

EL TERGIVERSADO CASTIGO DEL AUTOBLANQUEO DE CAPITALS Y LA ORIENTACIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD HACIA LA REINSERCIÓN SOCIAL

Daniel Fernández Bermejo
Doctor en Derecho
Profesor Contratado Doctor de la UDIMA

1. Una aproximación al autoblanqueo de capitales

Las conductas típicas de posesión y utilización de bienes procedentes de una actividad criminal ya se sancionaban antes de la publicación del CP 1995. Concretamente, se contemplaban en el artículo 344 i) del CP 1973, en relación a los bienes procedentes del tráfico de drogas, lo que ponía de manifiesto la carencia de una línea político-criminal definida en el legislador ya que estas mismas conductas fueron suprimidas al entrar en vigor el actual Código Penal de 1995.

Posteriormente, se introdujeron estas modalidades descritas tras la reforma del Código Penal producida en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del texto punitivo, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, denominada Convención de Palermo, armonizándose con los principios limitadores que rijan en cada ordenamiento jurídico (Art. 6.e de la Convención). Es destacable, a su vez, que esta ampliación de las conductas típicas del delito de blanqueo de capitales fue informada desfavorablemente por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma. Así, pudiera parecer que la regulación penal actual del delito se trata de un plan “B” del legislador para erradicar todo fenómeno relacionado con el patrimonio y orden socioeconómico, lo cual pone de manifiesto que se “desborda la tradicional naturaleza de estas conductas”.

Ciertamente, la posesión o uso de un bien sabiendo cuál es su origen *-entiéndase de procedencia ilícita-*, hasta la reforma de 2010 se consideraba una conducta atípica y, quizá, si no se tiene intención de que la regulación penal del blanqueo de capitales continúe generando un cajón de sastre en el que “todo cabe”, habría que determinar con mayor precisión la manera en que deben de sancionarse *-si diere lugar a ello-* aquellas situaciones en las que un bien tenga el origen en una actividad delictiva. En este sentido, señala QUINTERO OLIVARES que la posesión o el uso, en su modalidad de blanqueo de capitales, “puede ser cometido por sujetos que no han intervenido en el hecho delictivo del que proceden los bienes, y si se atiende literalmente a esa afirmación habrá que concluir que podría constituir delito de blanqueo no solo el uso, por ejemplo del automóvil robado, sino también el de cualquier bien mueble o inmueble (...) como la

vivienda construida cometiendo un delito urbanístico perfectamente conocido por su propietario o poseedor”¹.

Con precisión y acierto define el autoblanqueo el catedrático de la Universidad de León, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, como aquella “conducta de quien blanquea bienes, capitales, activos o como quiera denominarse la figura del blanqueo, habiendo sido el autor (o habiendo intervenido de otra forma) en el delito previo del que proceden los capitales, bienes o activos”². En cierto modo, el autoblanqueo, entendido como posesión o utilización de bienes procedentes de una actividad delictiva, deriva de la receptación, y no de la co-ejecución o la complicidad, pero tal y como expondré a tenor de la actual redacción del precepto penal, no resulta posible configurar los elementos típicos del autoblanqueo punible, y debemos de acudir a la interpretación doctrinal y jurisprudencial para poder delimitar aquellas conductas que merecen verdaderamente un reproche penal. Dicho de otro modo, puede resultar evidente que se produce delito de blanqueo de capitales cuando nos encontramos con ganancias derivadas de una actividad delictiva previa en el momento en que se reintroducen las ganancias en el circuito económico legal, dotándolas así de apariencia legal. Ahora bien, no resulta tan evidente tal situación cuando la colocación del dinero o de los bienes no proceda directamente de una actividad delictiva fácilmente determinable, como pudiera ser la colocación por parte del propio responsable del delito de cantidades de dinero en distintas cuentas corrientes y, además, pertenecientes estas a diferentes entidades financieras; o procediese el responsable a la compra reiterada de objetos valiosos en el mercado o en subastas. En el presente trabajo abordaré los desiderátums que se han generado a tenor de las distintas fuentes doctrinales, jurisprudenciales, y de la sesgada redacción del legislador penal español.

2. El autoblanqueo como cajón de sastre para el legislador

El artículo 301.1 del Código Penal, precepto nuclear que tipifica el delito del blanqueo de capitales, dispone que *"El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos"*.

Ateniéndonos a la literalidad del precepto penal, es obvio que una descripción tan amplia del tipo despliega innumerables consecuencias inadmisibles. Como no podía ser de otra manera, esta cuestión no ha pasado inadvertida en la doctrina. Así, para SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, la regulación del primer párrafo del artículo 301 CP, “en primer lugar, genera riesgo de arbitrariedad, porque, al permitir un amplio

¹ QUINTERO OLIVARES, G.: “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 12, 2010.

² Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: “El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010”, en ABEL SOUTO, M./SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.): III Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero. Valencia, 2013, p. 281.

margen interpretativo, pone a disposición del Ministerio público la posibilidad de perseguir por blanqueo por las secuelas de cualquier delito con beneficios (...). Esta estrategia, defendible con respecto a las tramas delictivas, resulta en cambio inadecuada al margen de la delincuencia de gran volumen, en tanto que aquí los nuevos ámbitos típicos carecen de justificación político-criminal en relación con el bien jurídico que se trata de proteger prohibiendo el blanqueo. En efecto, la medida en que la posesión o utilización de los bienes procedentes de la actividad delictiva propia no integrada en tramas delictivas, entraña la contaminación de la actividad económica lícita, es tan exigua que la economía prácticamente no se resiente por estos ataques insignificantes”³.

Así mismo, y dirigiendo tal cuestión a su posible incompatibilidad con los distintos principios que rigen en el derecho penal español, que para no extender el objeto de estudio no puedo abordar ahora, podrían resultar seriamente vulnerados, al menos, los principios de *non bis in idem*; seguridad jurídica; mínima intervención; y proporcionalidad.

Ciertamente, tipificar la posesión y la utilización genéricamente, supone un alcance desmesurado del tipo, de modo que sólo deberían de constituir delito de blanqueo de capitales cuando supongan una forma de ocultación del origen ilícito, cosa que no siempre ocurrirá. Así pues, interpretar que con carácter general son típicas la posesión y la utilización, que no llegan a implicar una transmisión de los bienes, supone desnaturalizar la configuración penal del delito de blanqueo, puesto que dichas conductas no necesariamente suponen un acto de ocultamiento de la titularidad, ni real ni aparente, y por tanto tampoco de su origen delictivo, como tampoco lesionan su bien protegido: la contaminación del sistema económico. Por tanto, con la introducción en el tipo de las modalidades delictivas consistentes en la posesión y utilización de bienes, tal cual se encuentra redactado el precepto, implica sancionar situaciones que no suponen una transformación o conversión del producto del delito.

Si trasladamos esta faceta teórica abordada a la *praxis cotidiana*, encontramos situaciones ejemplificativas interesantes y que bien pudieran esclarecer el encaje de ciertas conductas blanqueadoras en el tipo penal. Seguramente el legislador no se detuvo en imaginar algunas situaciones que, de forma deliberada o no, a la postre carecerían de rigor y de significado. En este sentido, MUÑOZ CUESTA considera que “el poseer y utilizar una vivienda adquirida con el producto de un delito de tráfico de drogas, transformando así el dinero obtenido del ilícito penal”, sí encajaría en la figura delictiva que nos ocupa, pero “el poseer y utilizar una vivienda que ha sido obtenida mediante un delito de estafa, aunque lo sea para ocultar su origen delictivo, no sería más que el agotamiento de esa infracción contra el patrimonio y (...) no entraría en la finalidad de la norma y por tanto no debería ser sancionable penalmente”⁴. Otros

³ Cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “Delito fiscal y bienes con origen en actividad delictiva como objeto de blanqueo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 111, diciembre 2013, p. 73.

⁴ Cfr. MUÑOZ CUESTA, F.J.: “El delito de blanqueo de capitales. Alcance después de la reforma del art. 301 por LO 5/2010: autoblanqueo y delito fiscal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2013, p. 7.

supuestos paradójicos, como consecuencia de la expansión vertiginosa que se está produciendo en el derecho penal, y que se producirían en el caso de admitirse la doble sanción por la posesión de los bienes derivados del delito previo en concurso real con éste, podrían ser, entre otros muchos más, la posesión de un cuadro o una joya por quien los ha robado; quien utiliza un coche sustraído por sí mismo; quien roba jamones en unos grandes almacenes y los guarda en su casa; el hurto de un televisor en el que el ladrón, además, lo utiliza; el funcionario corrupto que posee un vehículo de alta gama que se le ha entregado como soborno; el narcotraficante que obtiene ganancias por el tráfico de drogas, y conserva en su hogar múltiples billetes de 500 euros; el defraudador fiscal que conserva en su poder *-mera posesión-* la cuota defraudada; la funcionaria que utiliza una joya que procede de un delito de cohecho, el autor de un delito de tráfico de influencias que conserva el beneficio obtenido con su conducta; o aquel que no pueda acreditar satisfactoriamente que unos bienes o efectos proceden de una actividad lícita ante una denuncia previa o sospechas de que los mismos proceden de una actividad delictiva, pero, ¿acaso todos los bienes o efectos que conservamos los ciudadanos podrían ser justificados ante las autoridades españolas llegado el caso? Permítanme negarlo o, al menos, dudarle seriamente. Más aún, ¿qué ocurriría en el caso de un político que utiliza el coche recibido por la realización de un acto constitutivo de cohecho o en el caso de un narcotraficante que utiliza la embarcación con la que le pagaron un alijo de drogas?. Se ha producido en toda regla una inversión de la carga de la prueba. Si quisiéramos dificultar todavía más la situación, por ejemplo con el caso de un asesinato cometido por precio, y centrándonos en el sujeto que recibe el dinero, ¿sería delito de blanqueo de capitales? La solución debiera recaer en la presencia de la finalidad enmascaradora de los bienes obtenidos ilícitamente, esto es, en el nivel de ocultación de los mismos.

