

40

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

IN PRAXI IDE ET PRO

Revista

Julio 2017

40

Revista Penal

Penal

Julio 2017



Revista Penal

Número 40

Sumario

Doctrina:

– Delito y solidaridad (estado de necesidad, omisión del deber de socorro y bienes jurídicos colectivos de solidaridad), por <i>Mercedes Alonso Álamo</i>	5
– Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	22
– “Conditio sine qua non” y concreción del riesgo en el resultado: cómo eliminar un paso repetitivo en el análisis de la imputación objetiva al tipo, por <i>Patricia Esquinas Valverde</i>	43
– Cuidados paliativos: ¿eutanasia o asistencia sanitaria? Un análisis desde los conceptos, por <i>Javier García Amez</i>	77
– Juicios rápidos y conformidad: la posible vulneración de los derechos fundamentales, por <i>Marta García Mosquera</i>	97
– Organización criminal para la financiación ilegal de un partido político: el “caso de los papeles de Bárcenas”, por <i>Nicolás García Rivas</i>	111
– Función y fines de la pena: la ejecución de penas privativas de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco, por <i>Carmen Juanatey Dorado</i>	126
– ¿A qué “partido político” imputar y eventualmente condenar?, por <i>José León Alapont</i>	146
– La interpretación del término “población civil” como elemento del tipo en el crimen contra la humanidad, por <i>Alfredo Liñán Lafuente</i>	168
– La falsedad en las cuentas en la legislación italiana: la última reforma y las nuevas cuestiones interpretativas, por <i>María Novela Masullo</i>	183
– Derecho penal, Criminología y política criminal en la era del punitivismo, por <i>Manuel Portero Henares</i>	193
– El delito de <i>maltrattamenti contro familiari e conviventi</i> en el Código Penal italiano, por <i>Bárbara San Millán Fernández</i>	210
– El blanqueo de capitales como norma de flaqueo invertida (una posible interpretación sobre su naturaleza jurídica), por <i>Lorena Varela</i>	236
Sistemas penales comparados: Delitos informáticos (Cybercrimes)	250



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrereolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito (Brasil)
Jia Jia Yu (China)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pamela Cruz/Sofía Lascano (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



Función y fines de la pena: la ejecución de penas privativas de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco

Carmen Juanatey Dorado

Revista Penal, n.º 40 - Julio 2017

Ficha Técnica

Autor: Carmen Juanatey Dorado

Código ORCID: orcid.org/0000-0001-8976-0695

Title: Role and purpose of the penalty: execution of custodial penalties in the case of white-collar criminals

Adscripción institucional: Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Alicante

Sumario: I. Introducción. II. Justificación y fines de la pena 1. Introducción. 2. Teorías clásicas de la pena: Teorías retribucionistas o absolutas y Teorías relativas. 3. El planteamiento de Alf Ross y de Herbert Hart. 4. Las teorías mixtas: La teoría consensual de la pena de Carlos Nino, el retribucionismo liberal de Juan Antonio García Amado y la teoría dialéctica de la unión de Claus Roxin. III. La ejecución de penas privativas de libertad en el Derecho español. IV. Peculiaridades de la ejecución de la pena privativa de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco. 1. Introducción. 2. Historial individual, familiar y social. 3. Conducta. 4. Gravedad del delito e historial delictivo. 5. Existencia de causas pendientes. 6. Riesgo de desocialización. 7. Satisfacción de la responsabilidad civil y reparación del daño. V. Conclusiones.

Resumen: Recientes resoluciones judiciales sobre instituciones como la suspensión de la ejecución de la pena, la clasificación penitenciaria o los permisos de salida, relativas a “delincuentes de cuello blanco”, han puesto de manifiesto algunos problemas relacionados con las funciones y los fines de la pena de prisión, en especial, en el momento de su ejecución. El presente trabajo trata de analizar algunas de las particularidades que presenta el cumplimiento de penas privativas de libertad por parte de este tipo de delincuentes, a fin de intentar aportar criterios de interpretación para el acceso a algunas de las instituciones penales y penitenciarias que forman parte de los derechos de los condenados, pero cuya aplicación debe conciliarse con los criterios de necesidad de pena en atención a su fundamento y a los fines que esta debe cumplir.

