se refiere a la *“reeducación y la reinserción social”* pero no ofrece ninguna definición de ambos conceptos. Se trata de conceptos indeterminados que exigen una interpretación y delimitación para tratar de conocer exactamente a qué se refería el legislador constituyente al decir que las penas se orientarán hacia la reeducación y la reinserción social. A nadie se le escapa que esta es una cuestión importante, pues sabiendo el alcance de estos conceptos podremos entender, por una parte, cuando no estamos ante una verdadera política de reorientación de las penas hacia la reinserción y, por otra parte, de qué modo han de ser los tratamientos en prisión para lograr este objetivo.

1 La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la subvención otorgada al proyecto de I+D sobre “Espacio y Derecho penal” (DER2008-01523/JURI) por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del cual es investigador principal Carlos Martínez-Buján Pérez, Catedrático de Derecho penal de la Universidade da Coruña.

2 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, (J. M. Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1992) p. 26.

3 Cfr. CERESO MIR, J., “Los fines de la pena en la Constitución y en el Código Penal, después de las reformas del año 2003” en AA. VV. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, (Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2005), p. 217.

El segundo problema que plantea es que únicamente se refiere a la reinserción y reeducación social como mandato orientador de las “*penas privativas de libertad*”, olvidándose del resto de penas previstas en el Código Penal (CP). Parece más acertada la opinión de RODRÍGUEZ DEVESA quien considera que la reinserción y reeducación debería extenderse al resto de las penas, tanto las pecuniarias como las privativas de derechos⁴. De todos modos, algunos autores han entendido que la Constitución limita acertadamente la reinserción y la reeducación social a las penas privativas de libertad, al entender que el resto de las penas, por ser cumplidas en régimen de libertad, no comprometerían los vínculos sociales de la persona y por tanto no afectarían a su reinserción⁵.

Un tercer problema que presenta el artículo 25.2 CE es la ambigüedad que supone la referencia a que las penas “*estarán orientadas*” a la reeducación y la reinserción. Surge así el debate sobre si el legislador constituyente quería caracterizar o no la reinserción y la resocialización como fin exclusivo y excluyente de la pena privativa de libertad, o bien esta expresión permite al mismo tiempo dar entrada a otros fines de la pena -los preventivos generales o especiales- ya que, como veremos, las consecuencias de una u otra interpretación son muy diferentes y en nada intrascendentes.

El cuarto problema, y que constituye el núcleo de este trabajo, es si nos encontramos o no ante un derecho fundamental a la reinserción social. Su trascendencia radica en que las consecuencias en cuanto a la protección que recibe un derecho fundamental son sustancialmente diferentes a las que se derivan de un mero mandato orientador de la política penal, penitenciaria, la actuación del poder judicial o ante un principio constitucional.

En quinto y último lugar, aunque no menos importante, una vez analizada cuál puede ser la naturaleza de la reinserción, en qué consiste y cuáles son los problemas que plantea la interpretación del artículo 25.2 CE, interesa analizar la situación de la resocialización en la actualidad. Pues, al margen de las discusiones sobre su auténtica naturaleza, no resulta una novedad decir aquí que nos encontramos en un momento de crisis de, no sólo la reinserción como un derecho fundamental, sino del ideal resocializador.

El debate alrededor de la reinserción social no es una cuestión baladí pues las implicaciones prácticas de estas conclusiones van más allá de las meras discusiones doctrinales y jurisprudenciales y trascienden de forma directa en la política penal y penitenciaria.

II. EL SIGNIFICADO Y CONTENIDO DE LA REINSECCIÓN Y REEDUCACIÓN SOCIAL.

A la hora de analizar la naturaleza de la reinserción y reeducación social debemos hacer una breve referencia a aquello que entendemos por reinserción y reeducación. A pesar de que normalmente hablamos de la reinserción y la reeducación social como dos conceptos sinónimos -defecto del que me temo adolecerá este trabajo-, lo cierto es que nos encontramos con dos términos de significados similares pero con matices diferentes.

Por una parte, y por lo que respecta a la reeducación, esta no consiste meramente en la puesta a disposición de medios al recluso para que tenga acceso a la cultura y

4 Vid. sobre esta opinión, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M^a. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español, Parte General*, 18^a ed., (Dykinson, Madrid, 1995), p. 883.

5 Vid. CID MOLINÉ, J., “Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)”, en *Jueces para la Democracia*, n^o 32, Julio/1998, p. 39.

al desarrollo de la personalidad sino que, aunque solamente en su aspecto externo, la reeducación ha de ser entendida como un mecanismo para orientar al sujeto hacia los valores dominantes en una determinada colectividad⁶. Lo que sí se debe excluir como significado del término reeducación es un contenido ético de enmienda o regeneración moral. En definitiva, porque afortunadamente se sigue afirmando el fundamental derecho del recluso a pensar de modo distinto y, finalmente, a su libertad y su dignidad más esenciales⁷, de manera que una interpretación en sentido contrario supondría establecer una visión ética del Derecho penal⁸.

Por otra parte, para MAPELLI CAFARENA reinsertar: "... es volver a meter una cosa en otra. En este sentido reinsertión es un proceso de introducción del individuo en la sociedad, ya no se trata como en el caso de la reeducación de facilitarle ese aprendizaje para que sepa reaccionar debidamente en el momento de la liberación"⁹

La clave va a residir ahora en tratar de encontrar cuáles son los mecanismos para favorecer la vuelta del individuo a la sociedad, es decir, en qué ha de consistir la búsqueda de la reinserción social¹⁰.

Son muchas las soluciones e ideas que se han dado como medidas resocializadoras. Desde una perspectiva "negativa", de lo que no se debe hacer para la consecución de la reinserción se ha propuesto la eliminación de las penas privativas de libertad cortas¹¹, prescindir de las sanciones meramente disciplinarias¹², el respeto estricto a aquellos derechos fundamentales¹³ que no hayan sido afectados por el contenido del fallo¹⁴, evitar la creación de sociedades carcelarias que provocan la anulación de la individualización de los sujetos y su despersonalización, así como en muchos caso la introducción en subculturas criminales, o en definitiva, evitar la disciplina como fin último

6 Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Estudios penales*, (Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1984), p. 89 y 94; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, (Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005), p. 295. Esto, supondrá la difícil –o imposible– tarea de identificar los valores dominantes en una sociedad.

7 Vid. URÍAS MARTÍNEZ, J., "El valor constitucional del mandato resocializador", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 63, Septiembre/Diciembre 2001, p. 76, que señala que la inclusión del pluralismo político entre los valores superiores del ordenamiento en el artículo 1 de la CE implica el reconocimiento del valor constitucional del disenso. Así, en el caso de los reclusos cuyos delitos tienen una motivación aparentemente política, como es el caso del terrorismo o los objetores de conciencia o insumisos, no puede pretenderse la renuncia a estas ideas políticas como requisito para considerar cumplida la resocialización y posibilitar su salida de la prisión.

8 Esta visión ética de la reeducación, aun cuando es mantenida por algunos autores e incluso por los Tribunales italianos, es criticada porque de asumir esta interpretación se estaría dando un paso atrás en el proceso de secularización del Derecho penal, tal y como afirma ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., "Introducción" a C. BECCARIA BONESANA, *Tratado de los delitos y de las penas*, (Ed. Comares, Granada, 1996), p. 36 y ss.

9 Cfr. MAPELLI CAFARENA, B., *Principios fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, (Ed. Bosch, Barcelona, 1983), p. 151.

10 En este sentido, como pone de relieve GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal...cit.*, p. 295, la elección de los programas reinsertores puede hacer peligrar la libertad y la dignidad del penado por la naturaleza de la ingerencia y el probable rigor de la misma.

11 Pero, del mismo modo, también implica la eliminación de las penas de duración excesiva, por cuanto pueden suponer que cualquier reintegración de la persona en un mundo social sea ilusoria.

12 Vid. URÍAS MARTÍNEZ, J., "El valor constitucional...cit.", p. 73, que opina que las sanciones disciplinarias son un auténtico obstáculo, en especial la sanción de aislamiento.

13 Según, URÍAS MARTÍNEZ, J., "El valor constitucional...cit.", p. 77, la reinserción implica no sólo la obligación del respeto a los otros derechos fundamentales, sino también impone la obligación de interpretar estos del modo más favorable a la integración futura de los reclusos en la sociedad.

14 Es de especial importancia la necesidad del acuerdo del sujeto a la hora de aplicar un tratamiento de reinserción, es decir, la premisa ineludible de la colaboración del penado de manera que se produzca un diálogo ininterrumpido entre este y el Estado.

de la pena¹⁵. Por otro lado, desde una perspectiva positiva de lo que se debe hacer, para el éxito de cualquier política de reinserción es imprescindible el máximo contacto de los internos con el exterior durante el cumplimiento de la pena¹⁶ a través de visitas de familiares, contactos *vis a vis*, permisos de salida, régimen de semilibertad o libertad condicional, comunicaciones telefónicas o postales con el exterior, realización de actividades –como canto, música, teatro...–¹⁷.

No obstante, la clave estará en tratar de iniciar tratamientos carcelarios teniendo en cuenta la realidad de la cárcel, es decir, entendiendo la resocialización como la minimización los factores de desocialización inherentes a las penas privativas de libertad¹⁸. De esta forma, de lo que se trataría sería no tanto de reinsertar, como de evitar la desocialización inherente a la prisión.

En definitiva, la reeducación se entendería como la efectiva nivelación de asimetrías sociales y déficits culturales, mientras que la reinserción implicaría disponer de los medios tratamentales, jurídicos y de ayuda social para una vida digna en libertad, además del intento de minimizar la desocialización inherente a la prisión. De esta suerte, cuando nos referimos a la reinserción y reeducación, no podemos hacer una enumeración exhaustiva de los mecanismos con los que se va alcanzar este fin¹⁹ así como los tratamientos que lo cumplen²⁰. Debemos asumir que, en general, para conseguir la reinserción y reeducación es necesaria la aplicación de no sólo un tratamiento penitenciario²¹, sino también de una serie de decisiones legislativas tendentes, en líneas generales, a poner al recluso el máximo tiempo posible en contacto con el exterior y, de este modo, impedir que se desocialice en la medida de lo posible.

III. LA REINSERCIÓN SOCIAL COMO FIN DE LA PENA.

Una vez que se ha establecido lo que podemos entender por resocialización y reinserción social, surge la importante cuestión de entender si estos son fines exclusi-

15 Vid. sobre las ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, (Ed. Comares, Granada, 2001), p. 76 y ss.

16 Vid. CID MOLINÉ, J., “Derecho a la reinserción social...cit., p. 47.. NAVARRO VILLANUEVA, C., *Ejecución de la pena privativa de libertad*, (J. M. Bosch, Barcelona, 2002), p. 392, quienes consideran que la esencia de la reinserción se encuentra en posibilitar el contacto de la persona con el mundo exterior.