Todos los ejemplos descritos podrían multiplicarse hasta alcanzar niveles ridículos y desorbitados. En esta misma línea, nos recuerda con acierto MESTRE DELGADO que la introducción del autoblanqueo supone una expansión del delito de blanqueo de capitales que va “más allá de lo permisible”⁵, llegando a albergarse en el tipo de injusto supuestos totalmente irrelevantes a efectos penales, como se ha puesto en evidencia, llevando la punición del autoblanqueo a límites extremos que rozan el esfermento, como las situaciones extrañas y absurdas a las que he hecho referencia.

Cabe plantearse seriamente el interrogante de si realmente las modalidades consistentes en la mera posesión y la utilización de bienes se consideraban tan necesarias como para incluirse en el texto punitivo, configurado como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico español. Seguramente estas situaciones, o más bien aquellas que se encontraban en la mente del legislador, podían ya sancionarse antes de la reforma de 2010, no quedando en el vacío y, seguramente, como digo, no era necesario que el legislador hubiera sido tan poco preciso.

⁵ Cfr. MESTRE DELGADO, E.: “Delitos y sospechas”, en *La Ley Penal*, nº 20, 2005, p. 4.

Y es que resulta absurdo que por la tipificación conjunta del autoblanqueo y de la posesión y utilización de bienes, el delito de blanqueo inevitablemente concorra con el delito productor de las ganancias desde el mismo momento en que se produce la consumación de éste, o de su terminación. ¿Acaso con la conminación penal de la mera posesión, por el autor, de los beneficios obtenidos, se pretende conseguir que éste se desprenda del fruto del delito, único modo de sustraerse entonces a la pena? ¿Está obligado incluso a confesar el delito previo y entregar las ganancias sólo para no responder de forma adicional por blanqueo? ¿cómo compaginarlo con la impunidad del autoencubrimiento?

A juicio de MATALLÍN EVANGELIO, “la problemática constitucional de la tipificación del autoblanqueo no puede ser objeto de tratamiento general, sino que debe analizarse específicamente en función de la tipología del delito precedente y de la concreta forma de conducta ante la que nos encontremos; problemática que se incrementa por la deficiente técnica legislativa utilizada para la tipificación del delito de blanqueo”⁶. Cabe afirmar que como vulneraciones de principios constitucionales del autoblanqueo de capitales -*especialmente en referencia a la mera posesión y utilización de bienes*, la redacción típica exige el conocimiento del origen delictivo de los bienes, enlazada con las conductas típicas (adquirir, poseer, utilizar, convertir, transmitir), lo cual no siempre tiene lugar. Por otro lado, el autoblanqueo por posesión permite, ateniendo al tenor literal del precepto, su comisión a través de un amplio abanico de modalidades delictivas, lo cual es incoherente si nos atenemos al principio *non bis in idem*⁷. Así mismo, podría darse la situación de que al castigarse la mera posesión de bienes en modalidad concursal con el delito base o principal, la pena aplicable por el hecho de la mera posesión fuera superior a la establecida para el delito base o principal, lo cual resultaría contrario al principio de proporcionalidad. Así mismo, el autoblanqueo vulnera el principio de ofensividad, y ello porque, en puridad, no atenta contra el objeto de protección del delito de blanqueo de capitales.

3. La resocialización como orientación, fin de las penas privativas de libertad, o derecho fundamental

Para quien fuera un referente de la escuela clásica alemana de gran prestigio y reconocimiento internacional, VON LISZT, la pena cumple una de sus distintas funciones⁸ a tenor de la clase de delincuente de que se trate. Ofrecerá una función

⁶ Cfr. MATALLÍN EVANGELIO, A.: “El “autoblanqueo” de capitales”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013, p. 20.

