

Nuevas tendencias penológicas: hacia la penología del control

BORJA MAPELLI CAFFARENA

Catedrático de Derecho Penal

Director del Instituto de Criminología. Universidad de Sevilla

I. Hacia la Penología del control

I. Aunque de una forma contradictoria las últimas décadas permiten descubrir una serie de elementos en las reformas penológicas, lo suficientemente evidentes y coherentes entre si como para que podamos augurar la iniciación de una nueva época en la Penología que, por nuestra parte, entendemos puede caracterizarse como la *Penología del control*, cuya seña de identidad es el desarrollo de un conjunto de estrategias con el objetivo inmediato de controlar amplios sectores de la población, superiores a los que venían siendo encarcelados con el objetivo no tanto de sancionar como de inocuizar. En este sentido, puede afirmarse que se avecina en un futuro no muy lejano una *Penología del control* que no va a emplear como elemento hegemónico la prisión, la cual, en cierta forma ha tocado techo. El costo en términos no solo económico, sino también social, de la prisión resulta insostenible. Las prisiones convertidas en meros centros de custodia, en verdaderos depósitos de seres humanos, están reñidas, en primer lugar, con el carácter promocional del Estado. Ciertamente, que está crítica no es nueva, pero aparece renovada ante la situación de colapso en que nos hayamos. La máxima autoridad de Instituciones Penitenciarias no tiene reparos en declarar que las cárceles españolas *“todavía tienen niveles importantes de sobreocupación en relación a la cifra ideal”*, reconociendo implícitamente que vivimos un estado de excepción penitenciaria y que esto pone en entredicho la propia eficacia del sistema, hasta el extremo que ha obligado a reducir la pena del delito de tráfico de drogas (art. 368 CP) para provocar un brusco descenso de la misma.

En contraste con este techo penitenciario las demandas de control siguen incrementándose y requieren nuevos instrumentos más allá de la reclusión. La sociedad actual no está dispuesta a que la gestión del riesgo solo pueda desplegarse a través del estrecho cauce del ingreso masivo en los establecimientos penitenciarios de personas peligrosas que no han cometido delitos o que, habiéndolo, cometido ya cumplieron sus condenas, pero sobrevalora el discurso político de la seguridad. Por ejemplo, la condición de extranjero *sin papeles* a los ojos de la opinión pública puede justificar su expulsión masiva, pero no su ingreso en prisión, ni siquiera se acepta periodos de privación de libertad camuflados bajo la etiqueta de la retención o internamiento estratégicos.

Estas nuevas estrategias penológicas han sido experimentadas con cierto éxito en relación con grupos peligrosos de baja intensidad como es el caso de los jóvenes. La legislación penal del menor adelantó un sistema penológico radicalmente dis-

tinto al que se emplea para los adultos. Bajo el atractivo acrítico de neutralizar la agresividad de ciertos grupos de jóvenes se iba a poner en marcha un modelo que finalmente esta siendo transferido al ámbito de los adultos.

II. Algunos datos nos permiten identificar las nuevas propuestas penológicas. De ellos vamos a destacar tres:

- A nivel de propuestas de política criminal encontramos numerosas declaraciones oficiales en las que explicita o implícitamente se renuncia a seguir sustentando el análisis sociológico según el cual en el diseño de las penas deben reconocerse el derecho de los delincuentes a ser resarcidos mediante recursos resocializadores para compensar su condición de víctima de una sociedad injusta y desigual. Por el contrario, prospera la idea de que las personas son responsables de sus actos y quienes cometen delitos son plenamente merecedores del castigo. No hace mucho tiempo se preguntaba la Ministra de Justicia francesa (Guigou, *Le Monde*, 1999) hasta que punto algunos métodos de prevención no alimentan, a veces por inadvertencia, cierta cultura de la indulgencia que desresponsabiliza a los individuos. Los basamentos ideológicos sobre los que se sustentan los programas victimológicos caen con frecuencia en el argumento de que es la víctima la única que sufre el delito y sus consecuencias. El ciudadano merece orden y tranquilidad y no se le puede exigir que soporte índices de criminalidad en su entorno que le impiden ejercer sus derechos. El argumento es hoy descaradamente reconocido por las instancias oficiales. Ya las últimas reformas de la ley de responsabilidad penal del menor pronosticaban estos cambios (*“Las estadísticas revelan, dice la Exposición de Motivos de la Reforma 7/2000, un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la ley por la sensación de impunidad de las infracciones mas cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores”*). El interés del menor, continua, no *“es único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”*). Poco tiempo después la Exposición de Motivos de la reforma del CP 5/2010 reconoce ya abiertamente la opción inocuizadora, aunque solo sea para rechazarla formalmente (*“La opción inocuizadora, que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad, choca obviamente con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara. Se hace necesario, por tanto, para tales casos de especial gravedad expresamente previstos, contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento*

penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad. Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad”).

