

NUEVAS TENDENCIAS PENOLÓGICAS: HACIA LA *PENOLOGÍA DEL CONTROL*

Por Borja Mapelli Caffarena

I. Introducción.

Que la doctrina penal se encuentre inmersa en los últimos años en un debate sobre si existe un Derecho penal del enemigo, es un síntoma más de un fenómeno de mayor alcance, al que se le ha prestado escasa atención. El sistema penal avanza a marchas forzadas hacia su quebrantamiento interno a resultas del cual van a aparecer determinados subsistemas que cuentan con sus propios fundamentos, objetivos, principios y garantías e, incluso, presupuesto normativo. Pocos serían capaces de encontrar similitud entre un proceso penal –en sus elementos sustanciales y formales- seguido contra un reincidente delincuente urbano, con el que se sigue frente a un político corrupto o contra los integrantes de una organización criminal. Los subsistemas presentan zonas coincidentes o indiferenciables y esto ocurre, en esta ocasión, pero, no obstante, hay argumentos que nos permiten afirmar que se están dando en las últimas décadas unas fisuras dentro de lo que conocemos como sistema penal tan acentuadas que amenazan su coherencia interna.

Uno de los argumentos para ilustrar esta evolución es, a nuestro juicio, lo encontramos en la evolución penológica, entendiendo por tal –en un sentido lato- las consecuencias jurídicas de las infracciones penales. Desde esta perspectiva alcanzamos a ver una evolución que genera tres grandes grupos de sanciones. En el primero de ellos, que sería el que se identifica con el Derecho penal en el sentido clásico, encontramos un conjunto de sanciones presididas por la idea del castigo. En este subsistema la prisión mantiene su carácter hegemónico y el objetivo de las sanciones sigue siendo esencialmente incoizador. En el segundo de ellos, nos encontramos un grupo de sanciones presididas por la idea principal de la restauración. Se trata de sanciones reservadas para las infracciones socio-económicas y para la delincuencia de *cuello blanco*. Por último, nos encontramos un interés creciente por emplear la fuerza legitimante del sistema penal para desplegar un poderoso programa de control social masivo.

II. La penología del control.

En la segunda mitad del pasado siglo los criminólogos Feely y Simon¹ describieron un nuevo cambio en el paradigma penológico abandonando el interés por el individuo, propio de la penología resocializadora, y centrando las estrategias penológicas en torno al criterio de los grupos peligrosos, al que denominaron nueva penología. Aunque de una forma contradictoria las últimas décadas han terminado dando la razón a estas tesis que denunciaba el uso de criterios actuariales para modular la responsabilidad penal².

Desde esta nueva perspectiva se propone una comprensión distinta tanto del castigo, como de la delincuencia. La nueva penología aspira a convertirse en un instrumento de control que requiere un espacio superior, más amplio que el que ofrece el sistema penal, presidido por la idea de lesión de bienes jurídicos, aunque sin abandonar el interés de su fuerza legitimante.

En efecto los sucesivos cambios permiten descubrir una serie de elementos en las reformas de las consecuencias jurídicas del delito, 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. Estamos preparando un sistema penal cuyo objetivo primordial no va a ser el castigo, presidido por el modelo disciplinario o preventivo, sino el control, el control de un número de personas muy superior al que podemos imaginar. La novedad más destacada de esta evolución es que las funciones de control generalmente asumidas por otras ramas del ordenamiento jurídico, ahora se criminalizan, en la medida que el sistema penal asume funciones de gestión de riesgos en una sociedad en los que los valores de seguridad están sobredimensionados.

Para alcanzar adecuadamente estos nuevos objetivos la prisión no sirve, debido a su carácter esencialmente represivo, corporal, violento e incapaz de expandirse en la proporción que demanda las nuevas necesidades de control. En este sentido, puede afirmarse que nos encontramos inmersos en una penología que no va a emplear como elemento hegemónico la prisión, la cual, en cierta forma, ha tocado techo. En contraste con este techo penitenciario las demandas de control siguen incrementándose y requieren nuevos instrumentos más allá de la reclusión. A nuestro juicio en España las recientes reformas legislativas han introducido dos institutos jurídicos que responden fielmente a

¹ MALCOLM M. FEELEY/JONATHAN SIMON. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. En *Criminology* (Nov. 1992). Págs. 449-614.