17 Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre...cit.*, p. 79.

18 Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J.Á., “Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: departamentos especiales y FIES 1 (CD)”, en AA. VV. *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p. 40.

19 En este sentido, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal...cit.*, p. 295, dice que lo que sí está claro es que la sociedad debe ofrecer los medios necesarios pero no imponerlos.

20 De todos modos, como señala GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal...cit.*, p. 296 y 297, con respecto a los tratamientos concretos, estos se hallan en crisis vistos los resultados que se produjeron en los países nórdicos. Y ello, entre otros motivos, porque carecemos de los medios materiales y económicos necesarios para proporcionar una oportuna terapia individualizadora, así como la insuficiencia de los conocimientos científicos actuales para prescribir e instrumentar en cada caso o grupo de casos el oportuno programa resocializador.

21 Un tratamiento penitenciario entendido como un programa de actuaciones socializadoras que pretendan hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, subvenir a sus necesidades y desarrollar una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad con respecto a la familia, al prójimo y a la sociedad en general (artículo 59 Ley Orgánica General Penitenciaria, LOGP) de manera que suponga un progreso en la educación y la convivencia, una modificación de la personalidad (artículo 65.2 LOGP) y un cambio de valores. Cfr. BUENO ARÚS, F., “Las reformas penitenciarias en España a la luz de los fines del derecho”, en AA. VV. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, (Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2005), p. 153 y 154.

vos y excluyentes de la pena privativa de libertad o bien el artículo 25.2 CE permite al mismo tiempo dar entrada a otros fines de la pena, los llamados preventivo general y especial.

En primer lugar conviene aclarar que el artículo 25.2 CE tiene un estructura que difiere de otras normas jurídicas, pues en lugar de estar determinada a dar una respuesta a una situación de hecho, se haya destinada al logro de un fin²². Así, la búsqueda de la reeducación y reinserción social son fines mediatos a los que, por exigencia del artículo 25.2 de la CE, deben ser orientadas las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad²³. El artículo 25. 2 CE determina de este modo que, a los fines o funciones generales del ordenamiento jurídico penal, se han de añadir los fines específicos de cada uno de los sectores del Derecho y, en la materia penitenciaria en la que nos encontramos se establece, no sólo por la Constitución sino también, y a raíz de esta, por la Ley Orgánica General Penitenciaria, que un fin específico será la reinserción y reeducación social.

Como podemos ver, la reeducación y reinserción social, a pesar de ser un fin específico en materia penitenciaria, no es el único fin de la pena privativa de libertad²⁴. Junto a ella se encuentran la prevención especial –de la que como veremos, la reeducación y reinserción es uno de sus aspectos- y general y, para algunos autores, la función retributiva²⁵. Si la reeducación fuera el único fin de la pena, el Derecho penal no podría cumplir su función de protección de los bienes jurídicos²⁶ en el caso de que el delincuente, por serlo de carácter ocasional y en el que no cabría apreciar peligrosidad criminal²⁷, no necesitase de tratamiento tendente a conseguir su reeducación y reinserción social²⁸. En un Estado Democrático y de Derecho, las funciones de las penas no pueden ser exclusivamente la prevención o retribución pero tampoco se puede interpretar que su único fin sea la reinserción y la resocialización²⁹. De este modo no ha de entenderse que el artículo 25.2 CE excluya la prevención general y especial como fines de las penas, sino que todas estas funciones se han de combinar pues todas tienden, de uno u otro modo, a un fin común como es la evitación de delitos como forma de protección social.

Así pues, cuando decimos que la reeducación y la reinserción social son fines mediatos de la pena, esto no supone que se excluyan las finalidades de la pena de retri-

22 Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre...*cit., p. 30 y 31.

23 Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., “Notas sobre...cit., p. 41 y ss.; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “El régimen cerrado”, en AA. VV, *Derecho Penitenciario y democracia*, (Fundación El Monte, Sevilla, 1994), p. 344 y 345; RÍOS MARTÍN, J.C. / CABRERA CABRERA, P. J., *Mirando el abismo. El régimen cerrado*, (Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid, 2002), p. 202.

24 Sobre este punto, CID MOLINÉ, J., “Derecho a la reinserción social...cit., p. 37 y ss., considera que realmente no nos encontramos ante un fin de la pena, sino que lo que en realidad contiene es un principio penal.

25 Vid., sobre los argumentos que impiden apreciar la mera función retributiva de la pena, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 8ª Edición, (Ed. Reppertor, Barcelona 2004), p. 83 y ss.

26 Vid. CERESO MIR, J., “Los fines de la pena...cit., p. 218.

27 En otras ocasiones, considera GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal...*cit., p. 294, el delincuente no sólo no puede serlo (el delincuente incorregible, habitual, plurirreincidente, etc.) o el que no quiere serlo, de manera que no colabora voluntariamente con el tratamiento reinsertor.

28 Como veremos, este es uno de los puntos que provoca más conflictos con respecto a la reinserción social. Hablamos del caso en que el fin reinsertor no se cumpliría con la pena pues el infractor no lo necesita por estar ya reinsertado. No obstante, la subsistencia de los otros fines de la pena hace que deba ingresar en prisión.

29 Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*cit., p. 104. Por lo demás, diversos autores consideran que si los Jueces y Tribunales tuvieran como criterio exclusivo la resocialización, se estaría vulnerando el principio de legalidad, otorgando un poder a la autoridad judicial no controlable, previamente, por la norma jurídica.

bución o prevención general y especial³⁰ -al menos no en sentido estricto- sino que la esencia de la reeducación y reinserción social como fines mediatos de las penas se encuentra en el principio infranqueable que impediría la exclusión *a priori* de la búsqueda de la posibilidad de reinserción³¹. Es decir, esencia de la reinserción como fin de la pena se encontraría en la no exclusión por medio de normas penales, decisiones administrativas o resoluciones judiciales de la mera posibilidad de alcanzar la resocialización.

Al mismo tiempo, la reinserción es uno de los aspectos de la prevención especial, junto con la advertencia o intimidación individual, aunque esta es sin duda la más relevante, pues consistiría en la labor realizada sobre el propio delincuente en la búsqueda de que no vuelva a delinquir en un futuro³². En este sentido, el ideal de reeducación y reinserción social ha de ser la orientación de las penas privativas de libertad no sólo como un fin independiente en cuanto que derivado del artículo 25.2 CE, sino también derivado de la teoría de la prevención especial positiva.

IV. ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL A LA REINSERCIÓN SOCIAL?

El problema fundamental que se plantea con respecto al artículo 25.2 CE es si nos encontramos ante un verdadero derecho fundamental a la reinserción social. La naturaleza de la reinserción como un derecho del recluso ha sido siempre discutida por la jurisprudencia y la doctrina de manera que las opiniones al respecto han variado entre considerar la reinserción de los penados una “concesión graciosa” del legislador o, por el contrario, encontrar su fundamento en la existencia de un verdadero derecho adquirido por el condenado³³. La polémica, lejos de desaparecer, se reavivó con la mala y confusa redacción del artículo 25.2 CE, el cual deja inevitablemente en manos de la interpretación la solución del problema.

Lejos de ser una mera discusión doctrinal, la consideración o no como un derecho fundamental de la reinserción tiene importantes repercusiones prácticas. Sin duda la más importante de ellas es que, dependiendo de la conclusión a la que se llegue, podría ser susceptible de invocación de amparo constitucional ante una posible vulneración del derecho fundamental a la reinserción social.

IV.1 La postura del Tribunal Constitucional.

A pesar de que numerosos autores han tratado de analizar la verdadera naturaleza de la reinserción, el TC como máximo interprete de la voluntad del legislador constituyente, ha tenido la última palabra al respecto.

La primera toma de posición del TC con respecto a la consideración o no de la resocialización como un derecho fundamental la encontramos en el Auto 15/1984, de

30 Vid. entre otros, MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*cit., p. 83 y ss.

31 Vid. RÍOS MARTÍN, J.C., “Realidad penitenciaria: La justicia penal vista desde las consecuencias”, en AA. VV., *Derecho Penitenciario II*, (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004), p. 530; BUENO ARÚS, F., “Las reformas penitenciarias...”cit., p. 179; Dicho de otro modo, se debe dejar siempre una puerta abierta a la resocialización y la reeducación, impidiendo así una renuncia absoluta a toda posibilidad de reinserción del recluso.

32 Vid. CEREZO MIR, J., “Los fines de la pena...”cit., p. 218; SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho Penal...*cit., p. 27.

33 Vid. BAEZA AVALLONE, V., *La rehabilitación*, (Ed. Edersa, Madrid, 1983), p. 123 y ss. donde recoge las diferentes opiniones al respecto con respecto a los sucesivos CP donde se recogía, de uno u otro modo, la reinserción social.

11 de enero³⁴. Ante un recurso de amparo constitucional en el que se alegaba que la pena impuesta carecía de toda finalidad de reinserción - pues el recurrente argumentaba que una pena impuesta después de cinco años de la realización de los hechos no puede tener ningún sentido reeducador-, el TC no lo admite porque considera que no nos encontramos ante un derecho fundamental³⁵. En concreto rechaza la tesis según la cual: "..., cuando en razón de circunstancias de tiempo, lugar o persona, cabe sospechar que una pena privativa de libertad no alcanza a lograr la reeducación o la reinserción social del penado se infringe un derecho fundamental de este."

De esta suerte, entiende que de la resocialización y reinserción no se derivarían derechos subjetivos para la persona y, por lo tanto, tampoco sería merecedora de la protección que estos reciben. No sería un derecho ni frente a la imposición de una pena ni tampoco respecto al modo de cumplimiento de una pena³⁶. En definitiva, lo que el TC quiere recalcar es que el artículo 25.2 CE no recoge un derecho susceptible de amparo, pues no existe un derecho fundamental a la reinserción y reeducación social sino que, por el contrario, la naturaleza de la reinserción sería la de un mandato orientador de la política penal y penitenciaria³⁷.

De esta suerte la norma constitucional se limitaría a señalar:

*"un norte para lo política penitenciaria, en el marco normativo y en la fase de ejecución cuyos destinatarios directos son lo poderes públicos"*³⁸

Entiende así que, en la medida en que la reinserción y la reeducación no son los únicos fines de la pena, quedarían debilitados por la existencia de otros motivos legítimos para establecer penas privativas de libertad, lo que impediría que nos encontrásemos ante auténticos derechos subjetivos para los reclusos³⁹.