Palabras clave: Delincuente de cuello blanco, rehabilitación, reinserción, retribución, prevención general, prevención especial, suspensión de la condena, libertad condicional.

Abstract: Recent judicial resolutions about institutions such as parole, prison classification or exit permit, relative to “white-collar offenders”, have highlighted some problems related to the functions and goals of the prison penalty, especially in the moment of its execution. The present work tries to analyse some of the particularities presented by this type of criminals’ fulfillment of imprisonment terms in order to try to supply criteria of interpretation for the access into some of the criminal and penitentiary institutions which are part of the convicted person’s rights, but whose application must be reconciled with the criteria of the need for a penalty with regard to its foundation and to the ends that it must achieve.

Key words: White collar offender, rehabilitation, reintegration, retribution, general deterrence, individual deterrence, probation, parole.

Observaciones: Este trabajo se inscribe en el marco del desarrollo del Proyecto I+D del Ministerio de Economía y Competitividad: Derechos del condenado y límites derivados de la necesidad de pena. Especial referencia a la delincuencia de género, patrimonial y económica, corrupción, criminalidad organizada y terrorismo” (DELIMPEN), Ref.:

DER2014-54764-R, Investigadora principal: Carmen Juanatey Dorado, en el que interviene un grupo de profesores de Derecho Penal, Derecho Procesal y Criminología, españoles y extranjeros, así como jueces y fiscales en ejercicio. Asimismo, agradezco a la Universidad de Alicante que me haya permitido realizar una estancia para la recogida de bibliografía, del 24 al 28 de noviembre de 2015, en el Max Planck Institute de Friburgo, en el contexto del Proyecto de investigación, Experiencias de reinserción en el ámbito penitenciario (GRE 12-12), financiado por la Universidad de Alicante y dirigido por la Dra. Cristina Fernández-Pacheco Estrada.

Rec: 19/01/2017 **Fav:** 1/05/2017

I. Introducción

En los últimos tiempos, en nuestro país, se ha producido una situación que podríamos calificar de “novedosa” en materia de ejecución de penas privativas de libertad en relación con determinado tipo de condenados, entre los que podemos encontrar, banqueros, empresarios, presidentes de clubes de fútbol, artistas y, fundamentalmente, políticos y personas que han cometido delitos en el ejercicio de funciones públicas (los puestos ocupados van desde presidentes de comunidad autónoma a presidentes de diputaciones, alcaldes, concejales, gerentes de partidos políticos, directores generales y un largo etcétera)¹.

Elemento común a estos condenados es que todos ellos pueden ser incluidos dentro de la llamada en la terminología criminológica “delincuencia de cuello blanco”, tipología introducida por Edwin Sutherland en 1939. Y, aunque es muy amplio el debate en torno a la concreta definición de esta categoría criminológica, en general, los autores que se ocupan de ella están de acuerdo en tres de las características que pueden considerarse propias de la delincuencia de cuello blanco: la comisión de la conducta delictiva en el ámbito de una profesión legítima; la finalidad de obtener un beneficio

económico o éxito profesional; y la no utilización de violencia como medio para la comisión de la infracción penal². De acuerdo con ello, en este trabajo incluiré bajo esta acepción delitos de carácter económico o contra la Administración, cometidos por personas que ocupan posiciones relevantes en el mundo de la empresa, de la política o de determinadas profesiones, y que realizan el delito dentro de su ámbito profesional.