⁷ En este sentido, el CGPJ señala que si bien es cierto que la posesión de los bienes derivados de su delito patrimonial vulnera la prohibición constitucional de *bis in idem*, no ocurre lo mismo, sin embargo, con la conducta consistente en la utilización de los mismos, ya que en tal caso existirá un concurso real entre el delito patrimonial o socioeconómico y el de blanqueo, con la consiguiente desproporción de la pena (Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2008).

⁸ Acerca de los fines de las penas, Vid., entre otros, RÖDER, C.D.A.: “Las doctrinas fundamentales reinantes. Sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal”. Trad. Francisco Giner. Madrid, 1876; FERRI, E.: “Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal”. Trad. Pérez Oliva. Madrid, 1887;

intimidatoria, correctiva, o inocuizadora, cuando se trate de delincuentes ocasionales o racionales, delincuentes susceptibles de corrección, o habituales no susceptibles de corrección ni intimidación, respectivamente. En este sentido, la tesis de la prevención especial o resocialización que defiende VON LISZT para evitar la reincidencia de los delincuentes, puede sintetizarse en intimidación (delincuente ocasional), resocialización (habitual corregible) e inocuización (incurregible).

Por su parte, complementando al gran artífice autor alemán, ROXIN⁹ define las fases diversas en las que aparece en escena la pena, a saber, conminación, imposición y ejecución de la misma. A excepción de la primera fase, el objetivo a cumplir no sería otro que el de la reincorporación del delincuente a la sociedad a través de la resocialización.

Ahora bien, centrándonos en el gran debate doctrinal y jurisprudencial del precepto constitucional (artículo 25.2 CE), cabe afirmar que el mismo ha mostrado una magnitud tal, que ha mostrado incluso serias contradicciones entre el más alto órgano jurisdiccional en materia constitucional, el Tribunal Constitucional, intérprete de la misma, y el hermano mayor en materia jurisdiccional de todos los órdenes, el Tribunal Supremo.

Se ha debatido ampliamente acerca de si la reeducación y reinserción social son un derecho fundamental constitucional; un fin de las penas privativas de libertad; o, si por el contrario, se trata de una mera orientación política hacia el legislador penal y penitenciario. Desde una perspectiva de considerar tales principios como un derecho fundamental, parte de la doctrina considera que al haber ubicado el legislador constitucional tal directriz en la Sección primera, Capítulo segundo, del Título primero, bajo la rúbrica “De los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas”, se debería catalogar a la resocialización como un auténtico derecho fundamental, reconociendo un derecho subjetivo para los condenados a penas privativas de libertad y medidas de seguridad, habida cuenta que la intención del constituyente no fue otra que la de otorgarle un plus, con respecto a otros derechos que no son, en puridad, fundamentales. Así, advierte CID MOLINÉ al respecto, que si el constituyente ha ubicado el precepto específicamente en el artículo 25, incorporado en un título, capítulo y sección tan concreta, no puede entenderse por ello que sea una mera orientación, sino una prescripción de la que se derivan derechos fundamentales para las personas. El peso argumentativo de tal línea de pensamiento tiene su original fundamento en el

GARÓFALO, R.: “La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión. La España Moderna”. Madrid, 1900; LUZÓN PEÑA, M.: “Medición de la pena y sustitutivos penales”. Madrid, 1979; GIMBERNAT ORDEIG, E.: “El sistema de penas en el futuro Código Penal”, en “La reforma del Derecho Penal”. Barcelona, 1980; el mismo: “Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal”, en *Estudios de Derecho Penal*, 1990; GARCÍA VALDÉS, C.: Teoría de la pena. Madrid, 1987; FERRAJOLI, L.: “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”. Trad. VVAA. Madrid, 1997; JAKOBS, G.: “Sobre la teoría de la pena”. Trad. Cancio Meliá, en *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, nº 16, Colombia, 1998.

⁹ Vid. ROXIN, C.: “Sentido y límites de la pena estatal”, en “Problemas básicos del derecho estatal”, traducido por Luzón Peña. Madrid, 1976, pp. 18 y ss.

trascendental principio constitucional de la dignidad humana, tipificado en el art. 10.1 CE. ATC 15/1984, de 11 de enero, “no es sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos (...)”. Sin embargo, en una posición contraria a lo expuesto, el ATC 360/1990, de 5 de octubre, manifestó que *“el hecho de que el contenido normal de los preceptos situados en la Sección primera del capítulo segundo del Título I sean derechos y libertades no quiere decir que todos y cada uno de sus extremos constituyan ese tipo de instituciones jurídicas; algunos principios se han insertado en ese apartado constitucional por distintas razones, entre otras, la simple conexión temática. Lo importante para determinar la naturaleza de un enunciado constitucional no es sólo su ubicación dentro de la Norma fundamental, sino otros datos, entre los que destaca la propia estructura normativa que en cada caso posee en enunciado”*.