En resumen, el Alto Tribunal entiende que el artículo 25.2 CE contiene sólo un mero mandato orientador dirigido al legislador y a los encargados de la ejecución de las penas para que lo tengan en cuenta en la confección, imposición y ejecución de las normas penales⁴⁰. De este modo, viene a identificar la reinserción con los principios rectores de la política social y económica recogidos en el Capítulo III⁴¹, respecto de los cuales el artículo 53.3 CE dice que simplemente *"informarán la legislación positiva, la práctica jurídica y la actuación de los poderes públicos"*.

Durante los años siguientes, esta postura del TC se afianzó al mismo tiempo que aumentaba el número de recursos en que se exigía la conmutación de la pena de los ciudadanos que hubiesen demostrado sobradamente su reeducación social y en los que se

34 En este mismo sentido se pronuncia el TC en numerosas resoluciones, entre otras la SSTC 28/1988, de 23 de febrero; 209/1993, de 28 de junio; 2/1997, de 13 de enero; 79/1998, de 1 de abril, etc.

35 Sobre la interpretación del TC de que la orientación reeducativa no es un derecho fundamental vid., CASAS BAAMONDE, M. E., / RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. / BRAVO-FERRER (dir.) *Comentarios a la Constitución española*, (Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008), p. 763.

36 Cfr. URÍAS MARTÍNEZ, J., "El valor constitucional...cit., p. 60.

37 "...que el artículo 25.2 CE es un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos..." Cfr. ATC 15/1984, de 11 de enero, y en este mismo sentido, vid., SSTC 19/198, de 16 de febrero, 150/1991, de 4 de julio, 55/1996, de 28 de marzo y 119/1996, de 8 de julio.

38 Cfr. STC 209/1993, de 28 de junio.

39 Vid. CID MOLINÉ, J., "Derecho a la reinserción social...cit., p. 37.

40 Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines...cit.*, p. 28 y 27.

41 Cfr. BUENO ARÚS, F., "Las reformas penitenciarias...cit., p. 154. En este sentido, según ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los...cit.*, p. 31, hubiera sido más oportuno introducir la resocialización en el Capítulo III por corresponderse más claramente con la naturaleza de aquel.

impugnaba la denegación de los beneficios penitenciarios o la denegación de los permisos de salida⁴²—cuya finalidad es facilitar la adaptación del penado al medio social, y así conseguir una resocialización una vez acabado el período de privación de libertad—.

De lo dicho parece deducirse que uno de los motivos principales de las reticencias del TC a admitir la resocialización como un derecho fundamental se deriva de sus posibles implicaciones prácticas. El asimilar la reinserción a un derecho fundamental podría suponer la admisión implícita de que la pena tiene una función exclusivamente resocializadora lo que supondría que todo aquel condenado ya resocializado, o que nunca necesitó esa resocialización, no tuviese que cumplir la condena pues el fin para el que fue impuesta ya ha sido alcanzado⁴³. Entre otros, nos encontraríamos ante el supuesto del autor ocasional que realizó la conducta criminal en una situación única de conflicto cuya repetición no es posible —por ejemplo la persona que asesina por venganza a aquel que ha abusado de él en la infancia— o, también, aquellas situaciones en que el mismo agente no puede volver a cometer el delito —por ejemplo el caso de que enfermedades graves sobrevinidas al autor del delito que le impidan la comisión de posteriores acciones delictivas—, o en el caso de que la persona que, tras pasar mucho tiempo desde la comisión del delito, ya esté resocializada —por ejemplo el caso del ex toxicómano rehabilitado que ha de ingresar en prisión pasados varios años de la comisión del delito⁴⁴—.

El TC niega que en estos casos no deba ser ejecutada la pena, pero la razón no debe ser que no exista un derecho fundamental a la resocialización sino porque, como hemos dicho, el fin exclusivo y excluyente de la pena privativa de libertad no es la resocialización. Al contrario, no podemos olvidar los fines de prevención especial y general de la pena e incluso para algunos, los retributivos, los cuales aun quedarían latentes a pesar de la resocialización del recluso o incluso la innecesariedad de esta.

No obstante, a pesar de no considerar la reinserción y reeducación como un derecho fundamental del condenado a una pena privativa de libertad, en alguna ocasión ha afirmado que esta finalidad reinsertora sí da lugar a derechos fundamentales amparables⁴⁵. En este sentido, de la finalidad reinsertora se ha deducido a veces una especial garantía jurisdiccional de los internos en los establecimientos penitenciarios⁴⁶ o incluso, el “*derecho a la reinserción social una vez conseguida*”⁴⁷.

42 Precisamente —como veremos *infra*, “*Excurso. Los permisos penitenciarios*”— a propósito de los permisos de salida, el TC ha intentado aclarar la relación existente entre el desarrollo legal objetivo de la reinserción social y los derechos de los ciudadanos. Así en la STC 75/1998, de 31 de marzo, determina que si bien los permisos de salida son un mecanismo dirigido a satisfacer el objetivo de la reinserción, no obstante, esta congruencia con la Constitución no la convierte automáticamente en un derecho fundamental. Vid., sobre este punto, NAVARRO VILLANUEVA, C., *Ejecución de la pena...cit.*, p. 400 y ss.

43 Este fue el argumento alegado para solicitar la conmutación de la pena de los ciudadanos que hubiesen demostrado sobradamente su reeducación social, como fue el caso del ATC 486/1985, de 10 de julio.

44 Según ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines...cit.*, p. 49, especial referencia merece este supuesto en el que el sujeto, debido a la lentitud de la justicia, ingresa en prisión años después de haber cometido el delito por el que, finalmente, se le ha condenado, precisamente cuando ha modificado completamente su *modus vivendi* y se encuentra plenamente integrado en la sociedad e incluso es uno de sus modelos más representativos. Parece que en estos supuestos, si bien es cierto que los otros fines de la pena permanecen vigentes, el esfuerzo rehabilitador del condenado, la ineficacia de la justicia —lo que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio sin dilaciones indebidas— así como la justicia material del caso pueden hacer que prime el principio resocializador sobre los otros fines de las penas y, en casos concretos, dar lugar al indulto por parte del Estado.

45 Vid., sobre la excepción de los derechos y garantías derivados de la finalidad reinsertora, URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional...cit.”, p. 61 y ss.

46 Vid., sobre ello, SSTC 2/1997, de 13 de enero, 112/1996, de 28 de junio, etc.

47 Por ejemplo, si se aprecia la rehabilitación objetiva de la persona, que se dé carta de naturaleza a la misma y se prohíba el uso de los antecedentes penales. Vid., URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional...cit.”, p. 62.

Lo que resulta más interesante de las interpretaciones del TC es que parece deducirse la existencia de un derecho a que las leyes que establezcan mecanismos de reinserción sean interpretados de la manera más favorable a la integración social del delincuente en la sociedad. De esta forma, existiría un derecho a que las leyes penales y penitenciarias se apliquen de acuerdo con el artículo 25.2 CE. Los derechos creados por ley con intención de alcanzar los objetivos que propone el artículo 25.2 CE gozarían así de una especial protección. En definitiva, a pesar de no ser considerado un derecho fundamental del condenado, la reinserción se convierte en el criterio interpretativo del régimen jurídico de privación de libertad⁴⁸.

Junto con esta línea jurisprudencial, nos encontramos con sentencias del Alto Tribunal donde no sólo se cuestiona la naturaleza de derecho fundamental de la reinserción y resocialización de los penados, sino también sentencias donde se admite que la reinserción puede dejar de ser uno de los fines de las penas privativas de libertad de manera que no sería contraria a la Constitución la aplicación de una pena que no respondiese a una orientación resocializadora: "...de esta declaración constitucional no se sigue ni que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación de libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la constitución la aplicación de una pena pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista"⁴⁹

Y ello es así, porque se entiende que existe otro segundo y más valioso fin de las instituciones penitenciarias, la retención y custodia de los detenidos, presos y penados: "(el artículo. 25.2 CE) no genera un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prisión se rija exclusivamente por el mismo, con independencia del también "fin primordial" de las instituciones de "retención y custodia de detenidos, presos y penados"(artículo 1 LOGP) que comporta "garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro"⁵⁰

Como vemos en esta Sentencia, la relativización de la importancia del principio de resocialización en aras a la potenciación de la retención y la custodia como fines de la pena no es sólo una opinión del Alto Tribunal, sino que este se basa en el nuevo criterio preeminente establecido en los artículos 1 LOGP y 2 del Reglamento Penitenciario (RP):

Art. 1 LOGP: 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.

Art. 2 RP: Fines de la actividad penitenciaria. La actividad penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados y la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares.

A la luz de esta jurisprudencia constitucional contradictoria, y atendiendo a las disposiciones de la LOGP y el RP, puede concluirse que, obviando el sentido del artí-

48 Según URÍAS MARTÍNEZ, J., "El valor constitucional...cit., p. 63 y ss., el TC da, de esta forma, un paso importante en la necesidad de garantizar la reinserción social de los delincuentes, de manera que las restricciones de los beneficios penitenciarios que faciliten la reinserción social deberán ser debidamente motivadas, especificando el porqué otros bienes jurídicos han tenido preeminencia sobre el principio resocializador.

49 Vid. SSTC 19/1988, de 16 de febrero, 112/1996, de 24 de junio; 75/1988, de 31 de marzo, etc.

50 Vid. STC 119/1996, de 8 de julio, en su F. J. 4.

culo 25.2 de la CE, se ha asumido, tanto legislativa como jurisprudencialmente, el abandono de la función rehabilitadora como uno de los fines de la pena privativa de libertad. En efecto, esta orientación ha quedado subordinada al nuevo fin preeminente, la búsqueda de la retención y la custodia⁵¹. La retención y la custodia, medios para alcanzar el fin resocializador, dejan de ser meros medios⁵² para convertirse en fin superior en sí mismo, abandonando de esta forma todo intento de armonización entre los principios de seguridad, orden y disciplina, y la exigencia constitucional de la búsqueda de la resocialización.

De este modo, podemos ver que la posición del TC ha ido evolucionando. En un primer momento, a pesar de cuestionar su naturaleza de derecho fundamental, disponía que según el artículo 25.2 CE la reinserción social debía ser mandato orientador de la política criminal y penitenciaria. Ahora, no sólo no es un derecho fundamental, sino que ni tan siquiera es un mandato orientador de las penas, pues se ha instaurado un nuevo mandato orientador, la retención y la custodia. En este sentido, el debate acerca de la naturaleza de la reinserción social ha quedado obsoleto, abriendo paso al debate sobre la existencia misma de la reinserción.

