

## **EVOLUCIÓN DA POLÍTICA PENITENCIÁRIA**

*José Ángel Brandariz García*  
Profesor Titular Dereito Penal  
Universidade da Coruña

O tema que os compañeiros e compañeiras da *Comisión de Asesoramento Xurídico Penitenciario do Colexio de Avogados de Ourense* me teñen asignado ten certas complicacións, sobre todo para ser desenvolvido no tempo disposto para esta intervención.

A primeira desas complicacións é perfil xenérico da materia. A aproximación á evolución na última etapa da política penitenciária non é sinxela se se pretende sinalar algúns rasgos da mesma, de carácter tendencialmente abstracto, aínda que só sexa porque ese eido das políticas públicas presenta tendencias contraditorias, e orientacións diverxentes, que apenas consinten unha descrición unidimensional, sobre todo nun tempo de transición como o actual.

A segunda das complicacións se deriva do feito de que os ritmos e os tempos da política penitenciária son os máis demorados do conxunto da Política criminal. O mundo penitenciario evolue de maneira moi lenta, cando menos no seu plano normativo-institucional, e en absoluto está sometido ás urxencias da política penal en sentido estrito. A proba máis evidente diso é que as reformas da normativa penitenciária se encontran notablemente distanciadas no tempo, e entre un texto básico e outro as modificacións normativas son de moi escasa relevancia. Como mostra, o Regulamento Penitenciario - RP-, nos seus máis de once anos de vixencia, só recibiu tres reformas, de moi escasa transcendencia<sup>1</sup>, derivadas da necesaria adecuación do seu texto a modificacións

---

1 Realizadas polos RD 1203/1999, de 9/VII; RD 782/2001, de 6/VII; RD 515/2005, de 6/V.

Pola súa banda, a Lei Orgánica Xeral Penitenciária -LOXP-, nas súas case 3 décadas de existencia, só viu reformados 5 artigos, por medio das L.O. 13/1995, 5/2003, 6/2003 e 7/2003.

normativas alleas. Neste anos que median desde a aprobación do RP teñen aparecido dúcias de Circulares e Instrucións da *Dirección General de Instituciones Penitenciarias - DGIP-*, pero na absoluta maioría dos casos son referidas a asuntos de xestión interna, con relevancia claramente menor. Entre as razóns dese tempo lento da evolución da política penitenciária seguramente habería que referir-se tamén ao acusado perfil técnico da materia, pouco dado ás intromisións políticas e -sobre todo- á súa natureza tendencialmente opaca para a cidadanía, o que a mantén en grande medida ao marxe das compulsións do espectáculo político-eleitoral.

Ambos escollos recomendan que no momento de abordar a materia da evolución da política penitenciária se renúncie aos razoamentos de carácter xeral e abstracto, e se proceda a unha metodoloxía máis *impresionista* abordando algunhas liñas básicas de transformación, que, dada a súa trascendencia, podan aportar unha visión de conxunto. Por outra banda, dada a escasa modificación do plano normativo-institucional da nosa realidade penitenciária, cómpre igualmente prestar atención a aspectos alleos ao mesmo, pero que condicionan de forma moi relevante a evolución da realidade carceraria. Neste sentido, o texto vai atender a dúas transformacións esóxenas ao deseño institucional do noso sistema penitenciario, pero que o condicionan de maneira formidable, sen descuidar a consideración dalgunha outra liña de evolución que é endóxena ao mesmo.

#### *A) O inexorable crecemento da poboación penitenciária.*

No momento histórico que nos ten tocado vivir, a poboación carceraria semella crecer inexorablemente en todas as partes do Planeta. A modo de referencia, no período 1999-2005 a clientela penitenciária creceu no 73% dos países do mundo, e no 69% dos europeos<sup>2</sup>.

A situación española non é diferente. O incremento da poboación penitenciária española preséntase como unha tendencia sostida no tempo, moi acusada en

---

2 Datos tomados de INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES, *World Prison Population List*, 7ª ed., 2007 (<[www.klc.ac.uk/depsta/rel/icps/world-prison-pop-seventh.pdf](http://www.klc.ac.uk/depsta/rel/icps/world-prison-pop-seventh.pdf)>).

Esta evolución contrasta fortemente cunha teoría de relevante difusión no mundo anglosaxón hai algunhas décadas, a denominada teoría '*homeostática*' do nivel de encarceramento nas sociedades modernas, debida ao criminólogo estadounidense A. BLUMSTEIN. Segundo esta tese, toda sociedade presentaría un nivel constante de punición, que se traduce nunha taxa de encarceramento tendencialmente permanente, de xeito que cando esta taxa se alonxa do seu *índice natural* entrarían en acción diversos mecanismos estabilizadores de carácter informal.

determinadas etapas, e notablemente superior á propia evolución demográfica do estado. Contemplando os datos en relación cos últimos 4-5 lustros, pode comprobar-se que nese lapso temporal o volume de reclusos casi se triplicou. El incremento máis notable produciu-se na etapa 1985-1993, momento álxido do encarceramento dos toxicómanos, pois nese período de apenas 8 anos a poboación penitenciária se duplica: de 22802 reclusos en 1985 ascende a 45341 en 1993. Na seguinte etapa o crecemento fréa-se: no período 1993-2000 a poboación penitenciária española permanece estable, en torno ás 45.000 presenzas carcerárias (haberá 45.309 reclusos ao acabar esa fase). A aplicación inicial do CP 1995, aínda non maduro nos efectos das súas penalidades máis severas, pero con certas consecuencias descriminalizadoras inmediatas, e unha tendencial superación da crise penal do toxicómano poden ter contribuído a ese momento de estabilización.

A situación, non obstante, cambia por completo na etapa seguinte: entre 2000-2006, no limitado lapso de seis anos, a poboación penitenciária española incrementou-se un 41'3% (desde 45.309 reclusos en 2000 a 64.021 en 2006), con crecementos non moi alonxados do 10% en cada una de esas anualidades<sup>3</sup>. De este modo, o sistema penitenciario español só se mantén, por detrás do de Luxemburgo (167/100000 habitantes a mediados de 2006)<sup>4</sup>, na clasificación dos países occidentais da UE cun maior volume de poboación carcerária: 147 reclusos por cada 100000 habitantes, con 66.162 presenzas penitenciárias ao concluír o primeiro semestre de 2007. A iso teñen que engadir-se, de xeito adicional, os tres milleiros de menores presentes en centros de internamento do sistema penal xuvenil, e os varios milleiros de migrantes irregulares recluídos nos CITEs<sup>5</sup>.

Como razóns explicativas desa recente evolución aparecen con especial claridade dúas. En primeiro lugar, a propia maduración e aplicación xeralizada do Código Penal - CP- 1995 (a finais de 2006 xa só o 3% dos reclusos cumprian condeas de acordo co CP

---

3 Todas estas referencias teñen sido tomadas dos datos oficiais da DGIP. Vid. o enderezo electrónico <[www.mir.es/INSTPEN/](http://www.mir.es/INSTPEN/)>. Poden ver-se tamén as cifras aportadas polo estudo comparativo que realiza o sindicato de prisións ACAIP (no enderezo electrónico <[www.acaip.info/acaip/informes.html](http://www.acaip.info/acaip/informes.html)>).

4 Cfr. a *World...cit.*, así como o xornal *El País* de 16/VI/2006.

5 A modo de referencia, a mediados de setembro de 2006 atopában-se recluídos nos centros de internamento para estranxeiros de Canarias 11350 migrantes, se ben ese dato debe tomar-se coa cautela derivada das especiais circunstancias de afluencia de cidadáns estranxeiros ao arquipélago durante ese verán (vid. o xornal *El País* de 21/IX/2006).

1944/1973<sup>6</sup>), o cal, ao marxe dos seus efectos iniciais, terminou por producir un incremento da duración média das penas, cando menos da extensión do seu cumprimento efectivo. En consecuencia, o crecemento da poboación penitenciária española non se debe tanto á *extensión da rede*, isto é, ao maior número de persoas que ingresan en prisión, senón ao aumento da duración média das condeas de privación de liberdade. Probablemente neste sentido apunta tanto o feito de que durante toda esta etapa no se ten producido un incremento dos reclusos preventivos (23'6% dos internos, ao concluír o primeiro semestre de 2007), canto a baixa -e decrecente- taxa de entradas penitenciárias que presenta o sistema español (97'9 ingresos penitenciários por cada 100000 habitantes en 2004, fronte a una media europea -do Consello de Europa- de 236,1)<sup>7</sup>, unida á efectiva -e crecente- duración média dos encarceramentos (en 2004 a media europea de duración da privación de liberdade era de 8'6 meses, mentras que en España se situaba en 16'9 meses)<sup>8</sup>. Na mesma liña oríénta-se o dato da baixa taxa de persoas condeadas (298 por cada 100000 habitantes en 2003, fronte a unha media do conxunto do Consello de Europa de 913)<sup>9</sup>.