- El surgimiento de este nuevo y antiguo discurso ha dado lugar a que los criterios de elección y determinación de las sanciones no sean los de las posibilidades resocializadoras del individuo, sino los cálculos objetivos de posibilidades de riesgo de donde se desprende la necesidad de contar con categorías de grupos identificados por su distinto nivel de riesgo.
- Se han desarrollado nuevas técnicas que apuntan a conjuntos de delincuentes, seleccionados mediante criterios objetivos (extranjeros, terroristas, drogodependientes) a los cuales se le aplican nuevos medios de controles técnicos. Técnicas que ponen en entredicho algunos principios del sistema penal como la proporcionalidad o la culpabilidad por el delito.

II. ¿Qué queda de la vieja penología?

Las nuevas propuestas no tienen como objetivo hacer desaparecer los alcances logrados bajo los postulados de la penología resocializadora, bien al contrario aspiran a completar aquella con el desarrollo de técnicas punitivas que permitan satisfacer las nuevas políticas de seguridad y control.

De la realidad penológica precedente nos queda una red de instituciones penitenciarias que han llevado el modelo de opacidad y custodia a niveles inimaginables. Los centros penitenciarios actuales responden a las mismas características de las viejas penitenciarias. Se trata de establecimientos ubicados en medios rurales, de amplias dimensiones, con un diseño arquitectónico fragmentado que asegura un control permanente de los desplazamientos en el interior con un bajo costo de personal de vigilancia, en gran medida sustituidos por medios técnicos. Mientras la resocialización se asumía como objetivo de la pena, los establecimientos penitenciarios se desarrollaron conforme al principio de la diversidad procurando que el penado recibiera un tratamiento personalizado de acuerdo a sus necesidades personales, familiares o laborales. Hoy los centros penitenciarios han abandonado esos modelos, su diseño es sencillamente contrario a cualquier aspiración resocializadora en la medida que acentúan el cisma sociedad-prisión a favor de modelos fuertemente estandarizados y puramente custodiales en los que en absoluto son tenidos en cuentas los perfiles personales del interno, salvo para segregarlos por razones de seguridad. Ni las mujeres, ni los jóvenes en prisión reciben un tratamiento penitenciario individualizado que justifique el afán por su separación del resto de la población y, por el contrario, las separaciones en grupos crean una sociedad artificial –mas artificial de lo que ya es una sociedad sin libertad- que al padecer mas carencias resulta mas fácil de someter a la disciplina carcelaria. Evitar la conciencia colectiva o la comunicación incontrolada es un objetivo prioritario en el nuevo diseño de las prisiones. Pero disponer de recursos humanos para asegurar esta nueva disciplina resulta en extremo arriesgado, de mane-

ra que se han empleado todo tipo de medios tecnológicos de control, que hace aun mas despersonalizada la prisión.

En este contexto los beneficios penitenciarios no se otorgan en función de las perspectivas resocializadoras del individuo, por las que se ha perdido interés, sino en razón de unos parámetros que deben de concurrir en cada grupo de interno conforme a su riesgo. La reforma 7/2003 ha introducido una interpretación absolutamente novedosa en relación a los criterios con los que debe interpretarse la evolución favorable al tratamiento, como requisito para acceder a los beneficios penitenciarios y a la propia clasificación del interno dentro del centro, de la que depende las condiciones de vida a las que va a ser sometido. Dicho requisito concurre, a la luz del nuevo texto legal, cuando se haya reducido el perjuicio a la víctima si el delito cometido es de carácter patrimonial o cuando se haya colaborado con la investigación policial, si se trata de terrorismo o delitos cometidos en la sede de las organizaciones criminales.

III. Nuevas propuestas en la penología del control

Ya no forma parte de la preocupación del sistema el diseño de estrategias dirigidas a determinar las circunstancias personales del penado con el fin de programar un tratamiento adecuado para mejorar sus expectativas de recuperación social (fases de observación y pronóstico). En su lugar, el legislador nos ha ido introduciendo en un lenguaje en el que desaparece la referencia al individuo y a su evolución como criterio para determinar la respuesta punitiva a favor de la creación de grupos y subgrupos, resultantes de emplear criterios de utilidad social. Los extranjeros, quienes actúan dentro de grupos organizados, los drogodependientes, los agresores sexuales, quienes ejercen violencia de género forman hoy categorías penitenciarias y subpoblaciones a los que se dirigen condiciones punitivas predeterminadas resultantes de una valoración estadística del riesgo de los mismos.