IV.2 La postura del Tribunal Supremo.

Como en otras cuestiones relevantes, las opiniones del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional al respecto son radicalmente opuestas, de manera que en este punto el TS ha seguido una línea evolutiva inversa a la del TC⁵³. Si bien es cierto que no se pronuncia explícitamente, sí se desmarca de la interpretación limitativa de derechos que realiza el TC, de suerte que defiende los argumentos esgrimidos por aquellos que entienden que nos encontramos ante un derecho subjetivo a la reinserción social. Así, señala que, “La orientación de las penas a la reinserción y reeducación ya entendida como principio inspirador de la política penitenciaria, ya como derecho que actúa en fase de ejecución de la pena, supone que el ordenamiento jurídico debe prever unas instituciones que tengan en cuenta que el interno debe reinsertarse a la sociedad, por lo que debe ser “preparado para ella (grados de cumplimiento permisos, etc.) y que debe atender a las deficiencias educacionales que, precisamente, inciden en su actuar delictivo, lo que satisfaría la reinserción”⁵⁴.

O en esta misma línea, “El artículo 25.2 de la Constitución española superpone los criterios de legalidad, reinserción y resocialización a cualquier otra finalidad de la pena y sería absurdo renunciar a la consecución de estos fines cuando no existe un obstáculo legal, expreso y taxativo, que se oponga a la adopción de medidas accesorias... La voluntad explícita del legislador constitucional nos dice que la respuesta adecuada del sistema punitivo y sancionador tiene que ajustarse a criterios de proporcionalidad, racionalidad, individualización y resocialización...”⁵⁵.

51 Vid. ARANDA OCAÑA, M., “Análisis descriptivo de la situación penitenciaria en España”, en DORES, A.P. (org.) *Prisões na Europa. Um debate que apenas começa*, (Celta Editora, Oeiras, 2004), p. 106, que señala como esto es verificable con una mera operación numérica: el número de artículos de la LOGP y el RP dedicados al tratamiento es manifiestamente inferior al de los artículos dedicados al régimen y disciplina.

52 Como señala BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., “Notas sobre...cit.”, p. 41, la necesidad de seguridad en el centro no deja de ser un medio preordenado a la consecución de un fin superior como es el ideal resocializador.

53 Vid., sobre el “portillo” que ha abierto el Tribunal Supremo en esta materia, SEGOVIA BERNABÉ, J. L., “Problemática en torno a la reinserción social” en AA. VV., *Derecho Penitenciario II*, (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004), p. 576 y ss.

54 Cfr. STS de 20 de abril de 1999.

55 Cfr. STS 1 de junio de 1990.

A pesar de que la postura del TS resulta esperanzadora en relación a la posición adoptada por el TC para este supuesto, no debemos olvidar la importancia relativa de la doctrina del TS, no sólo por ser muy contradictoria, sino porque es el TC el que establece la interpretación definitiva de la letra de la Constitución.

IV.3 La postura doctrinal: ¿principio constitucional, de orden o derecho fundamental?

La decisión del Tribunal Constitucional de considerar que nos encontramos exclusivamente ante un mandato orientador de la política penal y penitenciaria es muy discutida doctrinalmente y no hay acuerdo sobre si nos encontramos más bien ante un principio u orden constitucional, o más bien ante un auténtico derecho fundamental a la resocialización y reinserción social⁵⁶.

Una parte de la doctrina considera que si bien es cierto que no nos encontramos ante un derecho fundamental a la reinserción social, es algo más que un mero mandato orientador de la política penal y penitenciaria. Nos encontraríamos no tanto con un mandato en sentido estricto -que sólo debe ser exigido al legislador-, cuanto ante un principio constitucional⁵⁷ que debe ser exigido a todos los poderes públicos en el desarrollo de su actividad⁵⁸.

Este sector doctrinal se basa en el concepto de principio de DWORKIN según el cual sería un principio si cumple dos condiciones. Por una parte, que se trate de un enunciado que no exprese un mero objetivo político sino que establezca un ideal de justicia dirigido a los poderes públicos. De esta suerte, la resocialización no sería un mero mandato orientador de la política penal y penitenciaria, sino que establecería un ideal que debe ser seguido por los poderes públicos. Por otra parte, un principio exige que ese ideal de justicia esté establecido de manera que deje abiertas las condiciones a su aplicación, esto es, que en determinados supuestos de colisión pueda tener más peso el otro principio con el que entre en colisión. Y para este sector doctrinal esta sería una de las características del “principio de resocialización”, el cual podría ceder en caso de colisión con otros principios.

Otros sectores doctrinales consideran, por una parte, que realmente no nos encontraríamos ante un mandato constitucional en sentido estricto sino más bien, simplemente ante un objetivo al que deben tender los poderes públicos⁵⁹. Otra postura se centraría en entender la reinserción y reeducación social como una “*supragarantía*”⁶⁰.

56 Vid. en este sentido, BUENO ARÚS, F., “Las reformas penitenciarias...cit., p. 154; NAVARRO VILLANUEVA, C. *Ejecución de la pena...cit.*, p. 397 y ss.; SEGOVIA BERNABÉ, J. L., “Problemática en torno...cit., p. 577 y ss.; CID MOLINÉ, J., “Derecho a la reinserción social...cit., p. 37 y ss.

57 Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los...cit.*, p. 31. CID MOLINÉ, J., “Derecho a la reinserción social...cit., p. 37 y ss., quien considera que nos encontramos ante un principio penal que por estar contenido en la Constitución adquiere el carácter de principio constitucional.

58 De todos modos, MAPELLI CAFARENA, B., *Principios fundamentales...cit.*, p. 134, entiende que debe hacerse una interpretación restringida, entendiendo que el principio se haya dirigido no a todos los poderes públicos, sino sólo al momento de la ejecución de la sanción penal, es decir, un principio dirigido exclusivamente al ámbito penitenciario.

59 Vid. URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional...cit., p. 60, que considera que el artículo 25. 2 CE es más similar al artículo 27.2 CE: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y libertades fundamentales”.

60 En este sentido, NAVARRO VILLANUEVA, C., *Ejecución de la pena...cit.*, p. 391, entiende que la reinserción y reeducación se deben caracterizar como “*supragarantías*” por varias razones. Primero, porque se trata de una de las garantías específicamente previstas para la ejecución de la pena privativa de libertad. Segundo, porque dicha garantía debería ser el parámetro delimitador para determinar el alcance de la tutela judicial efectiva en el proceso de ejecución de la pena. Y tercero, porque la reinserción y reeducación pueden justificar en sentido amplio la posible alteración del título ejecutivo originario, ya sea suspendiéndolo, ya sea modificándolo.

No obstante, a pesar de la diversidad de opiniones al respecto, la mayoría de los autores consideran que a pesar de que el TC no lo haya querido así, la reeducación y la reinserción social no son meros mandatos orientadores de la política penal o penitenciaria, ni tan siquiera principios constitucionales⁶¹, sino que tienen naturaleza de derecho fundamental. De esta forma, existiría un derecho a la reeducación –entendido como efectiva nivelación de asimetrías sociales y déficits culturales- y, al mismo tiempo, un derecho a la reinserción –a disponer de los medios tratamentales, jurídicos, y de ayuda social para la vida digna en libertad- como dos facetas diferenciadas pero concurrentes del artículo 25.2 CE⁶².

IV.4 Caracterización de la reinserción social como un derecho fundamental.

Entre los argumentos esgrimidos para negar la naturaleza de derecho fundamental de la reinserción social está el hecho de que no es verdaderamente el único fin de las penas privativas de libertad. Por otro lado, que en caso de colisión con otros derechos no siempre es preeminente. También se niega su naturaleza de derecho fundamental por lo utópico de la búsqueda de la resocialización.

En primer lugar, en contra de lo que opina el TC, que la resocialización no sea el único fin de la pena privativa de libertad no es obstáculo para reconocer que la resocialización es un derecho fundamental, ya que supondría un error no discernir entre su naturaleza de derecho fundamental y su función como uno de los fines de la pena. Del mismo modo, tampoco nada impide que aun siendo un mandato al legislador no pueda incluir en sí mismo un derecho subjetivo invocable ante los Tribunales de Justicia⁶³, ya que son muchos los mandatos constitucionales incluidos en la Sección 1ª del titulado “*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*” que llevan implícito, además, un derecho fundamental⁶⁴.

En segundo lugar, el hecho de caracterizarlo como un derecho fundamental no implica que en determinados supuestos no deba ceder en caso de colisión con otros derechos o principios. La naturaleza de los derechos fundamentales no impide su limitación en caso de colisión con otros derechos⁶⁵, por lo que puede ceder en determinados casos ante los derechos de otras personas o determinados bienes constitucionales⁶⁶.

En definitiva, nos encontramos ante una “*norma de programación final*”⁶⁷ que, debido a su indeterminación, deja un amplio margen de actuación a los poderes públi-

61 En esta línea, CID MOLINÉ, J., “Derecho a la reinserción social...cit., p. 42, ha entendido que si bien nos encontramos ante un principio constitucional, esto no obsta para que de este se deriven derechos fundamentales para la persona condenada.

62 Cfr. SEGOVIA BERNABÉ, J. L., “Problemática en torno...cit., p. 579.

63 Cfr. URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional...cit., p. 59.

64 Así, sirva como ejemplo el artículo 17.3 CE “*Toda persona detenida deberá ser informada de forma inmediata de sus derechos*”, que además de ser un mandato hacia los poderes públicos, es un derecho fundamental de la persona detenida a ser informada de sus derechos.

65 Entre otros muchos ejemplos, cuando se produce una colisión entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, se ha de producir necesariamente una limitación de uno de los dos tras ponderar cual debe protegerse preeminentemente según las circunstancias concretas del caso. De esta suerte, como indica URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional...cit., p. 77, si algo caracteriza el régimen de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento no es ya su tutela judicial efectiva o su resistencia al legislador, sino su posible limitación por ser base previa de todo el sistema constitucional.

66 Vid., sobre este punto, CID MOLINÉ, J., “Derecho a la reinserción social...cit., p. 41 y ss., que analiza los límites al derecho a la reeducación y a la reinserción social.