A segunda razón explicativa fundamental desta última tendéncia crecente, neste caso máis cualitativa que meramente cuantitativa, debe atopar-se na crise penal dos migrantes, novo grupo de risco que atrae a atención prioritária dos órganos de persecución criminal, elevando deste xeito as taxas de descubrimento e sanción dos delitos; ao marxe das consideracións que sobre o particular van-se formular *infra*, esta segunda razón pode resultar acreditada polas estatísticas sobre poboación reclusa preventiva (a modo de referéncia, o 44% dos presos preventivos en 2002 eran

---

6 Vid. MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario estadístico del Ministerio del Interior*, Ministerio del Interior, Madrid, 2007, p. 341.

7 Datos tomados de COUNCIL OF EUROPE, *Space I. Council of Europe annual penal statistics. Survey 2005*, Council of Europe, Strasbourg, 2007, p. 47 y 52 ([http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co%2Doperation/prisons\\_and\\_alternatives/statistics\\_space\\_i/Council%20of%20Europe\\_SPACE%20I%20-%202005%20-%20final%20version.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co%2Doperation/prisons_and_alternatives/statistics_space_i/Council%20of%20Europe_SPACE%20I%20-%202005%20-%20final%20version.pdf)). Estas cifras evidencian unha escasa rotación da poboación penitenciária española e, en consecuencia, determinan que a duración média das penas efectivamente cumpridas sexa no noso caso o factor fundamental do crecemento poboacional das prisións.

8 A media española nesta variable só se ve superada por Portugal e por un par de países da Europa Central e Oriental (Roménia e Rúsia).

9 Datos tomados do AA.VV., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics – 2006*, 3ª ed., Ministry of Justice, Research and Documentation Centre (WODC), Den Haag, 2006, p. 99 (consultable no enderezo electrónico <[http://www.europeansourcebook.org/esb3\\_Full.pdf](http://www.europeansourcebook.org/esb3_Full.pdf)>).

estranxeiros)<sup>10</sup>.

En consecuencia, non hai ningún indicio que relacione de xeito directo, e causal, índice de encarceramento con taxa de criminalidade, como evidencia a totalidade dos datos dispoñibles. En particular, destaca o feito de que, se ben o estado español ten unha das maiores taxas de encarceramento de Europa occidental, os seus niveis de criminalidade son dos máis baixos desa área territorial<sup>11</sup>. Esa -aparente- contradición non pode interpretar-se invertindo os termos da relación causal indagada, é dicir, entendendo que o alto nivel de encarceramento é o que permitiu manter unhas taxas de delincuencia baixas. Seguramente a mellor evidencia diso é que esas taxas se mantiveron tendencialmente estables durante o último lustro, precisamente a etapa na que o emprego da prisión creceu de novo de xeito moi notable.

En suma, tanto en Europa como -en concreto- no estado, a variable taxa de criminalidade aparece só como un factor condicionante máis -de carácter secundario- do volume de reclusos de cada sistema penal. A variable fundamental continua sendo a orientación das prácticas político-criminais emprendidas<sup>12</sup>. Esta variable, caracterizada na etapa presente pola tendencia a un progresivo e sostido endurecemento do sistema penal, presaxia dificultades para poder conter no futuro o crecemento da poboación penitenciária.

Esta conclusión parece especialmente aplicable ao caso español. Se a maduración da aplicación do CP 1995 e a crise da *criminalidade dos migrantes* poden contribuír a

---

10 Sobre o particular, vid. os datos ofrecidos polo xornal *El País* de 11/III/2002 e de 16/VI/2006. Do mesmo xeito, cabe lembrar que, de acordo cos cifras aportadas por E. GARCÍA ESPAÑA (no enderezo electrónico <[www.malaga.acoge.org/2003/set03/pris.htm](http://www.malaga.acoge.org/2003/set03/pris.htm)>), en 2003 a porcentaxe de reclusos españois en prisión preventiva era do 15'3%, mentras que no caso dos reclusos estranxeiros esa cifra situábase no 43'9%.

11 A modo de referencia, pode ver-se que se en 2005 a media de criminalidade na UE, de acordo coas estatísticas policiais, se situaba en 70 infraccións por cada 1000 habitantes, ese dato foi en 2006 no caso español de 50'7, mentras que en Galiza foi de 27'1. Cfr., sobre o particular, MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario...cit.*, p. 202, así como os xornais *La Voz de Galicia* de 2/III/2006 e *El País* de 25/VI/2006.

O AA.VV., *European...cit.*, p. 37, ofrece estatísticas sobre criminalidade correspondentes a 2003, con exclusión das faltas. Nese momento o estado español presentaba unha taxa de 23'7 delitos por cada 1000 habitantes para unha media do conxunto dos países europeos de 47'3. Resulta significativo que entón outros países, mesmo da UE, tiñan taxas extraordinariamente superiores á española: Suécia (139'9), Inglaterra-Gales (112'4) Finlandia (103'4), Bélxica (97'8), Dinamarca (90'1), Países Baixos (85'3), Alemaña (79'7), Austria (78'8), Francia (66), Luxemburgo (57'2).

12 En realidade, mesmo manténdose nun plano determinista, a ecuación correcta non é que máis delitos xeran máis reclusos, senón que máis delitos xeran menor tolerancia coa criminalidade, o que conduce a sancións máis duras e, en consecuencia, a máis reclusos.

explicar o acelerado crecemento da poboación carceraria dos últimos anos, as expectativas para o inmediato futuro no son neste punto de cambio de tendencia. Por unha banda, non parece haber razón para que eses dous condicionantes se modifiquen, en particular o relativo ao despliegue pleno de efectos sancionadores por parte do corpo legal vixente. Pero, ademais, concurren novidades normativas que seguramente están -e continuarán- acelerando ese crecemento do continxente de reclusos. Tráta-se das reformas penais acometidas en 2003, en particular das L.O. 7/2003 y 11/2003. Nese conxunto normativo introduciu-se unha pluralidade de medidas que comportan, como orientación global, un acusado endurecemento do sistema, que sen dúbida está a determinar o incremento da poboación penitenciaria, mesmo aínda que a expulsión dos migrantes irregulares poda estar alcanzando una aplicación máis frecuente que na situación previa<sup>13</sup>.

Admitido que as expectativas de cambio de tendencia no que se refire á evolución da poboación penitenciaria se intuen hoxe quiméricas, cabe considerar que o incremento inexorable do número de reclusos xera tensións de difícil xestión no plano loxístico do sistema penal. Paga a pena sinalar algunhas desas tensións.

Ante todo, o crecemento da poboación penitenciaria crea problemas en materia de gasto público. Na tensión permanente entre una lóxica político-criminal máis neoliberal, que propoñen o *actuarialismo* (*xerencialismo*) e o pensamento económico custo-beneficio (*Análise Económica do Dereito*), e outra máis neoconservadora, que sostén a adopción de medidas penales severas, que melloran a interacción na materia entre responsables políticos e público, e se orienta a conxurar a sensación social de inseguridade, o incremento da poboación carceraria se presenta como evidencia dunha certa prioridade

---

13 Entre estas medidas, sen tomar en consideración o incremento das penas para as figuras delictivas específicas, poden contarse: a) o endurecemento dos requisitos xerais -e particulares, no caso de persoas condeadas por delitos de terrorismo ou cometidos no seno de organizacións criminais- para acceder ao terceiro grao penitenciario e á liberdade condicional (arts. 36.2, 90, 93 CP, 72.5, 72.6 LOGP); b) o incremento dos límites máximos da pena de prisión (art. 76 CP); c) o endurecemento das medidas que pretenden garantir o cumprimento efectivo da condeza (art. 78 CP); d) o aumento da severidade das regras de determinación da pena, en materia de concurrencia de circunstancias modificativas xenéricas e de delito continuado (arts. 66, 74.1 CP); e) a introdución da circunstancia agravante xenérica de *multirreincidencia* (art. 66.1.5ª CP); f) o endurecemento do tratamento penal outorgado á comisión reiterada de determinadas faltas contra as persoas ou contra o patrimonio (arts. 147.1, 234 y 244 CP); g) a redución do límite mínimo da pena de prisión, de 6 a 3 meses (art. 36.1 CP). A todo isto habería que engadir a reforma -en virtude das L.O. 13/2003, de 24/X, e 15/2003, de 25/XI- da prisión preventiva (arts. 503, 504 Lei de Enxuízamento Criminal -LECrim-), deseñada agora en sentido expansivo, o que seguramente ten permitido someter a esta medida cautelar a suxeitos que con anterioridade terían evitado o ingreso penitenciario.

da segunda destas racionalidades. En contradición cos postulados daquela lóxica neoliberal, a expansión penitenciária require cada vez máis recursos públicos<sup>14</sup>, tanto en materia financeira como humana, é dicir, de forzas de seguridade pública e de funcionarios de vixilancia prisional<sup>15</sup>, ou en fin, en materia loxística, demandando inversións en edificación penitenciária<sup>16</sup>.