² Algunas publicaciones posteriores han corroborado esta tendencia. Vid. Auherhahn, K. *Selective incapacitation and the problem of prediction*. *Criminology* Vol. 37, 4. Noviembre 1999. Págs. 703-734. Brown, L. *New Labour – New Penology? Punitive Rhetoric and the Limits of Managerialism in Criminal Justice Policy*. *Journal of Law and Society*. Vol. 25, 3 Septiembre 1998. Págs. 313-335. Bayens/Manske/Ortiz Smykkan. *The Impact of the "New Penology" on ISP*. *Criminal Justice Review*. Vol. 23,1, 1998. Lamas Leite, A. «Nueva penología», *punitive turn y Derecho Penal: quo vadimus? Por los caminos de la incertidumbre (pos)moderna*. InDret. (www.indret.com).

este nuevo *ethos* punitivo: la libertad vigilada con control telemático y el nuevo espacio de control postpenitenciario (art. 106.2 CP).

El costo en términos no solo económicos, sino también sociales, de la prisión resulta insoportable y un obstáculo para estos objetivos. El sistema no puede mantener un modelo prisional agotado en su evolución, incapaz de ofrecer nuevas alternativas, abandonado a su propia suerte, que se reproduce y se convierte en una factoría de violencia y en un depósito de seres humanos³. Además, la prisión es cara y muy visualiable, por ello su presencia desmedida la convierte en una permanente denuncia del fracaso de las políticas criminales y también sociales. Por encima de determinados tiempos alcanzados ya en la mayoría de los países con límites temporales de cincuenta, sesenta o setenta años que rayan lo imposible – en España el tope máximo se encuentra en 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 delincuentes. Incluso para ellos el tiempo penitenciario termina borrando la memoria social del delito.

Estos cambios a los que nos referimos pueden observarse en tres circunstancias recientes, que vamos a analizar con más detalles a continuación:

- Cambio de discurso político criminal.
- Nuevas estrategias jurídicas penales. 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.
- Nuevas penas. 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.

Una de las características de la nueva penología es el cambio de discurso, que tiene una doble dirección, por una parte, tiende a desactivar el interés por los objetivos preventivos especiales positivos y, por otro, a sobrevalorar las necesidades de control como única vía para garantizar la seguridad⁴. En un mundo caracterizado por una intensa demanda de seguridad al Estado la política criminal no puede seguir diseñándose a partir de análisis sociológicos que interpretan el fenómeno criminal como resultado de una sociedad injusta y desigual. Por el contrario, debe partir de la idea de que las personas son responsables de sus actos y quienes cometen delitos son plenamente merecedores del castigo. 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

³ USA nos ofrece ya un buen ejemplo de esta evolución, frente al poco más de dos millones aproximados de personas privadas de libertad, existen en estos momentos más de tres millones y medio de personas bajo control telemático.

⁴ Hace unos años el entonces Ministro del Interior ilustraba en una frase el objetivo de este nuevo discurso “yo sé todo sobre todos” (Diario “El Mundo” 31 de octubre de 2010). Aun destaca mas la importancia de esta declaración como ejemplo de los objetivos primordiales de este modelo político criminal, si se considera que dicha expresión («Mi ventaja es que yo sé todo sobre todos») la dirigió “a un magistrado del Tribunal Supremo cuando el representante judicial le indicó que no estaba de acuerdo con la forma en la que estaba llevando un delicado asunto jurídico desde su cargo de ministro del Interior” Antonio Rubio en El Mundo –31/10/2010).

reconocido por las instancias oficiales. Basta comparar estas dos Exposiciones de Motivos de reformas penales con tan solo quince años de diferencia. Si la del Código penal de 1995 comenzaba diciendo que *“en primer lugar, se propone una reforma total del actual sistema de penas de modo que permita alcanzar en lo posible los objetivos de resocialización que la constitución le asigna”*, la correspondiente a la Reforma del CP 5/2010 señala que *“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”*.

Los objetivos resocializadores aparecen orillados y perdiendo la fuerza de convicción con la que se han planteado históricamente. Mientras que nuestra legislación penitenciaria declaraba con cierta candidez en el año 1979 que las funciones regimentales debían ser consideradas como medios para lograr la resocialización de los penados (Art. 71 LOGP), es decir, el legislador concibe toda la prisión al servicio de un único objetivo que es el de alcanzar la resocialización de los privados de libertad, en la última versión de las Normas Penitenciarias Europeas (2006) ni siquiera se menciona la resocialización o la reeducación, sino que dentro de un conjunto de principios se señala que se procurará facilitar la reinserción del privado de libertad.