67 Vid. DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., (Ed. Ariel, Barcelona, 1988), p. 43.

cos los cuales podrán y deberán compatibilizar este fin no excluyente con otras finalidades que pudiesen concurrir⁶⁸. De esta suerte, el derecho a la reinserción podría ser limitado en dos momentos: en el momento de la creación de la norma, es decir, cuando el legislador regula aquellas instituciones que suponen el desarrollo de un derecho fundamental⁶⁹, y en el momento de la aplicación de la norma, cuando jueces y administración penitenciaria deciden sobre su aplicación. No obstante, esto no debe implicar que siempre que entre en conflicto la reinserción con otros derechos, bienes o garantías constitucionales vaya a ser sacrificado, sino que habrá que hacer un juicio de ponderación para ver en que casos está justificado el sacrificio de este derecho en aras a la protección de los otros bienes o derechos con los que entra en conflicto⁷⁰. Atendiendo a lo expuesto, será crucial la ponderación que se realice entre el derecho a la reinserción y reeducación y los otros bienes o derechos con los que entre en conflicto, pues de esa ponderación se derivará la adecuada protección del derecho a la reeducación. El legislador o el órgano aplicador de derecho (judicial o administrativo) que siempre que haya un conflicto entre el derecho a la reinserción social y otro derecho o bien dé preeminencia a ese otro derecho en conflicto, realmente lo que estaría haciendo es privar de su naturaleza de derecho a la reinserción⁷¹. De todas formas, no hay que olvidar que la actividad del legislador goza de un control constitucional tanto por la vía de la confrontación directa con el principio constitucional desarrollado, como por la vía indirecta de atender a los principios de igualdad y de proporcionalidad.

En tercer lugar, otro motivo que ha sido esgrimido para negar la naturaleza de derecho fundamental a la resocialización y reinserción social es que resulta utópico creer que el objetivo resocializador pueda conseguirse a través de la imposición de una pena privativa de libertad. Al margen de que esto pueda ser cierto⁷², el hecho de que el Estado no se encuentre en condiciones de asegurar la consecución en la mayor parte de los supuestos de los fines reinsertores y reeducadores, no es obstáculo para que estos sean considerados derechos fundamentales⁷³.

Considerar que sólo es un derecho fundamental aquel que objetivamente es factible, en todos y cada uno de los casos, nos llevaría, siendo coherentes, a vaciar el catálogo de derechos fundamentales recogido constitucionalmente pues desgraciadamente el Estado Social, Democrático y de Derecho sólo puede *tratar* de garantizar esos dere-

68 Como vemos, el argumento esgrimido por el sector de la doctrina que entiende que nos encontramos ante un principio -pues este puede ceder ante otro principio en determinados supuestos de colisión-, no sería relevante, puesto que los derechos también pueden -y así ocurre- ceder ante la existencia de otros derechos en un conflicto concreto.

69 De esta forma, los derechos a la reeducación y reinserción social podrían entrar en conflicto con la garantía de una vida ordenada en prisión -en la que deben protegerse los derechos de todas las partes involucradas y otros bienes colectivos relativos al funcionamiento de la institución penitenciaria, lo que exigirá el sometimiento a un conjunto de normas por parte de las personas internadas-, con la garantía del cumplimiento de la pena -que entrará en conflicto con los derechos a la reinserción y reeducación social en aquellos casos en que las actividades relativas a la reinserción hagan prever que se sustraerá del cumplimiento de la pena- y con la protección de terceras personas frente a acciones delictivas de la persona condenada -en el caso de que la reinserción entre en conflicto con la seguridad de las personas externas a la institución-.

70 Cfr. CID MOLINÉ, J., "Derecho a la reinserción social...cit., p. 42.

71 Así pues, el juicio de ponderación realizado tanto por el legislador - al establecer condiciones para el disfrute de las instituciones de reeducativas o reinsertoras- como por los aplicadores del derecho -en la motivación de la resolución administrativa o judicial- que permitiría limitar temporalmente el derecho a la reinserción y reeducación social, deberá superar tres etapas: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

72 Vid. *infra* "La crisis del ideal resocializador".

73 Esta sería la opinión de ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los...cit.*, p. 37, el cual, atendiendo a que en el momento presente histórico sería imposible en la mayor parte de los supuestos la consecución de los fines resocializadores, asume que no podemos hablar de un derecho fundamental a la reinserción.

chos a los ciudadanos, aun sabiendo que no está en su mano garantizárselos en cada caso particular a todos y cada uno de los ciudadanos –sirvan como ejemplo el derecho a una vivienda justa y adecuada del artículo 47 CE, el libre acceso a la cultura del artículo 44.1 CE, el derecho a un trabajo del artículo 35 CE, etc.-. La función del Estado es tratar de lograr esas finalidades, aun a pesar de que objetivamente no lo vaya a conseguir en todos los supuestos.

Por otro lado, la labor del Estado para este y para todos los demás derechos no es sólo garantizar su consecución, sino su reparación una vez que estos han sufrido una quiebra o vulneración. Este sería el contenido también del derecho fundamental a la reinserción social. No sólo procurar alcanzar la reinserción para los penados a través de las normas, las decisiones judiciales y las medidas penitenciarias, sino que en el caso de que los poderes públicos actúen en su detrimento, protegerla y restaurarla. Y esta sí es una función que el Estado puede y debe realizar. Quizá no pueda garantizar que una persona se va a resocializar en prisión, pero sí ha de tender a que por lo menos tenga esa posibilidad de reinsertarse y, cuando observe que las medidas penales, penitenciarias o judiciales son radicalmente contrarias al objetivo reinsertor, ha de tratar de poner remedio.

Este sector doctrinal que apoya la caracterización de la reeducación y reinserción social como auténticos derechos subjetivos del recluso aduce además una serie de motivos para fundamentar esta teoría.

En primer lugar, por razones de fondo, ya que el tratamiento de derecho fundamental que se da a la libertad en el artículo 17 de la CE debería extenderse a la reeducación y reinserción como modulador de esta⁷⁴.

En segundo lugar, por dos razones de forma. Por una parte, porque la reeducación y reinserción social se integran dentro del Título I “*De los derechos y deberes fundamentales*”, Capítulo II “*Derechos y libertades*”, Sección 1ª del titulado “*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”⁷⁵. No obstante, es cierto que no todo lo que contiene la Sección 1ª son derechos fundamentales, sino que hay también principios constitucionales, principios generales del derecho, criterios organizativos, principios de orden, garantías institucionales, garantías procesales... Este ha sido el argumento esgrimido por otros autores – y por el propio TC⁷⁶- para considerarlo una mera norma orientadora e informativa de la política penal y penitenciaria⁷⁷. De todos modos, si bien es cierto que en la Sección 1ª se incluyen no sólo derechos fundamentales sino otro tipo de garantías y principios constitucionales, parece que en este caso, por la concurrencia de las otras razones expuestas, su ubicación en el Capítulo de los derechos fundamentales es decisiva para su consideración como un derecho fundamental. Por otra parte, si el constituyente hubiese querido que la reinserción y reeducación social fueran meros mandatos orientadores de la política penal y penitenciaria, los habría situado en el capítulo relativo a los “*Principios rectores de la política social y económica*”, en lugar de incluirlo en el capítulo relativo a los “*Derechos y libertades*”⁷⁸.

74 Cfr. BUENO ARÚS, F., “Las reformas penitenciarias...cit., p. 154.

75 Vid. BUENO ARÚS, F., “Las reformas penitenciarias...cit., p. 154; NAVARRO VILLANUEVA, C., *Ejecución de la pena...cit.*, p. 398 y 399.

76 Así en el ATC 360/1990, de 5 de octubre concluye que: “...el hecho de que el contenido normal de los preceptos situados en la Sección primera del capítulo segundo del Título I sean derechos y libertades no quiere decir que todos y cada uno de sus extremos constituyan ese tipo de instituciones jurídicas”

77 Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los...cit.*, p. 29 y 30.

78 Vid. CID MOLINÉ, J., “Derecho a la reinserción social...cit., p. 40, quien determina que la Constitución no quiere que este precepto sólo oriente la actividad de los poderes públicos sino que además pretende atribuir categoría de derecho fundamental a la exigencia de limitación de las penas que se deriva del principio de reeducación y de reinserción social.

En tercer lugar por razones de lógica constitucional, pues siendo las penas privativas de libertad la más rígida privación de los derechos fundamentales, es natural que la Norma Fundamental se haya preocupado por salvaguardar un conjunto de derechos fundamentales de la persona privada de libertad⁷⁹.

En modo alguno nos encontramos con una discusión doctrinal sin relevancia. El considerar o no la reinserción y la resocialización como un derecho fundamental de la persona privada de libertad tiene una serie de consecuencia, distintas y más relevantes que su mera caracterización como un mandato constitucional o tan siquiera como un principio constitucional.

En primer lugar, obliga tanto juez o tribunal sentenciador como al juez de vigilancia penitenciaria a interpretar de la forma más favorable para la efectividad de ese derecho fundamental⁸⁰. De todos modos, como ya dijimos al exponer la doctrina del TC⁸¹, a pesar de negar su caracterización como un derecho fundamental, existe una línea jurisprudencial que determina la existencia de un derecho a la interpretación de las leyes que establezcan mecanismos de reinserción de la manera más favorable a la integración social del delincuente en la sociedad⁸². Por lo que, estando o no caracterizado como un derecho fundamental, la resocialización ha de ser interpretada del modo más favorable posible para darle efectividad.

En segundo lugar, su caracterización como derecho fundamental abre la posibilidad de modificar el título ejecutivo mientras se está ejecutando la pena privativa de libertad que contiene⁸³. Y esta modificación se podrá dar tanto al inicio como a lo largo de la ejecución. Por una parte, *ab initio*, esto es, antes de proceder a la ejecución penal, a través de la suspensión del título ejecutivo⁸⁴, por aplicación de la medida alternativa conocida tradicionalmente como remisión condicional o mediante la sustitución de la pena privativa de libertad por otra. Por otra parte, la modificación se puede dar a lo largo de la ejecución mediante la concesión de alguno de los beneficios penitenciarios que entrañen el acotamiento efectivo de la condena tales como el indulto o aquellos que suponen una variación sustancial de la ejecución material de la pena, como ocurre en el caso de la libertad condicional.

En tercer lugar, la consideración de la reinserción social como un derecho fundamental o como un mero mandato constitucional no es una cuestión baladí en tanto que la naturaleza de derecho fundamental le conferiría una doble eficacia como institución del sistema jurídico y como facultad de los reclusos. En este sentido, una norma que vulnerase el derecho fundamental a la resocialización podría ser llevada ante el TC, pues abriría la vía del amparo constitucional. Por el contrario, como mero mandato orientador carecería de esta doble eficacia como facultad para el recluso, limitándose a ser una institución del sistema jurídico. En este caso, su vulneración a través de una norma no permitiría la interposición de un recurso de amparo, sino únicamente la esperanza de que en un proceso específico, al comunicárselo al órgano

79 CID MOLINÉ, J., "Derecho a la reinserción social...cit.", p. 41, opina que esta es una manera de limitar el sacrificio de unas personas que en su mayoría han carecido de oportunidades sociales, de manera que su castigo no sería tanto un acto de justicia como de necesidad.