Este aumento da demanda de recursos públicos que implica a expansión penal e penitenciária non é, polo tanto, una circunstancia baladí. Tal incremento sostido de recursos preséntase como unha alternativa difícil de artellar, aínda que só sexa pola orientación xeral de política económica hexemónica, que postula a idea do Estado mínimo, sempre refractaria ao incremento do gasto público.

Desde a perspectiva máis concreta das necesidades penitenciarias, tampouco parece sinxela a satisfacción das demandas en materia de infraestrutura; as dificultades existentes en España durante os últimos lustros para ampliar o conxunto dos inmobles penitenciarios resulta neste sentido unha evidencia palmária. En efecto, cando hai menos dunha década que concluiu o plano de construción de 7 centros-tipo -2 deles en Galiza-, impulsado nos anos '90, cando 3 daqueles establecementos penitenciarios aínda están pendentes de construción, e cando o programa de creación de centros de inserción social -CIS- continua, once anos despois da entrada en vigor do CP 1995, as capacidades do sistema penitenciario español hai anos que se teñen visto sobrepasadas. A solución da Administración non ten sido outra que deseñar un novo plano de construción de establecementos carcerarios. Deste xeito, ata 2012 planéase construír 11 centros penitenciarios novos, así como concluír a edificación doutros 4, coa intención de xerar 12.000 novas prazas; xunto a iso, preve-se a construción ou finalización de 32 centros de inserción social, con capacidade para 6000 reclusos (o que parecería suxerir unha certa intención de incentivar o emprego do terceiro grao)<sup>17</sup>. Máis que valorar este novo esforzo

---

14 A modo de referencia, no caso de EE.UU., nas dúas últimas décadas do século XX construíron-se máis de 1000 centros penitenciarios.

15 Os datos obtidos sobre o volume de personal penitenciario suministrados polo propio Ministerio del Interior (vid. o xornal *El Mundo* de 28/VII/2003) poñen de manifesto a existencia (en 2003) de 18.000 funcionarios e 2000 contratados no marco da Administración Xeral do Estado.

16 Ao marxe doutras consideracións, a consolidación dese volume inxente de recursos, suministrados por actores públicos e privados, xera o risco de afirmar un *lobby* privilexiado en materia de decisión político-criminal, que tenderá en xeral a impulsar a expansión do sistema penal e penitenciario.

17 Vid. o xornal *El País* de 19/XI/2005. Os límites deste programa teñen sido públicamente

inversor, cabería reparar nunha disfunción que, de xeito obstinado, se amosa permanente: o sistema penal tende a esgotar as capacidades dos seus inmoables penitenciários, de xeito que a construción de máis centros non supón establecer as condicións para evitar a superpoboación, senón xerar, en breve prazo, unha ulterior masificación. Dito nas palabras da denominada *profecía de JEFFERY*, máis policía, leis máis severas, máis cadeas, significa un incremento da poboación reclusa pero non o correlativo descenso da criminalidade.

Sexa como for, non deixa de sorprender -cando menos parcialmente- a solución tomada pola Administración penitenciária para enfrontar as consecuencias do crecemento constante da poboación carcerária. É certo que algunhas alternativas resultan vedadas. Entre estas habería que contar, en primeiro lugar, a posta en marcha dun proceso global de privatización prisional, inaxeitada polo seu limitado éxito noutros países e polas resistencias das poderosas organizacións corporativas do mundo penitenciário, e seguramente incompatible co modelo establecido polo art. 79 LOXP<sup>18</sup>. En segundo lugar, parece tamén inviable a posta en marcha dun proceso xeralizado de economía de custos mediante a degradación das condicións da vida carcerária, aínda que só sexa porque tal medida non resulta consonante coa cultura penal e iuspublicista europea<sup>19</sup>. En terceiro lugar semella inasumible a solución emprendida noutros países -como Fráncia ou Italia- de proceder á aplicación de amnistia ou indultos xerais de carácter parcial, dificilmente compatible co art. 62 Constitución Española -CE-, e imprópria dun estado de opinión punitivo como o existente na actualidade<sup>20</sup>.

---

recoñecidos pola actual directora xeral de institucións penitenciárias.

18 O art. 79 LOXP establece: '*Corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las instituciones que se regulan en la presente Ley, salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria*'.

19 Esta estratexia de contención do incremento do gasto mediante a degradación das condicións de encarceramento (incluída a introdución de medidas de transferencia de custos aos reclusos, e de cobro polo traballo penitenciário) e mediante a introdución masiva de dispositivos tecnolóxicos que permitan un aforro de custos en materia de persoal se artella no contexto estadounidense mediante as seguintes medidas: a) a diminución do nivel de vida e dos servizos prestados en sede penitenciária, en particular en materia de educación, deporte e actividades de reinserción; b) a implantación de innovacións tecnolóxicas, sobre todo de carácter audiovisual e informático, para mellorar a produtividade dos mecanismos de vixiáncia; c) a transferencia de parte dos custos do encarceramento aos reclusos e ás súas familias, sobre todo no cobro de diversos servizos -incluídas as comidas-; d) a reintrodución masiva do traballo non cualificado nas cadeas, non só con funcións disciplinárias, senón tamén lucrativas, artelladas mediante convénios con grandes empresas ou cos seus subcontratistas.

20 O art. 62.i) CE proíbe os indultos xerais, o que seguramente debe ser interpretado no sentido de



Por todo iso, resulta comprensible a solución emprendida polo executivo estatal, a cal, non obstante, ten límites obvios. Seguramente conscente diso, a actual directora xeral ten xa expresado en público a necesidade de impulsar as sancións penais non prisionais<sup>21</sup>. Non obstante, esa solución choca cun lexislador sometido a urxencias político-eleitorais e, nese sentido, pouco proclive a ofrecer unha imaxe de benignidade ante o delito e a inseguridade, e cunha xudicatura seguramente non moito máis disposta á ambiciosa acollida dunha penalidade non penitenciária. Sexa como for, cabe intuir que a DGIP está tentando asumir esa orientación na parte que lle corresponde, como se verá *infra* ao abordar a cuestión dos terceiros graos e da liberdade condicional.

Unha segunda tensión do crecemento da poboación carceraría proxéctase sobre o eido dos dereitos dos reclusos, e das súas concretas condicións de vida. Ese incremento, unido ás reseñadas dificultades para aumentar de xeito sostido os recursos do sistema penal, aboca a unha situación de problemática superpoboación penitenciária, determinante dunha degradación xeral das condicións de encarceramento. De novo, non estamos ante una problemática menor. Os datos dispoñibles evidencian que a comezos do terceiro milénio diversos países europeos superan, ou se achegan, a un nivel de ocupación dos seus establecementos penitenciarios do 150%<sup>22</sup>. No caso español, a pesar de contar cunha rede de centros prisionais parcialmente moderna, e a pesar de atopar-se hai só unha década nun nivel de ocupación do 85%, a taxa de superpoboación sitúa-se na actualidade en torno a ese 150%, cun amoreamento superior ao 200% en diversos establecementos<sup>23</sup>, nunha sorte de confirmación da *profecía* de JEFFERY anteriormente mencionada<sup>24</sup>.

---

que no ordenamento constitucional español están tamén proscritas as amnistias.