Otro sector doctrinal, considera que no son derechos fundamentales, considerando, con mayor o menor intensidad, que no todos los derechos que se incluyen en dicha sección constitucional, son derechos fundamentales, al comprender dicha sección un cierto carácter heterogéneo. Sin embargo, como mero mandato orientador dirigido al legislador, su ubicación en el texto constitucional debiera entonces haber estado en el Capítulo III, del Título I, cuya rúbrica es “De los principios rectores de la política social y económica”. En este sentido, señala el artículo 53.3 CE que estos principios “informarán la legislación positiva, la práctica jurídica y la actuación de los poderes públicos”.

En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha posicionado uniforme en cuanto a negar que la resocialización sea el fin primordial de las penas privativas de libertad, así como también ha negado que supongan ser un derecho fundamental, pese a la existencia de indicios evidentes de contradicción por este órgano judicial. El Tribunal Supremo, por su parte, en distintas manifestaciones, como sintetizaremos a continuación, en ocasiones se pronunció en una línea contraria, en ocasiones, a la del más alto intérprete en materia constitucional. Bajo esta premisa, la SSTC 19/1988, de 16 de febrero de 1988, establece que *“(...) de esta declaración constitucional no se sigue ni que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación de libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la constitución la aplicación de una pena pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista”*. En otra sentencia, se dispone que el artículo 25.2 *“no genera un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prisión se rija exclusivamente por el mismo, con independencia del también “fin primordial” de las instituciones de “retención y custodia de detenidos, presos y penados” que comporta “garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro”*”. Por tanto, en esta resolución pareciera incluso disminuir el carácter resocializador a un estadio incluso inferior al de mero mandato orientador hacia el legislador español.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia 19/1988, de 16 de febrero, ha manifestado que *“no se sigue ni que tales fines reeducadores y resocializadores sean*

los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, que se ha de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista”. Continúa la misma que “puede aceptarse de principio que las penas cortas privativas de libertad -y las medidas a ellas asimiladas por la ley, como ésta que consideramos -se prestan con dificultad mayor a la consecución de los fines aquí designados por la Constitución, pero, con independencia de que la posible frustración de tal finalidad habría de apreciarse atendiendo tanto a la duración de cada medida concreta como a su modo de cumplimiento, ésta sola posibilidad no puede llevar a la invalidación del enunciado legal. La reeducación y la resocialización -que no descartan, como hemos dicho, otros fines válidos de la norma punitiva- han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada (...). Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2000, de 10 de mayo, expuso que “el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles -prevención especial, retribución, reinserción, etc.- ha optado por una concreta función de la pena”.

Pareciera pues que para el Tribunal Constitucional no sería inconstitucional una norma que diera prioridad a una finalidad de las penas privativas de libertad que no fuera eminentemente resocializadora, pese a que en las mismas fuera difícil apreciar cierto cáliz resocializador, como sucedió con los FIES, la LO 7/2003, de 30 de junio, o con la prisión permanente revisable. Habría que buscar, en todo caso, un equilibrio y la compatibilidad de los fines de la pena existentes. En este sentido, los arts. 1 LOGP, y 2 RP, respectivamente, presentan como denominador común, que las instituciones penitenciarias en España *“tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad”*, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados, a la par que labores de asistencia social.

En una posición parcialmente opuesta a la del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo ha señalado, en virtud de STS de 20 de abril de 1999, que *“la orientación de las penas a reinserción y reeducación ya entendida como principio inspirador de la política penitenciaria, ya como derecho que actúa en fase de ejecución de la pena, supone que el ordenamiento jurídico debe prever unas instituciones que tengan en cuenta que el interno debe reinsertarse a la sociedad, por lo que debe ser “preparado para ella y que debe atender a las deficiencias educacionales que, precisamente, inciden en su actuar delictivo, lo que satisfaría la reinserción”*. Aunando dicha postura, la STS de 1 de junio de 1990, dispuso que *“el artículo 25.2 de la Constitución española superpone los criterios de legalidad, reinserción y resocialización a cualquier otra finalidad de la pena y sería absurdo renunciar a la*

consecución de estos fines cuando no existe un obstáculo legal, expreso y taxativo, que se oponga a la adopción de medidas accesorias (...). La voluntad explícita del legislador constitucional nos dice que la respuesta adecuada del sistema punitivo y sancionador tiene que ajustarse a criterios de proporcionalidad, racionalidad, individualización y resocialización (...)”.