80 Vid. NAVARRO VILLANUEVA, C., *Ejecución de la pena...cit.*, p. 399.

81 Vid. *supra* "La postura del Tribunal Constitucional".

82 Así, decisiones favorables a la aplicación de la suspensión de la ejecución, la sustitución de la pena privativa de libertad por otra menos gravosa, beneficios penitenciarios, permisos o libertad condicional...

83 Vid. NAVARRO VILLANUEVA, C., *Ejecución de la pena...cit.*, p. 393.

84 De esta forma, esta sería la mejor solución para evitar la entrada en prisión de las personas que han cometido un delito de escasa gravedad por el efecto contrario a la reeducación y la reinserción que la cárcel les podría comportar.

juzgador, este eleve la cuestión de inconstitucionalidad⁸⁵. Por lo tanto, es evidente la importancia de una clara caracterización de la reinserción, pues esta definición como un derecho fundamental o un mero mandato orientador afecta a las garantías de los ciudadanos⁸⁶.

De todos modos, su consideración como un mandato o principio constitucional no supone una total desprotección, pues nos seguiríamos encontrando ante normas vinculantes –ex artículos 9.1 y 53.1 de la CE– para los poderes públicos lo que posibilitaría la impugnación de una sanción, resolución judicial o medida disciplinaria de ámbito penitenciario que obstaculizase de cualquier manera la finalidad resocializadora⁸⁷. De esta suerte, si bien no cabría su protección a través del amparo por carecer de la naturaleza de derecho fundamental, quedaría abierta su protección a través del artículo 24.1 CE, que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁸, lo que supondría también una protección frente a la irracionalidad de los poderes públicos⁸⁹.

IV.5. La reinserción y la reeducación social como parámetros de la constitucionalidad de las normas.

Como hemos dicho al hablar de la postura del TC, al margen de su caracterización o no como un derecho fundamental, este admite que la reinserción sirve de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes penales: “Aunque tal regla –el inciso primero del artículo 25.2 CE– pueda servir de parámetro para la constitucionalidad de las leyes...”⁹⁰

La primera duda que se plantea es de qué manera se ha de manifestar claramente la ausencia de la reinserción social a la hora de determinar que una ley no cumple con la finalidad reinsertora a la que es llamada y, por tanto, es inconstitucional. Lo cierto es que realmente no existe la posibilidad de determinar objetivamente el grado de reinserción por el que indubitablemente un pena responde al objetivo reinsertor. Esta imposibilidad hace que se debilite el mandato del legislador de perseguir el objetivo reinsertor, abriendo una vía a que se incluyan normas absolutamente ineficaces para conseguir la resocialización⁹¹. Sobre este punto, no debemos olvidar que en una nueva línea jurisprudencial del Alto Tribunal, este ha aceptando como fines también principales la retención y la custodia⁹², de modo que para el TC no sería inconstitucional aquella norma que declinase la finalidad resocializadora por dar preeminencia al nuevo fin esencial de los establecimientos penitenciarios. De esta forma, se ha dado garantía constitucional a que en ciertas normas penales y

85 Vid. URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional ...cit., p. 56

86 Al mismo tiempo, tampoco hay que olvidar que el hecho de que no se entienda que es un derecho del condenado ha llevado también a negar su invocación en ámbitos muy diversos, lo cual es otra importante consecuencia de la negación de su naturaleza como derecho fundamental. Así el TC considera que las alegaciones acerca de las posibilidades personales de reinserción no tienen relevancia a la hora de la decisión sobre la suspensión o no de una condena firme mientras se resuelve el recurso de amparo impuesto contra ella. Vid., sobre ello, URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional...cit., p. 60.

87 Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los...cit.*, p. 35 y 36.

88 Como, en general, a un derecho a una respuesta motivada en el caso de que, por las razones legalmente dispuestas, no proceda la concesión del beneficio. Vid., URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional...cit., p. 72.

89 Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los...cit.*, p. 37.

90 Cfr. la STC 75/1998, 75/1998, de 31 de marzo, y en el mismo sentido, entre otras se pronuncia la STC 81/1997, de 22 de abril.

91 Cfr. URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional...cit., p. 67.

92 Vid. *supra* “La postura del Tribunal Constitucional”

medidas penitenciarias⁹³ sea difícil, sino imposible, encontrar ni siquiera indirectamente la finalidad reinsertora⁹⁴.

Esta interpretación es inadmisibles porque vaciaría de contenido el artículo 25.2 CE⁹⁵. ¿Para qué determinar que las penas deberían estar encaminadas a la reinserción de los penados si por la indeterminación del artículo se va a dar entrada a la preeminencia excluyente de otras finalidades? La solución podría estar, por una parte, en tratar de encontrar un equilibrio. Es decir, aun en el caso de admitir que la pena privativa de libertad pudiera cumplir otros intereses distintos que la propia resocialización, esto no implica que durante su cumplimiento no se puedan integrar elementos tendentes a facilitar la posterior integración del ciudadano en la sociedad. La clave se encontraría en encontrar ese equilibrio entre la búsqueda de la resocialización y los fines de custodia. Y, por otra parte, en tratar de excluir fines que en ningún modo puedan ser compatibles con el fin resocializador⁹⁶.

Así pues, dos son las consecuencias más relevantes de que la resocialización sirva de parámetro para la constitucionalidad de la norma. Por una parte, en cuanto la resocialización y reinserción social esté contenida en una norma legal, podría invocarse el principio de igualdad para exigir su aplicación –comparándolo con su aplicación en supuestos similares–, o cabría la posibilidad de acudir a los Tribunales ordinarios en caso de inaplicación por un órgano público de un determinado precepto legal⁹⁷. Por otra parte, las normas penales o penitenciarias completamente inadecuadas para el fin reinsertor, las cuales ni siquiera tratasen de compaginar el fin que pretenden conseguir con la reinserción, de manera que supongan un verdadero obstáculo para conseguir la misma, podrían invocarse como inconstitucionales. De esta suerte, a pesar de no admitir la naturaleza de derecho fundamental de la reinserción social, dan lugar a la posibilidad de un proceso específico comunicándose al órgano juzgador para que este eleve la cuestión de inconstitucionalidad⁹⁸.

V. EXCURSO. LOS PERMISOS PENITENCIARIOS.

Aunque ya nos hemos referido brevemente a los permisos penitenciarios a la hora de exponer la tesis del TC acerca de la reinserción, no como un derecho fundamental sino como un mero mandato orientador de la política legal y penitenciaria, parece que los permisos penitenciarios, por vincularse con claridad a la reinserción social, merecen una especial atención.

93 Quizá el ejemplo más gráfico de abandono de toda finalidad reinsertora lo encontremos en la Circular 21/96, Fichero de Internos de Especial Seguimiento, vid., sobre ello ZAPICO BARBEITO, M. / RODRÍGUEZ MORO, L., “La Circular F.I.E.S. diez años después: el paradigma de la nueva cultura de la incapacitación”, en FARALDO CABANA, P., (DIR.) / PUENTE ABA, L. M., / RAMOS VÁZQUEZ, J. A., (COORD.), *Política criminal y reformas penales*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.)

94 En sentido contrario se pronuncia URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional...cit., p. 65 y 66, quien considera que en casi todos los casos, al menos indirectamente, se está colaborando en la reinserción social o en la reeducación de los delincuentes.

95 Es decir, no se podría, por ejemplo, excluir de forma definitiva a cualquier colectivo de reclusos de los beneficios penitenciarios que lo preparan para la vida en sociedad –lo que en la actualidad está ocurriendo con los reclusos sometidos al régimen cerrado F.I.E.S.–

96 Para ello, según URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional...cit., p. 69 y 70, habría que acudir a la teoría general de limitación de los derechos, y en el caso de que no esté clara la existencia de otra finalidad para una pena privativa de libertad, habría que entender que prima la finalidad resocializadora, que pasa así a ser también la “*cláusula de cierre*” que legitima el sistema penal.

97 Vid. URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional...cit., p. 59.

98 Vid. URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional...cit., p. 56.

Se trata de una institución que, según la opinión unánime de la doctrina y la jurisprudencia, está directamente relacionada con la reinserción en cuanto posibilita una importante atenuación de la situación de privación de libertad y, de esta forma, permite que la persona mantenga vínculos con las personas de su entorno⁹⁹.

Siendo un importante instrumento reinsertor es también del mismo modo un mecanismo potencialmente peligroso por el cual se puede vulnerar el derecho o principio a la reinserción social. Por ello, se ha de tener muy en cuenta si la regulación de los permisos de salida es tan estricta que impide realmente a la mayoría de los reclusos acceder a la reinserción porque de ser así, realmente se estaría produciendo una vulneración del derecho a la reinserción y reeducación social. Tras las reformas introducidas por la Ley 7/2003 al CP podemos concluir que actualmente la regulación de las penas están encaminadas a evitar que el recluso acceda a los permisos de salida¹⁰⁰. Con las modificaciones del CP tendentes a la reducción de los permisos de salida se ha asumido que la las penas pierden su objetivo reinsertor para adquirir un cariz exclusivamente incapacitador y neutralizador¹⁰¹.

Si ya es sumamente complicado con la regulación actual acceder a los beneficios penitenciarios, aún nos debemos preguntar si, una vez que se cumplen los estrictos requisitos establecidos por la ley, realmente existe un derecho *prima facie* a la obtención de los permisos penitenciarios derivado del derecho o principio de reinserción social

El TC tiene una jurisprudencia contradictoria al respecto. Unas veces acepta que si se cumplen las condiciones legales, una persona adquiere un derecho *prima facie* a que se atienda a su reinserción a través de los permisos penitenciarios¹⁰². Sin embargo, otras veces concluye que no cabe derivar ningún derecho subjetivo para la persona de manera que los permisos penitenciarios no estarían considerados como un desarrollo del principio constitucional de reinserción social¹⁰³.