21 Vid. o seu artigo GALLIZO, M., 'Los retos del sistema penitenciario en el siglo XXI', en *El País*, 22/XI/2005.

22 En datos de 2005, os países da Unión Europea -UE- que presentan un maior grao de superpoboación penitenciária son: Bulgaria (194% de ocupación dos establecementos prisionais), Grécia (171%), Chipre (155%), Hungría (145%), Italia (138%). Vid., sobre iso, COUNCIL OF EUROPE, *Space I...cit.*, p. 16, que atribuíra naquel momento a España unha densidade de clientela carceraria do 133'7%.

23 Os datos aportados polo xornal *El País* de 7/VI/2005 situaban o índice de ocupación penitenciaria no 159%. As cifras ofrecidas polo sindicato de prisións ACAIP parecen coincidir substancialmente coas comunicadas polo rotativo madrileño (vid. o enderezo electrónico <[www.acaip.info/acaip/informes.html](http://www.acaip.info/acaip/informes.html)>), pero engaden que xa a mediados de 2004 10 centros penitenciarios españois (sen contar os dependentes da *Generalitat de Catalunya*) se atopaban cunha taxa de ategamento superior ao 200%. O propio Ministerio del Interior recoñeceu, en novembro de 2005, una taxa de ocupación dos establecementos penitenciarios do territorio da DGIP do 149% (vid. o xornal *La Voz de Galicia* de 19/XI/2005).

24 Concretando estes datos para o caso galego, a taxa de superpoboación dos centros penitenciarios de Galiza era a fins de 2006 a seguinte: A Lama (146%), Bonxe (123%), Monterroso (126%), Ourense

O deterioro das condicións de encarceramento que acarreean estes niveis de superpoboación rebaixa a *calidade de vida* dos reclusos, tanto como o nivel de garantía material dos seus dereitos non afectados pola condición de condeados, co que se converte nun problema en absoluto menor, que trascende as meras complicacións causadas á loxística penitenciária, e fai máis dificilmente gobernable a convivéncia carcerária. Ademais, ese deterioro preséntase como consecuencia, ao tempo que ineludible causa, do progresivo abandono das prácticas resocializadoras.

*B) O constante crecemento da poboación penitenciária migrante.*

Un segundo factor esóxeno ao deseño institucional da política penitenciária española, que a está condicionando de maneira moi significativa no período máis recente é o constante crecemento da poboación carcerária estranxeira, o que se relaciona coa mencionada *crise penal dos migrantes*.

Tomado en cifras, pode comprobar-se que en 1996 a porcentaxe de poboación estranxeira nas prisións españolas era do 17'3%, cifra que ascende ao 19'9% en 2000. Tras este momento, cando se inicia a nova fase de crecemento sostido da clientela carcerária, a porcentaxe de referencia acompaña tamén esa tendéncia ascendente, ata o punto de que no fin de 2006 os reclusos estranxeiros representaban o 32'2% do total<sup>25</sup>. De feito, a actual fase de crecemento contínuo da poboación carcerária débese fundamentalmente ao ingreso en prisión de milleiros de migrantes. Non outra cousa evidencía o feito de que a poboación reclusa de nacionalidade española creceu no decenio 1996-2006 un 25'2% mentras que a de nacionalidade estranxeira se incrementou nesa etapa un 184'2%<sup>26</sup>. Con todo, eses datos deben ser relativizados mediante unha ponderación coa propia evolución demográfica da poboación migrante. A cifra de multiplicación da taxa de poboación penitenciária en relación co total de habitantes era notablemente superior, v. gr., en 1999 (cando a porcentaxe de reclusos estranxeiros se

---

(228%), Teixeira (131%).

25 A cifra segue aumentando. Ao final do primeiro semestre de 2007 xa ascendeu ao 33% da poboación reclusa.

Non obstante, trátase duns guarismos que son superados noutros estados da UE, incluídos aqueles que teñen un menor volume de poboación migrante. En efecto, a fins de 2005, cando no estado español a porcentaxe de reclusos estranxeiros era do 30'1%, tal dato via-se superado en Austria (45%), Bélxica (41%), Chipre (45%), Estonia (40%), Grécia (41%), Italia (33%), Luxemburgo (71%) ou Países Baixos (32%). Vid., neste sentido, COUNCIL OF EUROPE, *Space I...cit.*, p. 27.

26 Todos os datos mencionados están tomados de MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario...cit.*, p. 345.

situaba no 17'9% mentras que o número de migrantes a nivel estatal non chegaba ao 2%), que na actualidade(2006), onde esa cifra é só do triplo (32'2% de poboación reclusa estranxeira fronte ao 9'6% de habitantes non nacionais españois).

É inútil buscar as causas deste fenómeno nunha maior proclividade delictiva dos migrantes. Non existen datos, nin sequera as estatísticas policiais, que permitan corroborar esa tese<sup>27</sup>. Polo contrario, constitúe un lugar común en Criminoloxía entender que a taxa de criminalidade é menor entre os migrantes de primeira xeración (a ampla maioría dos que se residen no estado) que entre os autóctonos. Deste xeito, as causas deste fenómeno deben procurar-se máis ben na análise dos mecanismos de selectividade cos que opera o sistema penal respecto de determinados grupos e suxeitos sociais, neste caso dos migrantes. Maior interese tería seguramente, se ben é algo que desborda os límites deste texto, poñer en relación ese fenómeno con outra serie de lóxicas funcionais. En primeiro lugar, resultaría produtivo vencellar a conformación do migrante como destinatario primordial do sistema penal coa necesidade de construír grupos de risco e *inimigos* (rol no que veñen a substituír aos toxicómanos), aos efectos de mellorar unha coesión social hoxe en crise. En segundo lugar, cabería investigar a posible subordinación neste punto das políticas penais -e penitenciárias- ás necesidades *superiores* da política de control de fronteiras e de xestión dos fluxos de mobilidade<sup>28</sup>, as cais establecen unha certa confusión entre os conceptos de *irregularidade*, *ilegalidade* e *criminalidade* que incentiva o control e a persecución dos migrantes, sobre todo cando as migracións irregulares se relacionan, na retórica pública, cos fenómenos de terrorismo. En terceiro lugar, nunha perspectiva de contexto aínda máis ampla, conviria analizar que papel xogan esas políticas penais e penitenciárias na contribución a unha determinada incardinación

---

27 As estatísticas policiais que fan referencia ás porcentaxes de estranxeiros detidos (v. gr., o MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario...*cit., p. 288, informa que o 34% das 260500 persoas detidas en 2006 non era de nacionalidade española) non resultan neste caso de utilidade, non só polas propias limitacións que tales datos teñen para ofrecer unha imaxe certa da criminalidade existente nun determinado país, senón tamén pola propia selectividade coa que as forzas policiais actúan en relación cos migrantes.

28 No plano normativo, a evidencia máis clara desa subordinación é a disposición do art. 57.7 L.O. 4/2000, de 11/I, *sobre derechos y libertades de los extranjerros en España y su integración social*, que establece, para os casos de procesamento dun migrante por infracción criminal conminada con pena de prisión inferior a 6 anos, ou doutra natureza, a posibilidade de que a autoridade administrativa inste do xuíz competente a autorización da expulsión inmediata –a decisión debe recaer no prazo máximo de 3 días-, configurando a denegación de tal autorización como unha circunstancia excepcional. Con esta disposición artélla-se unha prevalencia do procedemento administrativo de expulsión sobre o proceso penal, e dá-se entrada a un criterio de oportunidade nese eido procesal.

produtiva dos migrantes irregulares, os cais realizan actividades imprescindibles, tanto polo seu contido como pola súa suma flexibilidade, para o modelo de acumulación postfordista que actualmente orienta o sistema produtivo español.

Deste xeito, parece evidente que a conformación do migrante como categoría de risco introduce criterios de selectividade que recorren o conxunto do sistema penal e penitenciario, determinando que tales suxeitos teñan maiores posibilidades que outros de ingresar nas redes de persecución da responsabilidade criminal.

En primeiro lugar, a criminalidade *própria* dos migrantes aparece sobrerrepresentada no conxunto das estatísticas delictivas, tanto pola concentración prioritaria de medios na súa efectiva persecución, canto polas facilidades que presenta o seu descubrimento, investigación e proba. A elevada taxa de descubrimento destas infraccións explíca-se tamén pola forte visibilidade social dos migrantes, así como pola vixencia e efectividade dos estereotipos policiais, que non son senón reprodución de conviccións sociais xerais<sup>29</sup>; en consecuencia, compartidas en certa medida polo resto de instancias de persecución penal.