Es de destacar la apreciación de una muestra máxima de contradicción, por parte del TC, hallada en la STC 112/1996, de 24 de junio, relativa a los permisos de salida, vinculándolos al principio constitucional de la reeducación y reinserción social, estableciendo que *“la posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (...). Este tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a estos objetivos sin que estos sean su única finalidad (...). Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación para la vida en libertad del interno (...) pero, al mismo tiempo, son una vía fácil, de eludir la custodia, y por ello u concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la ley. No basta entonces con que estos concurren, sino que además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados”*. En este sentido, se deduce de la resolución que al cumplirse los requisitos legales y reglamentarios establecidos, los condenados a pena privativa de libertad adquieren un derecho *prima facie* a que se atienda a su reinserción social mediante los permisos de salida penitenciarios. Sería, no obstante, la STC 81/1997, de 22 de abril, la que retornase tal cuestión a la anterior concepción resocializadora por parte del Tribunal Constitucional. Este fue un punto de inflexión respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo cual supuso una dosis adicional de las contraposiciones relativas al debate doctrinal que ya imperaba.

No obstante, todo sea dicho. Y es que, pese a las divergencias jurisprudenciales y doctrinales existentes, es evidente que el alto órgano judicial en materia constitucional es el que resulta competente respecto de la interpretación definitiva de la letra de la Constitución.

Resulta interesante el interrogante que plantea GARCÍA-PABLOS, relativo a qué ocurriría en el caso de que existiese colisión entre los distintos fines que reconoce la legislación penitenciaria, relativos a la reeducación y reinserción social, retención y custodia, y asistencia social, por cuanto a que no existe, a priori, un orden de prelación jerárquico¹⁰. En este sentido, consideramos que a tenor de la exposición constitucional desarrollada en el precepto 25.2, la orientación debe ser la de conseguir un espíritu resocializador en las personas privadas de libertad, en consonancia con el resto de fines

¹⁰ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: "Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias", en VV.AA: Comentarios a la legislación penal. T. 6, Vol. I, Madrid, 1997, p. 36.

de las penas, por lo que la retribución e intimidación se justifican con el fin normativo penitenciario de la retención y custodia, sin el cual, como es obvio, no podrían realizarse el resto de fines.

Considerar la resocialización como un derecho fundamental, tendría base sólida argumentativa en que existe jurisprudencia contradictoria del propio Tribunal Constitucional, como se ha dicho, que resolviendo expresamente sobre un recurso de amparo en materia de permisos de salida, reconoció que se derivaban derechos subjetivos del precepto que orienta las penas a la reeducación y reinserción social. De todos modos, no podría confundirse la consideración o no de derecho fundamental con el fundamento estricto de la pena, ya aquel afectaría exclusivamente a la fase de ejecución de la pena.

Sin embargo, reconocer la resocialización como un derecho fundamental supondría que la pena tendría una función eminentemente resocializadora, en detrimento del equilibrio ponderado existente hoy en día, entre la prevención general y especial de las penas. Desde luego, si el único fin fuera el resocializador, cuando este se alcanzase, no tendría sentido continuar con el cumplimiento de la pena; y si un individuo se encontrase inicialmente resocializado, no tendría sentido su ingreso en prisión. Intimidación, retribución y prevención general son principios que siempre permanecen en la sombra de la resocialización, equilibrando la balanza constitucional.

Tras lo expuesto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que el precepto constitucional señala *“un norte para la política penitenciaria, en el marco normativo y en la fase de ejecución (...)”*, o lo que es lo mismo, que vincula a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones. De hecho, señala el alto tribunal en materia constitucional, que *“el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada (...)”*; consideración que también comparte el propio Tribunal Supremo, al manifestar que *“la Constitución española en su art. 25 establece el principio de que las penas privativas de libertad deben estar orientadas a la rehabilitación social del que las sufre, y como la Constitución no distingue, esta finalidad esencial debe procurarse no sólo en el momento legislativo de fijar en la Ley la pena correspondiente a cada delito, o en el ejecutivo del cumplimiento de las penas dentro del sistema penitenciario, sino también en el judicial, a la hora de señalar en la sentencia la pena correspondiente, o de determinar -en pleno uso de la jurisdicción- el límite punitivo que, por aplicación de las normas legales, impida una exacerbación deshumanizada cuando en un mismo sujeto se acumulan las consecuencias punitivas de más de una sentencia”*.