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. En su lugar, el propio sistema y el legislador nos han ido introduciendo en un lenguaje en el que, aunque no desaparece la referencia al individuo y a su evolución como criterio para determinar la respuesta punitiva, se refuerzan las referencias a los grupos y subgrupos resultantes de emplear criterios de utilidad social. Los extranjeros, quienes actúan dentro de grupos organizados, los drogodependientes, las maras juveniles, los agresores sexuales o quienes ejercen violencia de género forman categorías 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 normalización del individuo mediante programas de integración que tratan de cerrar las distancias entre el sistema normativo y el sujeto infractor o desviado se construye sobre un sistema punitivo y disciplinario, esto ha dejado de ser de interés nuclear en favor de objetivos más fácilmente cuantificables mediante su control y regularización.

La identificación de los grupos de riesgo no es una labor del sistema penal, sino de instancias ajenas al mismo, basada en análisis actuariales y datos estadísticos que se ofrecen por los indicadores de actuación de sectores sociales. Esta racionalización tecnocrática no solo aleja al sistema punitivo de aspiraciones difíciles de entender, costosas y difíciles de 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 resocializador de los tratamientos resocializadores para los delincuentes y el alto índice de reincidencia entre ellos ha servido en periodos precedentes para criticar los excesos punitivos de los sistemas penales tradicionales. 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 insoportable del riesgo se traduce en una reforma racional con criterios de eficacia.

En estas circunstancias criterios que han constituido elementos nucleares para desplegar el efecto punitivo y que giran en torno a la idea de la evolución conductual del individuo, como es el caso de la reincidencia, han sido sustituidos por la pertenencia a uno de los grupos identificados que ofrecen problemas de gobernabilidad. En la actualidad resulta de mayor relevancia para fijar la pena, que debe imponerse a la persona, su condición de miembro de uno de estos grupos identificados que ser reincidente; porque los reincidentes verán incrementadas sus penas dentro de la aplicación global de las circunstancias agravantes y atenuantes, pero, nada más, mientras que para quienes pertenecen a algunos de los grupos identificados como grupos de riesgo se diseña un sistema penal de excepción que incide en todas las fases del mismo. La decisión de considerar a un imputado miembro o no de una organización criminal o dedicado al narcotráfico o perteneciente al terrorismo no reduce sus efectos a la aplicación de unos determinados tipos penales, sino que tendrá repercusiones en el ámbito procesal e, incluso, en la responsabilidad civil, el decomiso y las consecuencias postpenitenciarias. Se les asegura unas condiciones de ejecución que se despliega desde las tempranas fases de imposición del castigo hasta la ejecución del mismo e, incluso, con posterioridad a su conclusión. 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 o se les niega o se les hace más gravoso (Art. 78 CP), las condiciones de obtener la libertad condicional y las causas de revocación de la misma resultan también diferentes y más graves; asimismo, son más graves las penas accesorias y las consecuencias postpenitenciarias. Para la aplicación de estas condiciones más severas no se tiene en cuenta otros criterios que el grado de adscripción del sujeto al grupo de riesgo, se emplean, en definitiva, tablas de variables despersonalizadas.

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

III. ¿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, que ha sido sustituido por una tecnología muy depurada y precisa. Mientras que la resocialización se asumía como objetivo de la pena los establecimientos penitenciarios se desarrollaron, entre otros, conforme al principio de la diversidad, procurando que el penado recibiera un tratamiento personalizado conforme a sus necesidades personales, familiares o laborales. Hoy los centros penitenciarios han abandonado esos modelos, conscientes de que están reñidos con cualquier aspiración resocializadora en la medida que acentúan el cisma sociedad-prisión a favor de centros fuertemente estandarizados y puramente custodiales en los que en absoluto son tenidos en cuenta 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 y es que, en realidad, la misma responde solo a razones de ubicación en el espacio. Evitar la conciencia colectiva o la comunicación incontrolada es un objetivo prioritario en el nuevo diseño de las prisiones, lo que Foucault llamó, acertadamente, la *microfísica del poder*⁵. Pero disponer de recursos humanos para asegurar esta nueva disciplina resulta en extremo arriesgado, de manera que se han empleado todo tipo de medios tecnológicos de control, que hace aun más despersonalizada 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 el futuro quedará reservada para la delincuencia más grave y su evolución será hacia modelos más custodiales. Las estadísticas reflejan que en los últimos años el tiempo de permanencia en las prisiones de los países desarrollados va en aumento, aunque la población penitenciaria se mantiene estable o, incluso, se reduce. Una vez más USA es una referencia de futuro en los modelos de política criminal y los datos son elocuentes, en estos momentos la población en prisión condenada a cadena perpetua supera los ciento cincuenta mil reclusos. La información estadística refleja una evolución estable de la población penitenciaria en términos cuantitativos, pero no en términos cualitativos.