En segundo lugar, o migrante ten moitas máis posibilidades -como parecen evidenciar as estatísticas<sup>30</sup>- que o infractor autóctono de ser sometido a prisión provisional, o cal redunda negativamente na elección definitiva de sanción en caso de condea<sup>31</sup>. En atención á regulación vixente de tal medida cautelar, a imposición da mesma fundaméntase especialmente na desconfianza que se deduce do contexto social do migrante (posible carencia dun domicilio fixo, ausencia en ocasións de identificación, traballo precario, carencia de renda, etc.), que se valora como posible risco de fuga (art. 503.1.3 LECrim)<sup>32</sup>.

En terceiro lugar, a mesma desconfianza que se proxecta sobre o seu contexto

---

29 Eses estereotipos policiais reproducen conviccións sociais xerais, nas que aos migrantes non só se lles reprocha a súa proclividade criminal, senón que se lles atribue a responsabilidade por un cambio social sentido como crise, como desorde.

30 Vid. os datos sobre reclusos preventivos suministrados polo xornal *El País* de 11/III/2002 e de 16/VI/2006, xa mencionados.

31 En efecto, o sometemento a prisión provisional influe de xeito negativo na posibilidade de ser ulteriormente condeado a unha pena non privativa de liberdade ou, no seu caso, a unha sanción de prisión de menor duración.

32 Por outra banda, tamén ten sustentado a imposición da prisión provisional nestes casos a maior alarma social que adoitan xerar, previa reconstrución mediática, os ilícitos cometidos por migrantes; esa conmoción pública era contemplada no art. 503.2 LECrim, con anterioridade á reforma operada pola L.O. 13/2003, de 24/X, como circunstancia fundamentadora da imposición da privación de liberdade cautelar.

social influe para dificultar a imposición ao migrante, no momento da condea, de penas alternativas non privativas de liberdade, ou de mecanismos de substitución ou suspensión condicional da execución. No caso español, esa disposición de mecanismos suspensivos ou substitutivos para os migrantes irregulares está vedada pola actual regulación da expulsión (art. 89.1 CP). Nesta fase biográfica da responsabilidade penal, así como no conxunto do proceso selectivo, influe igualmente o feito de que o migrante adoita descoñecer as normativas e procedementos locais, así como que acostuma ter poucas capacidades para gozar dunha óptima defensa.

En cuarto lugar, as razóns xa citadas, en particular a súa precariedade laboral, a debilidade dos seus lazos familiares e a condición de irregularidade, dificultan o acceso, nas fases finais do cumprimento das sancións de prisión, á semilibertade ou á liberdade condicional<sup>33</sup>. No caso español, ese acceso ve-se impedido, para os migrantes irregulares, polo actual art. 89.1 CP, que establece con carácter xeral a expulsión, en detrimento do paso ao terceiro grao ou á liberdade condicional<sup>34</sup>. Por outra banda, durante a execución da pena privativa de liberdade, ao migrante se lle nega de xeito case absoluto a posibilidade de acceder a permisos de saída, pola consideración de risco de quebrantamento, ao marxe de que tal perigo non teña sido ata o momento refrendado por estudos empíricos<sup>35</sup>.

En quinto lugar, a todo iso engáde-se que a experiencia carceraria tende a ser máis gravosa para os migrantes, tanto pola falla de apoio humano externo, como polos seus limitados coñecementos dos mecanismos do sistema penitenciario.

A entrada masiva de cidadáns estranxeiros nas prisións españolas está mudando, de múltiples formas, a vida cotiá dos establecementos penitenciarios<sup>36</sup>. En xeral, este

---

33 Vid., neste sentido, as edicións do xornal *El País* de 23/IX/2002 e 16/VI/2006.

34 Na práctica, sen embargo, dada a elevada porcentaxe de supostos nos que a expulsión non pode executar-se, existe un volume de casos nos que a excarceración supón a permanencia en territorio español. Non obstante, esa permanencia, como consecuencia dos antecedentes delictivos, virá acompañada pola imposibilidade de regularización da situación, coas consecuencias negativas que iso implica, sinaladamente a permanente ameaza da expulsión e a obriga de procurar medios de vida ao marxe do traballo asalariado regular.

35 Na práctica do procedemento de concesión de permisos de saída, a condición de estranxeiro valóra-se como unha variable de risco, fundamentada na carencia de arraigo, co que se produce a denegación sistemática. Mais aínda, esa denegación resulta automática nos casos en que o suxeito ten decretada a expulsión tras o cumprimento das  $\frac{3}{4}$  partes da condea ou tras o acceso ao terceiro grao.

36 Vid., sobre esta materia, a Instrución 18/2005, de actualización de la instrucción 14/2001, que fai especial fincapé na problemática da intervención educativa con reclusos estranxeiros.

fenómeno está facendo máis laboriosa a tarefa de goberno das nosas prisións, nas que a comunidade humana -ao igual que sucede no exterior- evolue cara a unha maior complexidade da súa composición.

Ainda sendo isto relevante, seguramente o rasgo nuclear da evolución da política penitenciária polo que fai ao ingreso masivo de migrantes é o abandono definitivo, para tal sector de reclusos, da funcionalidade resocializadora.

Tal circunstancia débese, ante todo, á reforma do art. 89 CP operada pola L.O. 11/2003, que convertiu en preceptiva a expulsión de territorio español de determinados migrantes irregulares, sanción ata entón só facultativa para o xulgador<sup>37</sup>. Na actualidade, o órgano sentenciador ten que acordar a expulsión do territorio español, por un período mínimo de 10 anos, do migrante irregular que teña sido condeado a unha pena de prisión igual ou superior a 6 anos, sen que sexa impedimento para iso a existencia dun procedemento aberto de autorización de residencia (art. 89.1 CP)<sup>38</sup>. A expulsión se levará a efecto no momento en que o migrante acceda ao terceiro grao penitenciario ou cumpra as  $\frac{3}{4}$  da duración da súa condea.

Tal regulación ten suscitado diversas críticas, que poñen de relieve a súa inadecuación ao principio de proporcionalidade, a súa dubidosa compatibilidade coa proscripción do *bis in idem* ou a idoneidade de que a mera condición de non nacional poda determinar un réxime sancionador tan dispar para españois e para migrantes<sup>39</sup>.

Todas estas críticas son merecedoras de atención, e evidencian a insostibilidade da medida creada polo lexislador de 1995, e reforzada polo de 2003<sup>40</sup>. Sen embargo,

---

37 Esta decisión do lexislador de 2003 desatendeu a doutrina elaborada ata entón sobre a materia por parte do Tribunal Constitucional -TC-, que suxerira de xeito reiterado a aplicación restritiva da expulsión (vid., a modo de referencia, as SSTC 242/1994, de 20/VII, 203/1997, de 25/XI, e os AATC 33/1997, de 10/II, 106/1997, de 17/IV).

38 Como é sabido, tal lei orgánica determinou tamén o carácter preceptivo da expulsión no caso de migrantes irregulares condeados a penas privativas inferiores a seis anos de duración, en substitución destas (art. 89.1 CP). Sobre iso, vid. asimismo a Instrución 18/2005.

No marco do actual ordenamento penitenciario as únicas alternativas posibles a esas expulsións, cando menos no plano teórico, serían o desfrute da liberdade condicional no país de orixe (art. 197.1 RP) e o cumprimento da condea no país de orixe en virtude de tratado internacional (vid. a Instrución 18/2005).

39 Neste sentido cabe lembrar que a LOXP non fai referencia algunha aos reclusos estranxeiros, isto é, non ten en conta dita condición para vencellar á mesma consecuencias específicas en materia de réxime e tratamento penitenciarios, que deben rexir-se polos principios xerais de igualdade e non discriminación (segundo os arts. 3 LOXP, 118.2 RP).