Podríamos establecer, sintetizando, que en el ámbito penitenciario, el Tribunal Constitucional ha hecho efectivo el principio básico que consagra la CE, y es que el recluso no deja de ser una persona titular de derechos y obligaciones por el hecho de ingresar en prisión, sino que conserva sus derechos fundamentales no afectados por la resolución judicial condenatoria. En este sentido, el Tribunal se ha manifestado en

relación a los derechos de los reclusos que son susceptibles de amparo constitucional, los cuales, sin adentrarnos en profundidad, avanzamos que el mismo incluía: el derecho a la vida e integridad física (art. 15 CE), el derecho a la libertad (art. 17 CE), el derecho de reunión (art. 21 CE), el derecho al trabajo (art. 25.2 y 28 CE), el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE) y el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE) el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] (el uso del euskera en el procedimiento sancionador), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) el derecho a elegir libremente residencia y circular por el territorio (art. 19 CE) el derecho a recibir información veraz [art. 20.1 d) CE]: el principio de legalidad (art. 25.1 CE) el derecho a la educación (art. 27.1 CE) así como la inexistencia a un derecho a la reinserción o reeducación social. Pocos han sido los derechos fundamentales de los reclusos que han quedado fuera del prima del Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, el contenido del artículo 25.2 CE podría ser objeto de protección mediante una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para el caso en el que una norma legal penitenciaria resultase ser contraria a lo dispuesto en la Carta Magna; y en el caso de ser contraria una norma de carácter reglamentario, serían los tribunales quienes pudieran derogarla. Así, podría resultar, en cierto modo, inconstitucional, tal y como se ha considerado por un amplio sector doctrinal, la configuración de penas privativas de libertad que supongan una suerte de cadena perpetua, o reformas legales introducidas en el cuerpo punitivo, tales como la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que elevó el máximo tiempo de cumplimiento de condenas, de 30 a 40 años, en determinados casos; y que, entre otras medidas, introdujo un período de seguridad, que limitaba para algunos delitos, y para determinadas condenas, la posible clasificación o progresión al tercer grado, por parte de los penados.

En esta línea, se ha considerado que todo cumplimiento efectivo de condena superior a 30 años, podría ser inconstitucional. La STS de 30 de mayo de 1992, manifestó que *“no puede conseguirse, o resulta muy difícil, la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en supuestos como el que nos ocupa. El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social, llevaría a un “trato inhumano” a quien, sustraído a la mecánica normal del art. 70.2 del Código penal, se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución”*.

El mismo órgano, mediante sentencia de 30 de enero de 1998, expuso que *“las finalidades de reeducación y reinserción social que a las penas privativas de libertad impone el art. 25.2 de la Constitución española, tienen un alcance genérico que han de tener en cuenta el legislador al fijar las penas aplicables a cada delito y los límites de*

su efectivo cumplimiento, los Juzgados y Tribunales para la aplicación de las normas penales y penitenciarias, y los órganos de la Administración correspondiente para la relativa a estas últimas; pero, en concreto, no puede servir para, salvo casos extremos, imponer unos límites a las penas legalmente impuestas que no sean los que la propia legislación positiva reconoce a la vista de la resocialización, que, como argumento esencial y prioritario se impone en virtud del art. 15 de la Constitución española que proscribe las penas o los tratos inhumanos y degradantes (...)”.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha creado jurisprudencia reiterada en el sentido de que no se puede hablar de reeducación y reinserción social como derecho fundamental, y por tanto, susceptible de protección por la vía de amparo constitucional. En virtud de ello, manifiesta en ATC 15/1984, de 11 de enero, que se trata de “*un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, aunque, como es obvio, pueda servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales*”. Es por ello que, en la actualidad, la protección general de este principio constitucional resocializador, se lleva a cabo a través de la vía judicial ordinaria, y mediante el amparo constitucional previsto, por no considerarse, por el órgano judicial cúspide en materia constitucional, de un derecho fundamental propiamente dicho, amén del posible planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