Los objetivos ahora no son resocializar a los condenados individualizados, sino establecer estrategias eficaces de control sobre grupos de la población. La identificación de los grupos no es una labor del sistema penal, sino de instancias ajenas al mismo basados en los datos estadísticos que se ofrecen por los indicadores de actuación de sectores sociales.

No debe de extrañar que en estas circunstancias criterios que han constituidos el elemento nuclear para desplegar el efecto punitivo, como la reincidencia, haya sido sustituido por la pertenencia a uno de los grupos identificados que ofrecen problemas de gobernabilidad. En la actualidad resulta de mayor importancia formar parte de estos grupos identificados que ser reincidente. Los reincidentes o multireincidentes verán incrementadas sus penas dentro de la aplicación global de las circunstancias agravantes y atenuantes, pero, nada mas. Sin embargo, para quienes pertenecen a algunos de los grupos identificados el sistema le asegura una condiciones de ejecución posteriores esencialmente distintas. La pena para estos puede alcanzar sus máximas cotas de duración (Art. 76 CP), también para ellos se blinda un periodo de seguridad que hace imposible el acceso a los benéficos penitenciarios (Art. 78 CP), las condiciones de obtener la libertad condicional y los causas de revocación de la misma resultan diferentes y mas graves;

asimismo, son más graves las penas accesorias y las consecuencias postpenitenciarias. Para la aplicación de estas condiciones más severas se emplean tablas de variables despersonalizadas.

Esta racionalización tecnocrática no solo aleja al sistema punitivo de aspiraciones difíciles de entender y verificar, como el debate suscitado en la década de los setenta entre los programas máximos y mínimos de resocialización, sino que al concretar y reducir los objetivos del sistema a unos indicadores objetivos y estadísticamente evaluables, las estrategias penológicas pueden confrontarse con criterios de racionalidad y eficacia. Los términos de una valoración crítica con respecto a los modelos penológicos resocializadores son necesariamente distintos. El fracaso de los tratamientos resocializadores para los delinquentes y el alto índice de reincidencia entre ellos ha servido en periodos precedentes para criticar los excesos punitivos de los sistemas penales tradicionales. La cárcel como institución pierde su legitimación y su posición hegemónica en los sistemas penales occidentales ante dicho fracaso. Los parámetros de éxitos reducidos a evaluar el riesgo de determinados grupos ayudan a cerrar el sistema en torno al riesgo cuantificable. Ausentes o debilitadas las aspiraciones sustanciales de utilidad social propias de una comprensión preventiva especial positiva de la pena, la reducción insostenible del riesgo se traduce en una reforma racional con criterios de eficacia.

La evolución de nuestra legislación penal del menor ilustra, a nuestro juicio, esta racionalización.

IV. Nuevas estrategias punitivas

El modelo prisional está agotado. Para estas nuevas estrategias de control de amplios sectores de la población la prisión se muestra como una pena deficiente. Ciertamente, que es después de la pena de muerte el mejor ejemplo de pena inocuidadora y por ello no va desaparecer, pero si va a ceder su puesto hegemónico a favor de otras sanciones más rentables. La prisión es costosa y excesivamente visible en todos los sentidos. Por encima de determinados tiempos alcanzados, ya, entre otros países, en el nuestro con el tope de los cuarenta años, la prisión se convierte en una pena cruel cuyos daños irreversibles –la muerte civil– no son socialmente aceptados ni siquiera para los peores de los delinquentes. Incluso para ellos el tiempo penitenciario termina borrando la memoria social del delito.

Baja la etiqueta adulterada de las alternativas a la pena de prisión, aparecen hoy en la mayoría de los países sanciones de nuevo diseño, ceñidas a su finalidad. No se trata tanto de castigar reduciendo el ejercicio de ciertos derechos a los condenados, como sancionar con el único objetivo de neutralizar el riesgo. En este sentido guarda una cierta relación con las penas de inhabilitación especial, aunque a diferencia de estas cuyo contenido consiste en privar el ejercicio del derecho que se utilizó para la comisión del delito, las nuevas penas resultan más genéricas, dirigidas a enervar riesgos más indeterminados. Se trata, por tanto, de sanciones de control muy económicas cuya intensidad está en función de la evaluación del riesgo. Son cárceles sin muros, libertad condicionada, control electrónico, arresto domiciliario, centros de custodia abierta, alejamiento, confinamiento, intervención de comunicaciones,

etc. Son todas ellas sanciones orientadas a la neutralización positivamente evaluables por la opinión pública en la medida de que la ejecución de muchas de ellas es compatible con una normalización de la vida del condenado.