40 Tan é así, que a propia intención do lexislador de 2003 de converter en preceptiva a expulsión, agás nos casos en que '*...la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España*' (art. 89.1 CP), ten tido uns efectos moi limitados. A STS de 8/VII/2004, dando inicio

neste momento interesa poñer de relevo outro rasgo desa regulación, xa enunciado: o que se refire ao abandono do obxectivo resocializador. Dalgunha maneira, o que fai o art. 89 CP é terciar no debate sobre a atribución dos dereitos fundamentais ao conxunto dos seres humanos ou -exclusivamente- aos cidadáns, asumindo que a cidadanía xa non constitue un factor de inclusión e de garantía da igualdade, senón o último elemento de exclusión e discriminación, o derradeiro resto premoderno das desigualdades persoais. Respecto dos migrantes irregulares, o estado desatende o mandato do art. 25.2 CE, de orientación da execución das penas privativas de liberdade á resinserción social dos reclusos. Alén diso, o estado desatende unha esixencia básica que, en materia de castigo, se deriva da súa configuración como *social e democrático de Dereito*: a necesidade de que deseñe a intervención penitenciária mediante a orientación á reintegración do suxeito, non á súa exclusión temporal ou permanente. Cabe preguntar-se se existe base para entender que o art. 25.2 CE, mesmo coa interpretación demediada que do mesmo ten feito o TC<sup>41</sup>, só debe entender-se aplicable ás persoas que posean autorización de residencia no territorio español; cabe igualmente interrogar-se se un estado pode ser *social e democrático* só para unha parte dos habitantes do seu espazo soberano.

Sexa como for, a expulsión -que xa é en si unha medida privada de calquera orientación reintegradora- contamina o conxunto da execución da pena de prisión no caso dos migrantes irregulares, privándoa de contido resocializador, que resulta ilusório, na medida en que o destino do recluso vai ser a deportación. Deste xeito, a estadia

---

a unha consolidada liña xurisprudencial, estimou que debe proceder-se sempre a un exame individualizado do caso, cun xuízo de ponderación entre a colisión dos intereses de orde pública con outros dereitos de carácter persoal ou familiar do condeado, sinaladamente o dereito ao respeito da vida familiar. Deste xeito, a xurisprudencia do Tribunal Supremo -TS- ten determinado que a aplicación da expulsión dos migrantes irregulares non é en absoluto preceptiva e, o que resulta máis chamativo, sen fundamentar tal plantexamento nunha interpretación da excepción que contempla o propio art. 89 CP. Sobre o particular, vid. asimismo o Acordo do Pleno da Audiencia Provincial -AP- Madrid de 29/V/2004, e as SSTs de 28/X/2004 e 21/XII/2004.

41 O TC ten realizado nunha pluralidade de resolucións (vid., entre outras, as SSTC 19/1988, de 16/II; 150/1991, de 4/VII; 72/1994, de 3/III; 2/1997, de 13/I; 79/1998, de 1/IV, así como o ATC 15/1984, de 11/I) unha interpretación sobre o sentido do postulado de resocialización contemplado no art. 25.2 CE. Desa doutrina consolidada pode extraer-se que a dición textual da norma non permite deducir que o único fin das penas sexa a "*resocialización*", como aspecto positivo da prevención especial, xa que o precepto só se refire ás penas privativas de liberdade e non explicita cal é a orientación doutras sancións; a maior abundamento, nas sancións privativas de liberdade dito postulado constitucional limita-se á orientación da fase de execución da pena, sen que se exclua que nas etapas anteriores, de conminación legal e de imposición da pena, podan ser preferentes outros fines (como os preventivo-xerais). En suma, co inciso do art. 25.2 CE preténdese simplemente indicar unha orientación ou tendencia.

penitenciária dos migrantes irregulares perde calquera lóxica conectada co noso modelo prisional, toda vez que para eles non existe progresión de grao posible nin tratamento preordenado á mesma. Do mesmo xeito, e como se ten salientado, a racionalidade que impulsa a privación de liberdade dos migrantes fundamenta a potencial imposibilidade de acceder a permisos de saída, que neste caso se entenden inútiles en tanto que non é preciso preparar para a vida en liberdade, e que resultan inaplicables, dadas as variables formalizadas que se empregan para as decisións sobre a súa concesión. Ademais, a posibilidade de que os migrantes irregulares que non teñan sido expulsados realicen unha actividade laboral no marco do terceiro grao ou da liberdade condicional está seriamente recurtada, de acordo co establecido na Instrución 18/2005.

Todo isto non debe levar a pensar que a privación de liberdade no caso dos migrantes irregulares carece de funcionalidade algunha. Nada máis lonxe da realidade. No caso destes reclusos, o sistema penitenciario adopta, xa sen excusa algunha, unha finalidade meramente incapacitadora, de neutralización de tales suxeitos. Neste punto, como en tantos outros, os migrantes irregulares, en tanto que grupo social, aparecen como o laboratorio privilexiado dunhas lóxicas do castigo própiamente postmodernas, como o eido de ensaio dun sistema penitenciario que progresivamente vai deixando atrás a racionalidade da reintegración e se introduce na da segregación.

Non debe levar a matizar esta afirmación o feito de que tal segregación sexa *selectiva*, toda vez que o sistema xurídico non ten capacidade -e seguramente tampouco vontade política- de executar todas as expulsións que acorda<sup>42</sup>. Contemplando tal realidade, que non supón en absoluto caréncia de consecuencias xurídicas para o migrante sobre o que pesa permanentemente a ameaza da expulsión, pode evidenciar-se que a lóxica da prisión e da expulsión neutralizadoras constrúe unha mensaxe e unha

---

42 Se ben non se dispón de datos relativos especificamente ao sistema penal, o xornal *El País* do 20/VII/2004 informaba de que entre 2002 e os primeiros meses de 2004 o goberno español só executou o 27'8% das expulsións acordadas. Outras referencias dispoñibles amosan que as porcentaxes de execución das expulsións acordadas se teñen mantido sempre en niveis similares (vid. asimesmo o xornal *El País* de 18/XI/2005 e de 26/VIII/2006).

É de intuír que as expulsións penais son moito máis executadas que as administrativas, aínda que só sexa porque a Instrución 18/2005 establece a cautela de que a Administración penitenciaria notificará á Comisaría Provincial de Policía e ao xuíz ou tribunal sentenciador, tanto a progresión a terceiro grao como - con 3 meses de antelación-, a data de cumprimento dos  $\frac{3}{4}$  da condea, mesmo en casos en que a expulsión non teña sido acordada no momento de sentenza. Por outra banda, a Instrución establece a comunicación á Comisaría Provincial de Policía, con tres meses de antelación, da excarceración de migrantes irregulares, aos efectos da correspondente expulsión administrativa.



funcionalidade que trascende por completo o responsable penal individual, proxectándose sobre o conxunto da comunidade migrante, como unha sorte de dispositivo que, con FOUCAULT, podería denominar-se *biopolítico*. A segregación selectiva se converte nun mecanismo privilexiado para disciplinar unha determinada inserción social, económica e produtiva -subordinadas- dos migrantes no país e na sociedade de acollida.

*C) A progresiva restrición dos terceiros graos e das libertades condicionais*

Outra das orientacións fundamentais da última evolución da política penitenciária é a progresiva restrición das progresións de grao, de xeito sinalado cara ao réxime aberto e á liberdade condicional. Tráta-se, neste caso, dun fenómeno endógeno ao propio deseño normativo institucional do feito penitenciario, toda vez que este proceso ven impulsado por reformas lexislativas e pola recepción das mesmas no eido carcerario.

Ditas reformas tiveron lugar con ocasión da aprobación da L.O. 7/2003, de 30/VI, *de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, que introduciu consideracións preventivo-xerais, incapacitadoras e mesmo vindicativas na execución das sancións privativas de liberdade, desvirtuando aínda máis a lóxica rehabilitadora do tratamento que debería guiar o cumprimento da prisión.

No que fai ás medidas introducidas por aquela norma que supoñen unha efectiva restrición dos terceiros graos e das libertades condicionais, procede facer referencia, sobre todo, á reforma dos arts. 36.2, 90, 93 CP e 72.5 LOXP.