En este contexto los llamados beneficios penitenciarios adquieren un nuevo significado, con ellos se trata de reajustar el sistema punitivo a los

⁵ Foucault, M. *Vigilar y castigar*. Págs. 139 y ss.

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”*).

Sería de esperar que la alta ocupación de los centros, la consiguiente carencia de algunos servicios esenciales, tales como celdas individuales, ocupaciones laborales, cobertura sanitaria, seguridad y el, cada vez más difícil, acceso a los beneficios penitenciarios merecieran una respuesta reivindicativa por parte de los interesados similar a la que se produjo en los años setenta; sin embargo, el nivel de conflictividad nunca había alcanzado unas cotas tan bajas. La explicación de esta “docilidad penitenciaria” está en el nuevo enfoque de los incentivos resocializadores, los llamados beneficios penitenciarios, que se encuentran ahora al servicio de una única finalidad disciplinaria, todos ellos empeñados en lograr el buen recluso y no, el buen ciudadano. En concreto 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 concurrir en cada grupo de interno conforme a su a su riesgo. Sirve como ejemplo, la propuesta de la Reforma del Código penal de 7/2003, la cual introduce 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 el centro. Dicho requisito se cumple a la luz del nuevo texto legal cuando se ha colaborado con la investigación policial, si se trata de terrorismo o delitos cometido en la sede de las organizaciones criminales.

IV. Nuevas estrategias punitivas.

I. 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 cuantitativamente su puesto hegemónico a favor de otras sanciones más eficaces. Estas nuevas sanciones tienen un diseño ceñido 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 su referencia no es la

instrumentalización del ejercicio de un derecho en la comisión de un delito para fundamentar su contenido, sino la de un riesgo. Se trata, por tanto, de sanciones de control muy económicas, cuya intensidad esta en función de la evaluación del riesgo. Son cárceles sin muros, son las cárceles del siglo XXI, cárceles diseñadas con un sentido finalístico y apoyadas en una tecnología muy evolucionada. Con estos criterios nuestros códigos incorporan o reformulan penas tales como la libertad condicionada, control electrónico, arresto domiciliario, centros de custodia abierta, alejamiento, confinamiento, intervención de comunicaciones, etc. 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.

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.

El origen de los sistemas telemáticos de control en aquellos países en los que están 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. Sin embargo, pronto se iban a modificar sustancialmente los usos de estos instrumentos en un doble sentido, pasando de alternativas a la prisión a nuevas penas orientadas, no a la excarcelación, sino a la expansión del control por medio de la sanción. El hecho de que el condenado tan solo estuviera bajo un control espacial favoreció un uso expansivo 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. España también le ha dado ese uso con la Reforma del Código penal de 5/2010, al permitir que todas la penas y medidas de seguridad de baja intensidad y todos los supuestos en los que el condenado disfruta de un beneficio se puedan establecer controles mediante el empleo 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 y, por lo tanto, los servicios que puede llegar a prestar a una administración de justicia alineada con el orden público. 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, por ejemplo, se descubre que está infringiendo alguna de las obligaciones que se le han impuesto como condición para obtener el beneficio. 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 el uso que se les

pueda dar. 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, veinticuatro horas al día y trescientos sesenta y cinco días al año. 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 de un Estado Leviatán 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 resulta demasiado atractivo como para evitar que ello suceda en el escenario de estos nuevos movimientos penológicos.

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 e indeterminada. 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, consiguiente, necesidades de control. En determinadas circunstancias el legislador debe prever la combinación de unas y otras en una tiempo punitivo lo más indefinido posible. Con razón, señala Ackerman⁶, que esta nueva perspectiva privilegia el utilitarismo sobre el razonamiento moral, los métodos cuantitativos sobre el análisis cualitativo y concibe la noción de justicia penal como una serie de operaciones y sistemas sobre la justicia individual y las teorías del actor racional.

V. La aparición del neodualismo en la penología del control.

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

⁶ Ackerman, A.R. The new Penology Revisited: The Criminalization of Immigration as a Pacification Strategy. En Meghan Sacks/Rich Furman. Justice policy Journal. Vol. 11. Nº 1.. pág. 3284.