Por encima de ellas y reservada para los casos más graves se mantiene la prisión. La pena privativa de libertad no es algo ajeno a estos objetivos, sino un grado más en la escala o un modelo distinto de estrategia global del control. En este contexto los llamados beneficios penitenciarios adquieren un nuevo significado, con ellos se trata de reajustar el sistema punitivo a los cambios detectados en relación con los penados y redistribuirlos en nuevos niveles de control. También los nuevos modos de régimen penitenciario –FIES, CIS o módulos de respeto– son igualmente, distintos mecanismos de redistribución de los penados en función de las necesidades de control. En los documentos oficiales de Instituciones penitenciarias referidos a los módulos de respeto, por ejemplo, podemos ver como el objetivo del mismo es desarrollar sistemas de control a la medida del riesgo de los condenados que habitan en dichos módulos (*“La ventaja más importante de su aplicación es que hace posible reproducir esquemas sociales normalizados de control en el microcosmos que se crea en un módulo de respeto. El objetivo de los Módulos de Respeto es conseguir un clima de convivencia homologable en cuanto a normas, valores, hábitos y formas de interacción al de cualquier colectivo social normalizado”*).

Esta diversidad de respuestas capaz de moldearse a las exigencias de neutralización del riesgo en cada caso se ve aumentada mediante estrategias de neutralización selectiva con la cuales se puede combinar en el tiempo y en intensidad la aplicación de algunas de ellas. El condenado se somete a una suerte de modelo de pena continuada. Para esto ha sido necesario superar otro de los dogmas del sistema penal clásico de pena determinada, asociado al principio de seguridad jurídica. La penología del control requiere de mayor versatilidad. En este nuevo escenario la pena no puede determinarse por el delito cometido ni por la responsabilidad del sujeto en relación al mismo, sino conforme a los perfiles de riesgo y, consiguientemente, necesidades de control. En determinadas circunstancias el legislador debe prever la combinación de unas y otras en una tiempo punitivo lo más indefinido posible.

Analizadas estas propuestas de la penología del control puede resultar seductora y atractiva si nos planteáramos el desplazamiento de parte de la actual población penitenciaria hacia estas nuevas penas. Pero ya no se trata de alternativas a la pena de prisión sino ampliación de los sistemas de control para nuevos sectores y grupos de la sociedad. Para ello el propio ilícito penal se administrativiza confundiendo la lesión de bienes jurídicos con los actos de mera desobediencia.

V. Valoración crítica de esta nuevo modelo

I. No estamos aun en condiciones de valorar en profundidad los cambios que se avecinan de la mano de esta nueva penología del control. Es arriesgado denunciar globalmente la misma, pues, como ha resultado en otras ocasiones, posteriores reformas han terminado compatibilizando las nuevas propuestas punitivas con las exigencias del Estado de Derecho. No obstante, hay dos

aspectos concretos de dimensiones mundiales que no resultan especialmente preocupantes. El primero de ellos, es la aceptación acrítica de los medios de control telemáticos y la evolución de los mismos. El segundo hace referencia a las posibilidades que ya se contemplan en los sistemas penales de muchos países y que permiten extender el control punitivo mediante instrumentos de baja intensidad durante un periodo mas o menos determinados frente a ciertos grupos de delinquentes en atención a los perfiles de riesgo que comportan.

II. El origen de los sistemas telemáticos de control en aquellos países en los que está ya implementados ha sido el mismo. Se trataba de extender las posibilidades de conceder beneficios penitenciarios y excarcelaciones a condenados que aun no ofrecían una plena confianza para disfrutar de la libertad ambulatoria plena. Sin embargo, pronto se iban a modificar sustancialmente los usos de estos instrumentos en un doble sentido. El hecho de que el condenado tan solo estuviera bajo un control espacial favoreció un uso expansión de los controles telemáticos de manera que comenzaron a utilizarse para personas que no habían ingresado en prisión por la escasa gravedad del delito cometido. Nuestro país también ha dado ese uso con la reforma 5/2010 al permitir que para garantizar el cumplimiento efectivo la localización permanente, el Juez o Tribunal pueda acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo (Art. 37. 4 CP).

Pero lo verdaderamente preocupante es la evolución tecnológica que estos aparatos han sufrido en los últimos años y el alcance que su aplicación puede tener para el sistema penal. La tercera generación, las llamadas de sistema activo, no solo ubican al reo y transmiten información sobre ciertas constantes vitales del mismo, que permiten conocer su estado de excitación o si han consumido o están consumiendo algún tipo de psicotrópico, sino que son capaces de hacer funciones de alarma o de transmitir al portador descargas eléctricas de distinta intensidad o, incluso, mediante un dispositivo inyectarle una sustancia que le narcotiza cuando fuere preciso. En todas estas funciones los sistemas de control telemático sintonizan con la *penología del control* y hay un riesgo de un uso masivo del mismo.