En primeiro lugar, a L.O. 7/2003 modificou o art. 36.2 CP, aos efectos de introducir, para infractores condeados a penas de prisión de certa gravidade, o denominado '*periodo de seguridade*', límite de acceso á semi-liberdade que comporta o terceiro grao penitenciario. Frente á posibilidade previa de acceso a tal réxime de tratamento desde a clasificación inicial do recluso (arts. 72.3 LOGP, 104.3 RP)<sup>43</sup>, na actualidade o paso ao terceiro grao dos penados condeados a sancións de prisión de duración superior a 5 anos require o previo cumprimento da metade da condea. A Instrución 2/2005, *de modificación sobre las indicaciones de la I 2/2004, para la adecuación del procedimiento de actuación*

---

43 Unha das consecuencias disfuncionais da introdución do art. 36.2 CP é a imposibilidade de dar resposta mediante a clasificación penitenciaria aos casos de suxeitos que comezan a cumprir condea moito tempo despois da comisión do delito, cando xa están rehabilitados; nestes casos, agora só permanece a incerta alternativa do indulto ou o procedemento de solicitude de imposición do réxime xeral de cumprimento.

de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, ten entendido, tras unha opinión inicial en contrario, que tal duración mínima da privación de liberdade ten que ser considerada individualmente, sen que a tales efectos podan sumar-se as diversas penas que debe cumprir o condeado<sup>44</sup>.

Neste caso, como nas demais disposicións da L.O. 7/2003, a lóxica neutralizadora e de *xustiza expresiva* aparece con claridade. Ao marxe de que a clasificación inicial, ou sobrevida pero pronta –nalguna das primeiras revisións semestrais–, dun infractor sometido a tales penas fose unha realidade completamente marxinal, o certo é que o art. 36.2 CP menoscaba a lóxica preventivo-especial positiva que serve de guía medular á normativa penitenciária, sustituíndo-a por unha regra xeral que resposta á racionalidade incapacitadora.

En efecto, o art. 36.2 CP excepciona –por certo, nunha sede normativa que non parece precisamente a máis axeitada, tendo en conta a natureza penitenciária da disposición– o sistema de individualización científica que orienta e estrutura a normativa penitenciária española (art. 72.1 LOGP), colisionando con algúns dos seus elementos básicos de artellamento: a) a clasificación do penado, a efectos de tratamento e de réxime, se orienta polas diversas condicións e necesidades persoais de resocialización, e non só pola duración da súa condea ou polo delito cometido (arts. 63 LOXP, 102.2 RP); b) ningún penado pode ser mantido nun grao inferior, cando a lóxica do tratamento lle faga merecedor de progresión (art. 72.4 LOXP). En consecuencia, de acordo coa racionalidade do tratamento, e coa normativa penitenciária aínda vixente, nada debería impedir –agás, obviamente, o art. 36.2 CP– que unha persoa cunha condea de certa gravidade poidese ser merecedora dun réxime de semiliberdade en fases tempranas do seu cumprimento (art. 72.3 LOXP), en atención á favorable consideración das variables intervintes no

---

44 Como se ten apuntado, anteriormente as Instrucións 9/2003, *sobre indicaciones para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, e 2/2004, *de modificación sobre las indicaciones de la I 9/2003, para la adecuación del procedimiento de actuación de las Juntas de Tratamiento a las modificaciones normativas introducidas por la Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, consideraban que o período de seguridade debía ser imposto tamén nos casos en que os cinco anos de privación de liberdade se alcanzaban mediante a suma de diversas penas, mesmo impostas en diferentes procedementos.

proceso de clasificación<sup>45</sup>.

Para solventar a frición coa lóxica preventivo-especial positiva, o lexislador de 2003 estableceu unha matización correctora ao réxime do *periodo de seguridade*, en virtud da cal, 'el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, (...) podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento' (art. 36.2 CP), posibilidade que pode ser instada pola Xunta de Tratamento do correspondente centro penitenciario<sup>46</sup>. Este párrafo pretende facer compatible a disposición coa racionalidade resocializadora da normativa constitucional e penitenciária. Non obstante, o art. 36.2 CP plasma unha hibridación de consideracións preventivo-xerais, retribucionistas e de intimidación especial, pero entre elas emerxe igualmente con claridade o pensamento neutralizador<sup>47</sup>.

En segundo lugar, a L.O. 7/2003 endureceu as esixencias necesarias, con carácter xeral, para acceder ao terceiro grao de tratamento penitenciario, reformando o art. 72.5 LOXP. Se ben neste caso pode parecer que a racionalidade que orientou a reforma non era *prima facie* a neutralizadora, o certo é que con ela se amplian os periodos de custodia, e non necesariamente por consideracións resocializadoras. O art. 72.5 LOXP modificado dispón como requisito adicional para acceder ao réxime aberto a satisfacción das responsabilidades civís derivadas do delito; a norma non establece expresamente unha excepción no caso de insolvencia do infractor –a diferenza, por exemplo, do art. 81 CP en materia de suspensión condicional da execución da pena-, pero dispón un complexo e escasamente definido sistema de valoración que pode permitir esa

---

45 Cómpre destacar que a partir da introdución do vixente art. 36.2 CP apenas posúe sentido, nos supostos de referencia, a revisión preceptiva da clasificación cada 6 meses, tal como establecen os arts. 72.4 LOXP e 105.1 RP.

46 A Instrución 2/2005 -e xa antes as Instrucións 9/2003 e 2/2004- dispón que a Xunta de Tratamento, nos casos en que considere que un recluso suxeito ao *periodo de seguridade* merecería o acceso ao terceiro grao, pode solicitar ao XVP a aplicación do réxime xeral de cumprimento.

47 A parte da disposición recién transcrita presenta unha excepción, xa que a revocación do '*periodo de seguridade*' por parte do XVP non é posible cando os infractores de referencia, condeados a privación de liberdade superior a 5 anos, teñan delinquirido no marco de organizacións criminais ou teñan cometido delitos de terrorismo (art. 36.2 CP). Neste punto plásmase a lóxica da *emergencia*, xa que non existen razóns de prevención especial positiva ou de proporcionalidade que xustifiquen tal excepción. O seu sentido atópase, alén de razonamentos preventivo-xerais, nunha *xustiza expresiva* que persigue, ao tempo, a lexitimación soberana da institución estatal, nun exercicio *autopoietico* mediado pola *Razón de Estado*.

excepción<sup>48</sup>. De feito, a Administración penitenciária ten interpretado ese texto normativo no sentido de admitir o cumprimento do requisito en eses casos de insolvéncia<sup>49</sup>.

Ten-se apuntado que nesta modificación, do mesmo xeito que noutros extremos da reforma operada pola L.O. 7/2003<sup>50</sup>, se plasma a preocupación actual polos intereses das vítimas, que deste xeito verían incrementadas as súas posibilidades de obter efectivamente a satisfacción dos seus perxuizos. Sen embargo, é probable que a reforma do art. 72.5 LOXP non mereza unha consideración tan benigna. Xurden dúbidas de que neste punto o lexislador non teña emprendido unha invocación populista dos intereses das vítimas, na que son utilizadas como excusa para encubrir a finalidade realmente perseguida, que non é outra que o endurecemento da resposta punitiva. Neste sentido debe interpretar-se o feito de que no presente caso as consideracións relativas á reparación do dano non sirvan para acceder a un réxime máis benigno respecto do

---

48 O art. 72.5 LOGP vixente establece: *‘La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.*

*Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:*

- a. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.*
- b. Delitos contra los derechos de los trabajadores.*
- c. Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.*
- d. Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.*

49 A Instrución 2/2005 -do mesmo xeito que, anteriormente, as Instrucións 9/2003 e 2/2004- considera que nos casos en que o suxeito non pague efectivamente a responsabilidade civil, o cumprimento do requisito previsto polo art. 72.5 LOXP debe valorar-se atendendo á súa vontade e capacidade de pago, evidenciada a partir de: a) a conduta observada en orde á restitución, á reparación ou á indemnización; b) as condicións persoais e patrimoniais do suxeito; c) as garantías de satisfacción futura; d) o enriquecemento que o suxeito poda ter obtido co delito, así como os danos e perxuizos causados e o número e condición dos perxudicados. A Instrución considera que a insolvéncia pode determinar-se mediante a correspondente declaración xudicial ou mediante xustificación da situación económica feita por parte da Xunta de Tratamento, no seu caso acompañada do compromiso do suxeito de satisfacer a responsabilidade en caso de acceder a un traballo remunerado durante o terceiro grao ou a liberdade condicional. A Xunta de Tratamento poderá igualmente fixar medidas de control para asegurar o pago futuro da responsabilidade civil.