Pues bien, lo “novedoso” de la situación es que el ingreso en prisión de muchos de estos delinquentes, condenados a penas privativas de libertad —que en algunos supuestos son relativamente cortas—, ha dado lugar a resoluciones judiciales sobre instituciones como la suspensión de la ejecución de la pena, la clasificación penitenciaria o los permisos de salida que han puesto de manifiesto algunos problemas relacionados con las funciones y los fines de la pena de prisión, en especial, en el momento de su ejecución³. Esto parece deberse, en gran medida, a que nuestro sistema de penas y su régimen de ejecución está fundamentalmente pensado —o quizás es interpretado— de acuerdo con parámetros centrados en otro tipo de delinquentes, el delincuente marginal, que es el que mayoritariamente ocupa nuestros establecimientos penitenciarios.

1 En este momento hay varios procedimientos penales en marcha, algunos con un número importante de imputados, y es posible que en un plazo no muy largo de tiempo puedan plantearse esos mismos problemas si recae sentencia condenatoria.

2 En su propuesta inicial, Sutherland situó el elemento central de esta tipología delictiva en la comisión del delito dentro del ámbito profesional por personas “respetables” pertenecientes a una clase social elevada, en SUTHERLAND, Edwin: “White-Collar Criminality”, *American Sociological Review*, V.5, nº 1, february, 1940, pp. 1-12. Sin embargo, tal concepción ha sido objeto de una fuerte controversia en el ámbito de la Criminología durante décadas sin que exista un consenso claro acerca de los elementos que caracterizarían a esta tipología criminológica. Sobre las diferentes propuestas conceptuales acerca de la delincuencia de cuello blanco puede verse, FRIEDRICH, David O.: *Trusted Criminals. White Collar Crime in Contemporary Society*, Thomson Wadsworth, Belmont, 3ª ed., 2007, pp. 4-30; PAYNE, Brian K.: *White Collar Crime*, SAGE, Los Ángeles, 2013, pp. 25-44; BENSON, Michael L., SIMPSON, Sally S.: *Understanding White-Collar crime. An Opportunity Perspective*, Routledge, New York and London, 2015, pp. 22-66; HUNTER, Ben: *White-Collar offenders and desistance from crime*, Routledge, London and New York, 2015, pp. 10-27.

3 En concreto, sobre la relación entre la función de la pena y la decisión acerca de la suspensión de su ejecución, CARDENAL MONTRAVETA, Sergi: «Función de la pena y suspensión de su ejecución ¿Ya no “se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto”?», *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, octubre de 2015, pp. 1-33; y del mismo, “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-18, 2015, pp. 1-44.

La notoriedad pública de algunos de estos condenados ha suscitado el interés de los medios de comunicación por algunas de estas resoluciones, por lo que el debate jurídico sobre estas cuestiones ha trascendido a la opinión pública y ha generado una cierta polémica —que algunos han calificado de alarma social— sobre la función y los fines de la pena que, en mi opinión, requiere alguna reflexión. Por ello, a continuación voy a tratar de analizar algunas de las particularidades que presenta el cumplimiento de penas privativas de libertad por parte de este tipo de delincuentes, a fin de intentar aportar criterios de interpretación para el acceso a algunas de las instituciones penales y penitenciarias que forman parte de los derechos de los condenados, pero cuya aplicación debe conciliarse con los criterios de necesidad de pena en atención a su fundamento y a los fines que esta debe cumplir. Comenzaré, por tanto, con una somera referencia a la justificación de la pena, a su fundamento y a sus fines, para seguidamente ocuparme de algunas de las peculiaridades del cumplimiento de la misma por este tipo de delincuentes.

II. Justificación y fines de la pena

1. Introducción

Las posiciones fundamentales sobre la teoría de la pena se han reducido clásicamente a dos: las tesis retribucionistas (o teorías absolutas) que legitiman la pena por su función de realización de la justicia, y las tesis prevencionistas, de tipo utilitarista o instrumental, que justifican la pena por sus efectos o fines sociales (teorías relativas). Junto a estas teorías clásicas y frente a los inconvenientes que cada una de ellas presenta por separado, las soluciones hoy dominantes en la doctrina penal son las llamadas “teorías mixtas o eclécticas”. Estas últimas defienden como punto de partida común que la retribución —o culpabilidad—, la prevención especial y la prevención general son distintos aspectos de una institución compleja como es la pena, pero presentan numerosos matices entre ellas a la hora de