El Tribunal Supremo también ha seguido la línea del Tribunal Constitucional en relación a la desestimación del recurso de casación que solicitaba una vulneración de la reeducación y reinserción social, argumentando expresamente que tal y como ha sentado jurisprudencialmente el más alto órgano en materia constitucional, no se trata de un verdadero derecho fundamental, sino de “*un principio constitucional orientador que debe guiar la política penitenciaria del Estado*”. En este sentido, se ha pronunciado en alusión a que la resocialización “*es una de las manifestaciones de la prevención especial, pero este criterio recogido expresamente no excluye otras fundamentaciones de la pena, como la retribución o la prevención general (...)*”, considerando que el precepto “*contiene la orientación de las penas y medidas de seguridad a la evitación de delitos, fundamentación que se procura tanto desde postulados propios de la prevención general como de la especial*”. Sin embargo, reconoce el Tribunal que serán posibles “*supuestos en los que tal criterio orientador es imposible o de difícil consecución, piénsese en supuestos como las penas privativas de libertad de corta duración, o las impuestas a personas que no necesitan de reeducación o reinserción (...)*”. En estos casos no podríamos dudar de la constitucionalidad de la pena. En cualquier caso, continúa el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada, que, de esta forma, “*se abre camino a otra formulación del mandato recogido en el art. 25.2 de la Constitución bajo la cual la orientación de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad a la reeducación y reinserción social no se refiere a la expresión de las finalidades de la pena, retribución o prevención, sino que constituye un principio de actuación del derecho penal, en la fase de ejecución de la pena (...)*”. Así pues,

aprovecha en la misma exposición para redefinir el doble fin orientador de la política penal y penitenciaria, y es que *“la reinserción y la reeducación proclamada en el art. 25.2 CE obliga al legislador y aplicador del derecho a diseñar una política penitenciaria y a la interpretación de la misma, respectivamente, que tenga en cuenta que el interno deberá retornar a la libertad y no deberá ser aislado del contexto social, lo que satisfaría la reinserción, y que durante la ejecución de la pena se atiende a las carencias educacionales del interno, precisamente sobre aquéllas que más inciden en la comisión de delitos, lo que atenderá a la reeducación”*.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1994, estableció que *“superada la vieja teoría retributiva de la pena, correspondiente a la arraigada convicción de que al mal debe corresponder el congruo y merecido castigo, la alternativa de la prevención del delito, como razón legitimadora de la pena, se fue enseñoreando en las concepciones doctrinales y legislativas, ya merced a la prevención general, efecto intimidatorio sobre eventuales delincuentes -función pedagógica de la pena-, ya por mor de la prevención especial, incidencia de la pena en el sujeto infractor para que no vuelva a delinquir, advertencia al delincuente ocasional para orientar su comportamiento de futuro. Las modernas orientaciones sociales superponen a tales finalidades otras en las que se potencia la consideración individual del sujeto, acercando el Derecho Penal a la realidad humana: El delincuente no debe sujetarse a la justicia penal con fines de expiación o de coacción psicológica con efectos meramente preventivos, sino que se alzapriman y reclaman un primer puesto atencional otros fines de resocialización del individuo, exigentes de una integración racional de la pena y de la medida de seguridad. De ahí que el artículo 25.2 de la Constitución proclame que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. Todo cuando contradiga y se enfrente con semejante faro orientador, empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha desde el punto de vista constitucional, tornando vulnerable el acuerdo judicial a la luz de los derechos fundamentales”*.

Incluso, posteriores sentencias del Tribunal Supremo reiteraron el sentido expuesto en la que tuvo lugar el 28 de diciembre de 1998. Así, *“la finalidad de reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad que se expresa en el número 2 del artículo 25 de la Constitución, no determina la institución de un derecho subjetivo en favor de los condenados sino que es un principio programático que han de seguir, tanto el legislador al establecer esas penas y regular su modo de ejecución, como los encargados de llevarlas a efecto. Por su parte, los órganos judiciales han de aplicar los criterios legalmente establecidos para dar lugar a la evitación de penas que, por su duración desmesurada, puedan determinar el fracaso de las finalidades de recuperación social de los a ellos sometidos (...)”*. También recuerda que *“la declaración contenida en el art. 25.2 de la Constitución -al establecer que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social- no puede interpretarse en el sentido de que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles, la única finalidad legítima de la*

pena privativa de libertad, por cuanto existen otras igualmente legítimas, tales como la prevención, tanto la general como la especial”.

Con independencia de los fines de las penas, y del mandato constitucional dirigido al legislador penal y penitenciario español, debemos resaltar que todas las funciones de la pena deben combinarse entre sí en aras de evitar la comisión delictiva, y por encima de todo, la reincidencia criminal, a través de la reeducación y reinserción social.

A pesar de esta batalla jurisprudencial expuesta, es cierto que con el transcurso del tiempo se ha apreciado un mayor contenido resocializador en las penas, a tenor de instituciones tales como la localización permanente, los trabajos en beneficio de la comunidad, el sistema de días-multa, o la implantación de los dispositivos telemáticos propios para reclusos clasificados, por lo general, en tercer grado, si bien es cierto que, a raíz de normas punitivas regresivas como la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de condenas, o la última reforma penal de 2015, fortalecen otros fines de las penas distintos al eminentemente resocializador. Habrá que esperar tiempos esperanzadores.