50 O relanzamento da posición da vítima no conxunto da L.O. 7/2003 non se limita ao extremo sinalado no texto, senón que inclúe a posibilidade de escoitar á súa representación procesal, aos efectos de tomar diversas decisións relativas á liberdade condicional, ao *‘periodo de seguridade’* e ao cumprimento *‘íntegro’* das penas.

esquema xeral (caso, por exemplo, da nova regulación do art. 91.2 CP), senón para erixir un obstáculo engadido ao acceso a ese réxime xeral. En todo caso, aínda que non se tratase dunha instrumentalización de consideracións vitimolóxicas orientada ao simples endurecemento punitivo, o certo é que introducir en fase de execución da pena de prisión, en concreto de progresión de grao, ese xénero de intereses parece unha opción cando menos heterodoxa<sup>51</sup>. Sen necesidade de cuestionar a idoneidade desas consideracións, o certo é que resultan alleas a ese momento de vida da responsabilidade penal, que debe quedar condicionado exclusivamente por factores de reintegración, nos que non cabe admitir unha identificación mecánica entre falta de abono das responsabilidades civís e caréncias resocializadoras, sobre todo se, como é o caso, non aparece claramente regulada a eventualidade da insolvéncia. Estrano dispositivo de conciliación é aquel que enfronta o destino da vítima co do infractor, de xeito que a satisfacción daquela aparece como límite impeditivo das lexítimas expectativas deste; máis estrano resulta se se ten en conta que ese protagonismo da vítima concurrirá tras ter transcurrido anos, mesmo décadas en moitos casos, da comisión e enxuzamento do feito delitivo, o que suporá unha perpetuación inaxeitada do seu rol de vítima, e incluso podería conducir á súa vitimización secundaria ou sobrevida<sup>52</sup>.

En terceiro lugar, a L.O. 7/2003 modificou os requisitos para acceder á liberdade condicional, con carácter xeral, no sentido de incrementar as esixencias para a progresión ao último grao de cumprimento das penas de prisión; este endurecemento non ven senón a superpór-se sobre unha situación na que dita progresión aparece cada vez máis como a excepción, e non como a regra<sup>53</sup>.

Do mesmo xeito que acontece en relación co terceiro grao, o art. 90.1 CP

---

51 É probable que nesta fase da responsabilidade penal a vítima non deba gozar de papel algún, xa que carece de datos sobre a evolución do tratamento resocializador.

52 No marco do endurecemento das condicións de acceso ao terceiro grao penitenciario, a L.O. 7/2003 estableceu tamén a correspondente excepción aplicable aos infractores que teñan delinquido no seno de organizacións criminais ou que teñan cometido delitos de terrorismo. A estes suxeitos non só lles é de aplicación a esixencia recién comentada, senón tamén un desvencellamento material e ideolóxico de carácter activo da súa pasada incardinación orgánica, así como unha colaboración activa coas institucións; todo iso pode ser plasmado nunha declaración expresa de repúdio das actividades delitivas e de petición de perdón ás vítimas, de acordo co reformado art. 72.6 LOXP.

53 En efecto, o endurecemento dos requisitos de acceso á liberdade condicional veu a proxectar-se sobre unha situación do sistema penitenciario español na que a progresión a dito grao posuía xa rasgos de excepcionalidade. Recentes estudos poñen de manifesto que só o 23% dos reclusos chega efectivamente a desfrutar da liberdade condicional.

reformado considera que non se dará o pronóstico favorable individualizado de reinserción social do penado –requisito clásico da liberdade condicional- se o mesmo non abonou as responsabilidades civís derivadas do delito, nos termos previstos polo art. 72.5 LOXP<sup>54</sup>.

A identidade de ambas regulacións fai acreedor ao art. 90.1 CP das mesmas valoracións e críticas que xa se expresaron en relación co endurecemento do réxime de acceso ao terceiro grao penitenciário. Non obstante, neste punto emerxe un elemento adicional, merecedor de cuestionamento. A identidade de ambas regulacións non evidencia, ante todo, unha falta de coidado do lexislador, pois hai razóns, de acusado pragmatismo, que poden explicar esa identidade<sup>55</sup>; a mesma amosa, máis ben, unha desatención á función rehabilitadora de todo o sistema. O terceiro grao non é idéntico á liberdade condicional, na lóxica progresiva do sistema penitenciário español; en consecuencia, carece de sentido que os requisitos que se esixen para a progresión a cada un deles sexan idénticos, xa que o réxime de semiliberdade é un momento preparatorio para a vida fora do centro penitenciário, que dista de precisar, en liña de principio, unhas mostras de readaptación tan esixentes como as que se necesitan no caso do paso á liberdade condicional.

Polo demáis, nos intersticios do abandono neste punto da lóxica resocializadora emerxe de novo a racionalidade incapacitadora: do que se trata é de dificultar que o suxeito abandone, sequera parcialmente, o establecemento penitenciário, con independencia de que iso sexa en virtude de calquera dos momentos do sistema de tratamento. Ademáis, a identidade da regulación valeira en grande medida de sentido a previsión deses requisitos en relación coa liberdade condicional, xa que o acceso á mesma require estar previamente clasificado en terceiro grado (art. 90.1 CP). Na búsqueda de sentido a esta reiteración, seguramente debería ter-se en conta que con iso

---

54 Seguindo esa mencionada simetría, o art. 90.1 CP condiciona o pronóstico favorable de reinserción dos suxeitos que teñan cometido delitos de terrorismo, o que teñan delinquido no marco de organizacións criminais, ás mesmas esixencias que o art. 72.6 LOXP establece para o acceso ao réxime aberto: o desvencellamento material e ideolóxico de carácter activo da súa pasada incardinación orgánica, e a colaboración activa coas institucións, podendo ser plasmadas ambas circunstancias nunha declaración expresa de repúdio das actividades delitivas e de petición de perdón ás vítimas.

55 En efecto, esa identidade de requisitos trataría fundamentalmente de evitar que suxeitos (en particular, aqueles condeados por delitos de terrorismo) que xa se atopaban, no momento de entrar en vigor a reforma, en terceiro grao, poidesen acceder á liberdade condicional sen cumprir os requisitos plasmados na nova regulación.

pode estar-se normalizando una práctica tan frecuente como rexeitable da nosa realidade penitenciária: a de retrasar o paso ao réxime aberto ata fases tan avanzadas da condea que esa circunstancia e a progresión á libertade condicional acaben coincidindo cronolóxicamente, ou mesmo aquela fase substitua a esta.

Sen perxuízo de todo o apuntado, e como conclusión, non semella que estas reformas teñan conducido a una significativa restrición na aplicación do réxime aberto. Os datos dispoñibles evidencian que as porcentaxes de reclusos clasificados en cada un dos tres primeiros graos tenden a manter-se sustancialmente estables. Polo que fai ao réxime de semilibertade, no 2001 estaban integrados nel o 15'3% dos reclusos (excluídos os presos preventivos), mentras que ao fin do primeiro semestre de 2007 esa porcentaxe se mantiña no 15'2%<sup>56</sup>. Esta circunstancia evidencia unha vez máis que os deseños normativos non sempre acadan os obxectivos prefixados, toda vez que a súa aplicación práctica ve-se mediada polas propias necesidades da vida penitenciária. Neste sentido, a expectativa de progresión ao réxime aberto continua a ser un instrumento fundamental para o goberno da vida carcerária; polo demáis, unha etapa como a actual, caracterizada por unha crecente superpoboación penitenciária, é especialmente axeitada para a flexibilización do paso ao réxime aberto. Precisamente nesa liña de promoción do terceiro grao parece apuntar a creación, no marco da DGIP, dunha *Subdirección General de Medio Abierto y Medidas Alternativas*, por médio do RD 991/2006, de 8/IX, *por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior*. Na mesma liña apuntan algunhas das mencionadas interpretacións que as Instrucións da DGIP fan dos arts. 36.2, 90 CP e 72.5 LOXP. En suma, as restricións normativas ao paso ao terceiro grao e á libertade condicional ven-se en grande medida diluídas, agás no caso de condeados por delitos de terrorismo, nas dinámicas da funcionalidade da vida carceraria.

---

56 As porcentaxes de referencia para os demáis rexímenes son: a) primeiro grao: 2'8% en 2001, 2'1% en 2007; b) segundo grao: 82'2% en 2001, 82'6% en 2007. Os datos teñen sido tomados de CID MOLINÉ, J., 'El sistema penitenciario en España', en Jueces para la Democracia, nº 45, 2002, p. 15 y ss.; a das estatísticas dispoñibles na web da DGIP. Non se teñen acadado datos sobre a aplicación da libertade condicional.