Sin embargo, atendiendo a la argumentación expuesta a lo largo del trabajo, parece que la solución adecuada es entender que con los permisos penitenciarios nos encontramos ante verdaderos derechos subjetivos fundamentales para las personas condenadas a penas privativas de libertad¹⁰⁴. En este sentido, los permisos penitenciarios actuarían como otros derechos fundamentales y, en particular, como actúa el derecho a la reinserción social¹⁰⁵. Y ello es así, porque siempre que se cumplan las condiciones *prima facie* existirá un derecho a que se conceda el permiso penitenciario a la persona privada de libertad. Pero, del mismo modo, al igual que ocurre con otros derechos, en algunos casos se deben tomar en consideración otros bienes constitucionales con los que

99 Cfr. CID MOLINÉ, J., "Derecho a la reinserción social...cit.", p. 43.

100 Vid., sobre las modificaciones y limitaciones que han sufrido los permisos de salida y los beneficios penitenciarios tras la reforma del CP vid., entre otros autores, BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., *Política criminal de la exclusión*, (Ed. Comares, Granada, 2007), p. 103 y ss.; FARALDO CABANA, P., "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 FARALDO CABANA, P., (DIR.)/ BRANDARIZ GARCÍA, J. Á./ PUENTE ABA, L.M., (COORDS.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la Globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 330 y ss.

101 Vid. *infra*, "La crisis del ideal resocializador."

102 Vid. STC 112/1996, de 24 de junio.

103 Vid. STC 81/1997, de 22 de abril.

104 Vid, de la misma opinión, CID MOLINÉ, J., "Derecho a la reinserción social...cit.", p. 46.

105 Vid. *supra* "La postura doctrinal: ¿principio constitucional, de orden o derecho fundamental?", en lo que se refiere a la posible cesión del derecho a la reinserción social ante otros derechos una vez realizada la adecuada ponderación entre ambos.

pueden entrar en conflicto los permisos penitenciarios¹⁰⁶, de manera que en determinadas ocasiones y tras una correcta moderación entre ambos¹⁰⁷, puede ceder el derecho a la obtención de un permiso bajo otro bien constitucional.

Para concluir, uno de los problemas más graves que afectan al derecho a la reinserción y, como derivado del mismo, al derecho a la concesión de los permisos penitenciarios cuando se cumplan las condiciones legales establecidas es, como hemos visto a lo largo de la exposición, las reticencias a considerarlos un verdadero derecho fundamental. De esta suerte, lo que parece crucial es que el órgano judicial que deniegue un permiso penitenciario lo haga no sólo tras una correcta ponderación, sino con la conciencia de estar limitando, aunque por motivos legítimos, un derecho fundamental.

VI. LA CRISIS DEL IDEAL RESOCIALIZADOR.

Al margen de los debates del TC y el TS sobre si nos encontramos ante un derecho fundamental o un mero principio inspirador a la hora de elaborar las normas en materia penitenciaria, un problema más grave parece afectar a la resocialización: su crisis.

Tras dos décadas de gloria¹⁰⁸, no resulta novedoso decir aquí que desde los años 70 del siglo XX el principio de resocialización está en una crisis sin precedentes¹⁰⁹. Las críticas que recibió desde todos los sectores –liberal-progresistas, conservadores y neo-retribucionistas- hicieron que se derrumbase el que se había pretendido pilar fundamental de la prisión: la búsqueda, como objetivo final, de la reinserción de los reclusos¹¹⁰.

En efecto, fueron tres las principales críticas que recibió. Por una parte, porque se asumió que la resocialización no debe ser admisible a toda costa a través, por ejemplo, de mecanismos invasivos, o simplemente se puso de relieve lo ilegítimo de toda intervención resocializadora por constituir una injerencia inadmisibles en la esfera individual de los reclusos¹¹¹.

Por otra parte, se criticó la inoperancia de los tratamientos reinsertores. Desafortunadamente, esta inoperancia fue avalada por numerosas estadísticas en los

106 Estos bienes son, principalmente, el cumplimiento de la pena privativa de libertad y la evitación de nuevos delitos por parte de la persona condenada o, aunque ya lo incluyó el legislador como requisito para la obtención del permiso, el bien relativo a la existencia de una vida ordenada en prisión.

107 Este juicio de ponderación deberá consistir en un juicio de adecuación, un juicio de necesidad y un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, al igual que sucedía con la ponderación en el caso de un conflicto entre el derecho a la reinserción social y otro bien o derecho fundamental, ya que los permisos penitenciarios son un derecho subjetivo derivado del derecho a la reinserción y por tanto funcionan del mismo modo.

108 Fundamentalmente la década de los sesenta, caracterizada por su optimismo reformista y resocializador de base liberal.

109 Vid., por todos, sobre la crisis del ideal resocializador, GARLAND, D., *La cultura del control*, (Ed. Gedisa, Barcelona, 2005), p. 110 y ss.; WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, (Alianza Editorial, Madrid, 2000), p. 122; DE GIORGI, A., *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Ed. Virus, Barcelona, 2005, p. 49 y ss.; BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., “Notas sobre...cit., p. 51 y ss.

110 El entender que la prisión y las penas privativas de libertad se fundamentaba en exclusiva en la prisión también tuvo como consecuencia negativa las prácticas estadounidenses que fijaban unos marcos penales amplísimos dejando la decisión definitiva de puesta en libertad a una comisión de expertos penológicos dependientes del Ejecutivo. De esta suerte, la finalidad evidente de tal sistema era poder prolongar la privación de libertad todo lo que fuera preciso hasta lograr la plena resocialización del delincuente.

111 Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal...cit.*, p. 29, que pone de relieve que si el tratamiento resocializador desea tener éxito, ha de dirigirse a una modificación no sólo del comportamiento sino también de la actitud interna, lo que supondría una injerencia injustificable en los derechos del individuo.

diferentes países donde más se había utilizado el tratamiento reinsertor, que mostraban una masiva reincidencia.

En último lugar, se llega a la conclusión de que carece de sentido resocializar al delincuente para integrarlo en una sociedad que es en sí criminógena¹¹². En definitiva, se trata de una ilusión, una quimera inalcanzable pues, no se puede educar para la vida en libertad privando de esa libertad¹¹³.

La efectividad resocializadora del tratamiento penitenciario en prisión es criticada desde tres líneas argumentales. En primer lugar, por las condiciones de vida en prisión¹¹⁴. En efecto, la vida en prisión se sustenta sobre las continuas privaciones impuestas por la propia normativa penitenciaria – restricciones en el régimen de visitas, en la privacidad de las comunicaciones...-. Pero en otras ocasiones, las privaciones se producen eludiendo los imperativos impuestos en las normas, bien aduciendo a imposibilidades fácticas y económicas¹¹⁵, bien a través de instrucciones ilegales¹¹⁶, o bien privaciones que se producen *intra muros* y *extra lege*¹¹⁷, amparadas tanto en el desconocimiento social de la realidad de la cárcel¹¹⁸, como por el deficiente control judicial de esta rea-

112 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal...*cit., p. 30; En este sentido, GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal...*cit., p. 297, considera que no sólo el penado necesita resocializarse, sino también la sociedad debería resocializarse. Por su parte, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, (Ed. Temis, Colombia, 1999), p. 92, se pregunta si no habrá antes que cambiar la sociedad que es la que produce ella misma la delincuencia.

113 Cfr. NEUMAN, E., “Cárcel, Derechos Humanos y Neoliberalismo”, en AA.VV. *La Administración de Justicia*, (Ed. Universidad, Ciudad de Buenos Aires, 2001), p. 191.

114 Vid. RÍOS MARTÍN, J.C. / CABRERA CABRERA, P. J., *Mil voces presas*, (Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid, 1998), p. 177 y ss.; y *Mirando el abismo...*cit., p. 184 y ss.; RÍOS MARTÍN, J. C., “Realidad penitenciaria:...”cit., p. 498 y ss.; AYUSO VIVANCOS, A., *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*, (Ed. Nau Libres, Valencia, 2003), p. 72 y ss., en los que realiza un análisis de las graves consecuencias psicológicas, físicas, sociales e incluso sexuales que supone vivir aislado “de todos y de todo”.

115 Con este argumento se intenta justificar la ausencia de trabajo remunerado para la mayoría de los reclusos, obviando de esta forma que el derecho al trabajo en prisión está recogido constitucionalmente en el artículo 25.2 CE: “...En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado...”.

116 En este sentido el ejemplo tristemente más conocido es la Circular F.I.E.S., que supone una vulneración tanto del principio de legalidad y jerarquía normativa –pues una Circular modifica el régimen contenido en la LOGP, y RP- como de la dignidad humana- debido a las condiciones de vida lamentables a las que son sometidos en prisión. Víd, por todos sobre la Circular F.I.E.S., BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., “Notas sobre...”cit.; RÍOS MARTÍN, J.C. / CABRERA CABRERA, P. J. *Mirando el abismo...*cit.; ELÍAS ORTEGA, A. “Los departamentos especiales en el nuevo reglamento penitenciario” en DOBÓN, J. / RIVERA, I., *Secuestros institucionales y derechos humanos: la cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, (Ed. M. J. Bosch, Barcelona), 1997.

117 Desde esta perspectiva, debemos hacer referencia a los múltiples testimonios de reclusos que describen los malos tratos físicos y psicológicos, inducciones al suicidio, humillaciones y vejaciones a los que son sometidos, así como a los informes de las asociaciones pro derechos humanos que avalan estos testimonios. Vid. en este sentido ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de las prisiones en España*, (Ed., Fundamentos Colección Científica, Madrid, 1999), p. 436 y ss.; RÍOS MARTÍN, J.C. / CABRERA CABRERA, P. J., *Mil Voces Presas...*cit., p. 95 y ss., y 201; y *Mirando el abismo...*cit., p. 140 y ss.; MORENO ARRACAS, P. / ZAMORO DURÁN, J. A., “Las políticas de aislamiento penitenciario. La especial problemática del Fichero de Internos de especial Seguimiento (F.I.E.S)”, en RIVERA BEIRAS, I., *La cárcel en España en el fin del milenio (A propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria)*, (Ed. M. J. Bosch S. L, Barcelona, 1999), p. 169 y ss.

118 Vid. RÍOS MARTÍN, J.C. / CABRERA CABRERA, P. J., *Mirando el abismo...*cit., 202 y *Mil Voces Presas...*cit., p. 215 y 216; Además, el desconocimiento social de la vida en la cárcel favorece, potencia y propicia los abusos y torturas por parte de los funcionarios de prisiones, al crear en ellos una sensación de impunidad, al entender que sus conductas escapan a todo control, ya no sólo judicial o administrativo, sino incluso al reproche social. Vid. en este sentido, ELÍAS ORTEGA, A., “Los departamentos especiales...”cit., p. 126. Pero la inmensa mayoría de los ciudadanos no sólo desconoce las condiciones –muchas veces infrahumanas- en que se encuentran los reclusos y las consecuencias físicas y psicológicas que la vida en prisión genera, sino que tiene una visión alterada de la cárcel. Los medios de comunicación prestan sólo

lidad¹¹⁹. En este contexto es difícil argumentar que una vida basada en la privación pueda llevar a la resocialización del recluso.