determinar qué peso, y en qué fase de la conminación penal, ha de tener cada uno de esos tres elementos. En lo que sigue, presentaré de manera muy breve las dos posiciones clásicas mencionadas, con algunas de sus diversas variantes; mostraré luego, basándome en dos conocidos trabajos de Ross y de Hart, por qué esos planteamientos incurren en un tipo de ambigüedad que justifica en cierto modo el predominio de las teorías mixtas; y terminaré refiriéndome a tres de esas teorías: las debidas a dos filósofos del Derecho, Nino y García Amado, y a un penalista, Roxin.

2. Teorías clásicas de la pena: Teorías retribucionistas o absolutas y Teorías relativas

La concepción retribucionista de la pena, en su sentido originario, tiene como máximos representantes a Kant y a Hegel. La función de la pena es, de acuerdo con esta teoría, la realización de la justicia o el Derecho, sin que deba cumplir ningún otro fin social instrumental⁴.

Para Kant, la pena es un instrumento al servicio de la justicia que opera al margen de cualquier utilidad en orden a prevenir delitos. Según Kant, puesto que el hombre es un “fin en sí mismo” que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, no sería legítimo fundar su castigo en razones de utilidad social. Cuando una persona en ejercicio de su libre albedrío comete un delito, su culpabilidad debe ser retribuida o pagada con el mal de la pena, según las exigencias de la justicia: la pena ha de imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad⁵.

Para Hegel, la pena es la afirmación del Derecho, que fue negado por el delito, de forma que la pena se legitima porque es la negación de la negación del Derecho y, por tanto, su afirmación, sin que persiga finalidad alguna distinta de la retribución por el mal causado⁶.

Es difícil encontrar hoy defensores de este tipo de retribucionismo en la doctrina. En la actualidad se acepta de forma generalizada que ni el mal del delito se suprime con el mal de la pena, ni puede ser legítima

4 Sobre esto puede verse, por todos, ROXIN, Claus: “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho Penal* (traducción de Diego-Manuel Luzón Peña), 1976, pp. 11-36; del mismo, *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, 2ª ed. (traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997, pp. 81-83; MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed. (con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Ibáñez), Reppertor, Barcelona, 2015, pp. 84-87; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 545-547; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: *Fundamentos de Derecho Penal (Parte General)*, 4ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 52-53; y en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 37-38.

5 KANT, Emmanuel: *Principios metafísicos del Derecho*, 2ª ed., Américalee, Buenos Aires, 1974, pp. 146-153.

una pena que, aunque merecida, no cumpla fin social alguno. Pero, como veremos más adelante, algunos autores sí defienden un retribucionismo liberal, entendido como retribución o merecimiento racional por la realización de un mal reprochable, al que se pueden y deben asignar funciones preventivas⁷.

Frente a la anterior concepción retribucionista, las teorías relativas fundamentan la pena en razones utilitarias de conveniencia social: la pena se justifica por sus efectos o fines sociales, Y dentro de esta orientación, como es bien sabido, cabe destacar dos grandes posiciones: la teoría de la prevención especial y la teoría de la prevención general.

Dentro de la teoría de la prevención especial se distinguen a su vez dos perspectivas: la prevención especial negativa y la prevención especial positiva. Desde la perspectiva de la prevención especial negativa la razón de la pena es hacer desistir al autor de la comisión de futuros delitos. La prevención se dirige al autor individual. Von Liszt, al que podemos considerar como uno de los principales representantes de esta orientación, apuntaba tres concretas funciones de la prevención especial: asegurar a la comunidad frente a los delincuentes mediante su encierro o inoquización, intimidar al autor para evitar que cometa nuevos delitos; y corregir al autor⁸.

Desde el punto de vista de la prevención especial positiva la pena se justifica como medio para que el sujeto acepte la norma, la asimile y la obedezca, ya no por temor, sino por convicción⁹.