La fascinación del progreso y las ventajas de economización de recursos y evitación de la cárcel, invocadas frecuentemente para legitimar el uso de estos medios técnicos, exigen una reflexión crítica sobre los mismos. Los controles telemáticos empleados como instrumentos de ubicación de personas o con otras funciones complementarias no asociados a una pena mas grave constituyen un atentado a la privacidad y a la inviolabilidad. Corremos el riesgo de convertir el hogar, el lugar de trabajo o de diversión en lugares de encarcelamiento. Esta nueva forma de vigilancia trasciende las distancias, los espacios íntimos y las barreras físicas. Ni la luz ni la obscuridad son obstáculos para ella. Y los tradicionales límites del Estado se muestran incapaces de frenar las posibilidades de control de las regiones mas internas, intelectuales, emocionales y físicas del individuo. Nace con ellas un nuevo concepto de encarcelamiento de proporciones gigantescas e indefinidas.

La *penología del control* encuentra en la tecnología a su servicio una información sobre la persona que trasciende el tiempo (temporalmente congelada), que puede ser transferida a otras

instancias para contextos interpretativos diversos y ajenos al origen que legitimó su captación. Los riesgos proceden también del escaso costo que conlleva la obtención de estas ingentes bases de datos. El saber que unas pocas personas pueden obtener información de la esfera íntima de otras muchas resulta demasiado atractivo como para evitar que ello suceda en el escenario de estos nuevos movimientos penológicos.

III. La Reforma 5/2010 ha abierto un nuevo ámbito de aplicación de las medidas, desconocido hasta ahora en nuestro sistema penal, y cuya trascendencia quizás sea todavía precipitado valorar (*Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, dice la Exposición de Motivos (IV) de la Reforma 5/2010, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad*). En cierta forma nos encontramos ante una reedición del neodualismo. La ciencia penal y la opinión pública como consecuencia de distintos acontecimientos en la vida nacional venían apreciando un déficit de protección en la sociedad en aquellos casos en los que un sujeto imputable y peligroso cumplía su condena y salía en libertad. Casos como los terroristas no arrepentidos o los agresores sexuales incorregibles han sido los que finalmente han hecho que se disponga la aplicación de la libertad vigilada como medida de seguridad (art. 106.2 CP). Desde luego que semejante disposición solo es imaginable en un escenario político criminal de endurecimiento y expansión como el que se vive en los últimos años, en el que se pretende que el sistema penal asuma por encima de otros sistemas de control social el objetivo de una sociedad sin riesgos. La posibilidad de prorrogar los límites del control estatal a través del Derecho penal mas allá de la extinción de la pena supone un salto cualitativo sobre la incidencia de los antecedentes penales, con un grave riesgo de provocar la *ruptura del dique* hacia horizontes inimaginables de control, ya que la única justificación que se da para ello es que, incluso después de cumplir la condena, ciertos sujetos han sido categorizados como peligrosos. Con este argumento los comedidos límites en los que se ha movido la Reforma 5/2010 carecen de fundamento, ya que si para un terrorista o un agresor sexual es posible prorrogar la vida de la pena, porque aun son peligrosos, la pregunta es obvia y ya se la contestaron desde las filas del positivismo liberal hace mucho tiempo: ¿porque no hacerlo extensivo a un asesino o un secuestrador, si también lo es, o, finalmente, porque no olvidarnos del delito cometido y permitir con carácter general la continuación del control del Estado siempre que se verifique la peligrosidad criminal, sin mas. La debilidad del contraargumento de la proporcionalidad es evidente.

Además la circunstancia de que el legislador haya preferido llamarlas medidas de seguridad cuando en realidad nos encontramos ante auténticas penas evidencia que, a pesar de lo mucho que se ha avanzado en el sistema de garantías de las medidas, siguen siendo estas un campo de cultivo óptimo para introducir sistemas de control estatal de dudosa constitucionalidad. La medida que se impone a un imputable que ha cumplido su condena o es predelictual y estamos permitiendo la intervención penal con medidas de seguridad de este tipo o se sigue considerando postdelictual y entonces el estigma de haber cometido un delito acompañará a la persona hasta su muerte, lo que es a todas luces es contrario a los postulados de legalidad, igualdad y dignidad sobre los que se asienta el Estado de Derecho.