Reforma 5/2010, *la peligrosidad subsistente del sujeto halla su respuesta idónea en una medida de seguridad*). 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, hicieron que se disponga la aplicación de la libertad vigilada como medida de seguridad a ejecutar inmediatamente después de la salida de la prisión (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 más 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, porque no hacerlo también para un asesino o un secuestrador, si también lo son, 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 más. La debilidad del contraargumento de la proporcionalidad es evidente.

No nos iba a causar, entonces, sorpresa que la Reforma 1/2015 abriera las posibilidades de aplicación de la libertad vigilada a otros supuestos delictivos mucho más frecuentes, como son los homicidios (art. 140 CP), las lesiones (art. 156 ter CP) o la violencia doméstica (art. 173.2 CP). Y aun nos encontramos en una situación transitoria, hasta que, como decimos, por un ejercicio de coherencia sistémica se extienda a todos los “peligrosos” que salen de prisión.

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.

Por último, las mencionadas Reformas han introducido en nuestro Código un cambio sustancial en las relaciones entre penas y medidas. En el año 1995, el Código establece el sistema vicarial como solución genérica para

los casos en que concurren ambos institutos⁷. Conforme a los argumentos del legislador –a los que ya hemos hecho mención- el objetivo de la reforma es asegurar que aquellas personas que cumplen pena de prisión por determinados estén sometidas a un control *de baja intensidad* para neutralizar su peligrosidad. Dicho control se despliega, por lo general, muchos años después de la comisión del delito. La propuesta recupera la relación dualista entre pena y medida, entendiéndolas como dos realidades impermeables unidas secuencialmente y precedidas por la ejecución de la pena.

En la sentencia el órgano judicial condena a la pena de libertad vigilada sin concretar su contenido, pero sí, el tiempo de duración, que estará comprendido entre un mínimo y un máximo, nunca superior a los diez años, en función de la gravedad del delito. La medida es de imposición obligatoria (“*el juez o tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de seguridad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad*”. Art. 106.2 CP), lo que, sumado a la estrecha relación entre su gravedad y el delito cometido, nos permite mantener la opinión de que se trata de una pena y no de una medida de seguridad.

En el procedimiento postpenitenciario de imposición de la libertad vigilada, a resultas del cual debe quedar concretadas todas las circunstancias de contenido y tiempo de la medida, el órgano sentenciador dará audiencia además de al condenado, al MF y a las partes personadas en el proceso penal, a todas las víctimas del delito, personadas o no en la causa, siempre que, antes o durante la ejecución, le hayan mostrado expresamente su interés en ser oídas.

Tratándose de una medida de seguridad cuyo contenido se va a concretar a partir de las circunstancias personales del condenado no parece conveniente que puedan producirse concursos de medidas impuestas en distintas causas penales, que, además, puedan resultar incompatibles entre sí para un cumplimiento simultáneo. Todavía nos parece menos asumible que, cuando esto ocurre, se establezca un cumplimiento sucesivo que podría dar lugar a sobrepasar el tiempo máximo previsto para la libertad vigilada (art. 106.2 CP). *Lege ferenda* debería existir una unidad en la decisión del último órgano judicial que condenó y que sea este el que dictará los contenidos de la libertad vigilada, respetando siempre los topes temporales máximos.

VI. Valoración crítica de esta nuevo modelo.

La libertad vigilada como instrumento sutil de control al margen del sentido punitivo de la sanción y los nuevos espacios postpenitenciarios cuyo diseño tiene como objetivo prolongar en el tiempo el control estatal más allá del sistema penal son ejemplos en nuestro país de esta penología de nuevo cuño. Una penología que requiere marcos más amplios, su racionalidad implícita convierte la gobernabilidad en un problema penal. El castigo a quien comete un

⁷ Sobre las cualidades del sistema vicarial, vid por todos: Jorge Barreiros, A. Crisis actual del dualismo en el Estado Social y Democrático de Derecho. En AAVV Modernas tendencias EN LA Ciencia penal y la criminología. UNED. 2001. Págs. 143 y ss.

delito es una cuestión exclusiva del sistema penal, el control se comparte por todas las instancias estatales. Los sistemas tecnológicos de control y observación se distribuyen como una red nodal por los espacios urbanos y continúan con los sistemas de *soft penalties*, que corren paralelos a otros cambios complementarios como es el de la administrativización del sistema penal.

No estamos aún 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 nos 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 más o menos determinado frente a ciertos grupos de delincuentes en atención a los perfiles de riesgo que comportan.