En segundo lugar, porque la vida en prisión se caracteriza por la aparición de una subcultura específica, la carcelaria¹²⁰. En líneas generales, esta tesis afirma que el recluso se desocializa en prisión porque ha de socializarse para la vida en prisión¹²¹, la cual requiere unas nuevas reglas de conducta¹²². Esta *prisonalización* de los reclusos se desarrolla en sentido inverso al tratamiento resocializador no sólo impidiéndolo, sino creando una nueva “socialización que desocializa”.

En tercer lugar, aun obviando la existencia de la nueva subcultura carcelaria y la generalizada privación de derechos que se produce en prisión, sigue existiendo el problema de los medios: la falta de dotación de medios y la escasez de personal capacitado que lleven a cabo en las instituciones penitenciarias el tratamiento rehabilitador.

Como hemos visto, la privación de libertad no sólo es un obstáculo para la reinserción sino que potencia la desocialización.

Desde la crisis teórica de la resocialización pronto se dio el paso hacia el abandono *de facto* de cualquier intento rehabilitador. No obstante, en el contexto de la “doble” crisis del ideal rehabilitador –tanto teórica como fáctica-, no resultar trasnochado seguir hablando del principio de resocialización y su posible vulneración, pues no hay que olvidar que es un mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 CE, y por tanto todavía vigente, de suerte que sigue siendo un precepto de obligado cumplimiento por los poderes públicos¹²³.

Por lo demás, el ideal rehabilitador no sólo está en crisis sino que ha caído bajo la preeminencia de las políticas estadounidenses de inocuización y segregación social¹²⁴ las cuales, dando primacía absoluta a la eficacia preventivo-especial de la pena -en la búsqueda de que el infractor no vuelva a cometer delitos-, lo apartan de la sociedad para

atención a determinados sucesos concretos -fugas, motines o algún acto violento cometido por un recluso-vid. MORENO ARRARAS, P., / ZAMORO DURÁN, A., “Las políticas de...cit., p. 154, pero cuando se trata de mostrar las condiciones de vida en que se desarrolla la vida en prisión, estas se distorsionan y dulcifican. En esta misma línea, RÍOS MARTÍN, J.C. / CABRERA CABRERA, P. J., *Mil Voces Presas...*cit., p. 223 y 224, incide en la importancia del lenguaje elíptico y figurado utilizado oficialmente para intentar reconstruir la realidad de la cárcel, humanizándola de cara a la opinión pública.

119 En muchas ocasiones, los centros penitenciarios se han convertido en auténticas zonas de *no derecho*. De esta suerte, en muchas ocasiones se ignora la garantía jurídico procesal del control judicial de la ejecución de la sentencia (artículo 117.3 CE), y el artículo 25.2 CE que establece que los derechos fundamentales de los reclusos sólo serán limitados en la medida que establezca la ley penitenciaria y el contenido del fallo, pues muchas veces son los propios funcionarios penitenciarios los que realizan las limitaciones a los derechos, una función que es exclusiva de los órganos penitenciarios.

120 Vid. sobre la teoría de la “subcultura carcelaria”, AYUSO VIVANCOS, A., *Visión crítica...*cit., p. 72 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y...*cit., p. 97 y ss.

121 Según GOFFMAN E., *Etudes sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, París, 1961, el proceso de adaptación al mundo de la prisión va en sentido inverso al tratamiento resocializador, produciéndose por un lado lo que denomina “desculturalización” que estaría caracterizada por la pérdida de capacidades vitales y sociales mínimas exigibles para llevar una vida en libertad. Por otro lado, y al mismo tiempo, se estaría produciendo un fenómeno de “enculturización” a través del cual el recluso adopta los usos y costumbres tradicionales de la prisión.

122 De esta suerte, dos serían las normas fundamentales que el recluso debe respetar si quiere verse integrado en la nueva sociedad carcelaria y no sufrir las sanciones que le supondría su inadaptación –sanciones impuestas y ejecutadas por sus compañeros reclusos-: la no cooperación con los funcionarios y no facilitar información que pueda perjudicar a un compañero.

123 En definitiva, a pesar de que pueda parecer para algunos inútil o las estadísticas pongan de relieve la extrema dificultad de la consecución del objetivo resocialización, mientras siga siendo necesaria la pena privativa de libertad, no podrá renunciarse a la resocialización.

evitar, de ese modo, su potencial peligrosidad. Las políticas de incapacitación como fin último de la pena -totalmente contradictorias con el ideal resocializador-, inspiran ya las recientes decisiones legislativas¹²⁵.

Finalmente, si bien la prisión se había intentado legitimar como un instrumento rehabilitador, la pérdida de toda misión resocializadora no ha eliminado su funcionalidad. Y no sólo no ha perdido su legitimación sino que ha salido fortalecida de la crisis. Ahora se cimenta únicamente sobre la búsqueda de la incapacitación y la segregación selectiva, que pretende la eliminación de la sociedad de los individuos irrecuperables cuyo riesgo inherente no es susceptible ya de gestión de otro modo¹²⁶. No obstante, la inocuización que se pretende a través de mecanismos coercitivos, disuasivos y coercitivos¹²⁷, no es el fin último de la prisión actual, sino que la incapacitación de los sujetos queda preordenada a un fin superior: la misión de proporcionar seguridad.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Introducción” a C. BECCARIA BONESANA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Ed. Comares, Granada, 1996.

• *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Ed. Comares, Granada, 2001.

ARANDA OCAÑA, M., “Análisis descriptivo de la situación penitenciaria en España”, en DORES, A.P. (org.) *Prisões na Europa. Um debate que apenas começa*, Celta Editora, Oeiras, 2004.

ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de las prisiones en España*, Ed. Fundamentos Colección Ciencia, Madrid, 1999.

AYUSO VIVANCOS, A., *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*, Ed. Nau Libres, Valencia, 2003.

BAEZA AVALLONE, V., *La rehabilitación*, Ed. Edersa, Madrid, 1983.

BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., “Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: departamentos especiales y FIES 1 (CD)”, en AA. VV. *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

• *Política criminal de la exclusión*, Ed. Comares, Granada, 2007.

BUENO ARÚS, F., “Las reformas penitenciarias en España a la luz de los fines del derecho”, en AA. VV. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2005.

124 Vid. sobre ello, DE GIORGI, A., *Tolerancia cero...*cit., p. 57 y ss.; BRANDARIZ GARCÍA, J. Á., “Notas sobre...cit., p. 52 y ss.; y GARLAND, D., *La cultura del...*cit., p. 239 y ss., que realiza un análisis de las estrategias punitivas de segregación e inocuización en el ámbito de los Estados Unidos.

125 Sin ánimo de ser exhaustivos podemos señalar aquí: el incremento del límite máximo de cumplimiento efectivo de pena de prisión; el endurecimiento de los requisitos de acceso a los beneficios penitenciarios, a los permisos de salida y a la libertad condicional; la incorporación de medidas para el cumplimiento íntegro de las penas de prisión; la incorporación del llamado “periodo de seguridad” en el acceso al tercer grado penitenciario, así como a los requisitos generales para acceder a este. Vid., sobre ello, FARALDO CABANA, P., “Un derecho penal...cit., p. 317 y ss.

126 Vid. DE GIORGI, A., *Tolerancia cero...*cit., p. 57, que indica como este pensamiento arrincona definitivamente la pena como instrumento resocializador.

127 Cfr. WACQUANT, L., *Las cárceles de...*cit., p. 122.

- CASAS BAAMONDE, M. E., / RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. / BRAVO-FERRER (dir.) *Comentarios a la Constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- CEREZO MIR, J., “Los fines de la pena en la Constitución y en el Código Penal, después de las reformas del año 2003” en AA. VV. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2005.
- CID MOLINÉ, J., “Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)”, en *Jueces para la Democracia*, nº 32, Julio/1998.
- ELÍAS ORTEGA, A., “Los departamentos especiales en el nuevo reglamento penitenciario” en DOBÓN, J. / RIVERA, I., *Secuestros institucionales y derechos humanos: la cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, Ed. M. J. Bosch, Barcelona, 1997.
- FARALDO CABANA, P., “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 FARALDO CABANA, P., (DIR.)/ BRANDARIZ GARCÍA, J. Á./ PUENTE ABA, L.M., (COORDS.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la Globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “El régimen cerrado”, en AA. VV. *Derecho Penitenciario y democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994.
- GARLAND, D., *La cultura del control*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2005.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Estudios penales*. Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1984.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.
- DE GIORGI, A., *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Ed. Virus, Barcelona, 2005.
- GOFFMAN E., *Etudes sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, París, 1961,
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed. Ed. Reppertor, Barcelona, 2004.
- MAPELLI CAFARENA, B., *Principios fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.
- MORENO ARRACAS, P. / ZAMORO DURÁN, J. A., “Las políticas de aislamiento penitenciario. La especial problemática del Fichero de Internos de especial Seguimiento (F.I.E.S)”, en RIVERA BEIRAS, I., *La cárcel en España en el fin del milenio (A propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria)*, Ed. M. J. Bosch S. L, Barcelona, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal y control social*, Ed. Temis, Colombia, 1999.
- NAVARRO VILLANUEVA, C., *Ejecución de la pena privativa de libertad*, J. M. Bosch, Barcelona, 2002.
- NEUMAN, E., “Cárcel, Derechos Humanos y Neoliberalismo”, en AA. VV. *La Administración de Justicia*, Ed. Universidad, Ciudad de Buenos Aires, 2001.
- DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1988.

- RÍOS MARTÍN, J.C., “Realidad penitenciaria: La justicia penal vista desde las consecuencias”, en AA. VV., *Derecho Penitenciario II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- RÍOS MARTÍN, J.C. / CABRERA CABRERA, P. J. *Mil voces presas*. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid, 1998.
- Mirando el abismo. El régimen cerrado*. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M^a. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español, Parte General*, 18^a ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- SEGOVIA BERNABÉ, J. L., “Problemática en torno a la reinserción social”, en AA. VV., *Derecho Penitenciario II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. J. M. Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1992.
- URÍAS MARTÍNEZ, J., “El valor constitucional del mandato resocializador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 63, Septiembre/Diciembre 2001.
- WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- ZAPICO BARBEITO, M. / RODRÍGUEZ MORO, L., “La Circular F.I.E.S. diez años después: el paradigma de la nueva cultura de la incapacitación”, en FARALDO CABANA, P., (DIR.) / PUENTE ABA, L. M., / RAMOS VÁZQUEZ, J. A., (COORD.), *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.