La principal crítica que suele hacerse a esta teoría de la pena es que si no se castiga al sujeto porque su acción lo merece, sino para que no reincida, no tenemos un patrón para la medida de la pena, por lo que esa teoría permitiría, por ejemplo, encerrar al condenado el tiempo necesario hasta su resocialización. Un delito menor podría así ser castigado con una pena grave si el autor presenta un grave riesgo de reincidencia, pudiéndose llegar incluso a su incapacidad si el riesgo de reincidencia se mantiene. Incluso si la pena no respon-

de a razones de merecimiento por el hecho realizado, cabría justificar el uso preventivo del castigo respecto de sujetos que representen un grave peligro de criminalidad¹⁰.

Además, la teoría preventivo-especial encuentra un límite insoslayable en la idea de dignidad humana: el Estado no puede imponer un tratamiento reeducador o resocializador a una persona adulta contra su voluntad, pues ello supondría tratarle meramente como un instrumento y no como un fin en sí mismo.

Finalmente, un último problema que se aduce por algunos autores es que, desde la perspectiva de esta teoría, no habría respuesta frente a aquellos condenados que podrían no necesitar “resocialización”, lo que podría ocurrir con autores de delitos imprudentes u ocasionales, o autores de infracciones graves o muy graves pero que difícilmente pueden llegar a repetirse¹¹.

También desde el ámbito de la teoría de la prevención general se distinguen dos orientaciones: la prevención general negativa y la prevención general positiva. El punto de partida de la primera es que la conminación y aplicación de la pena al sujeto que ha delinquido tiene como función intimidar al resto de los ciudadanos para que no delinca. Sus defensores más destacados fueron Feuerbach, Filangieri y Bentham.

Desde la perspectiva de la prevención general positiva, la prevención no debe buscarse a través de la pura intimidación negativa, sino también mediante la afirmación positiva del Derecho. Se trata con ello de reforzar la confianza en la firmeza del ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, de crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos una actitud de respeto hacia el Derecho¹².

En opinión de Roxin, la teoría de la prevención general presenta dos ventajas fundamentales frente a la prevención especial. La primera es que incluso en ausencia de peligro de reincidencia no se debe renunciar totalmente a la pena: la sanción es necesaria porque los delitos que no son castigados incitan a la imitación. Y

6 HEGEL Georg W.F.: *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política* (traducción de Juan Luis Vermal), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1975, parágrafos 99 a 103 (inclusive).

7 GARCÍAAMADO, Juan Antonio: “Retribucionismo y Justificación del castigo penal”, en <http://garciamado.blogspot.com.es/2015/06/retribucionismo-y-justificacion-del.html>.

8 Véase ROXIN, Claus: *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 85-89.

9 GARCÍAAMADO, Juan Antonio: “Retribucionismo...”, ob. cit.

10 Véase, por todos, ROXIN, Claus: *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 85-89; GARCÍAAMADO, Juan Antonio: “Retribucionismo...”, ob. cit.

11 ROXIN, Claus: “Sentido y límites...”, ob. cit., pp. 16-17; del mismo, *Derecho penal...*, ob. cit., p. 89; MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 93-94.

12 ROXIN, Claus: *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 89-93; MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 87-90.

la segunda es que no tiende a sustituir descripciones claras del hecho por pronósticos de peligrosidad vagos y arriesgados para el Estado de Derecho¹³. Por el contrario, exige disposiciones a ser posible exactas porque el objeto de prohibición debe estar descrito de forma clara y precisa para motivar al ciudadano a evitar determinadas conductas¹⁴.

Pero, de nuevo, la principal objeción que puede hacerse a esta teoría es que sin el componente de retribución o justo merecimiento con arreglo al mal causado, no hay patrón para la medida de la pena y, al menos desde el presupuesto de la prevención general negativa, se abre la puerta a la pura intimidación utilitarista: a mayor pena, mayor efecto preventivo general¹⁵. De acuerdo con ello, como apunta García Amado, aquí el reo tiene algo de chivo expiatorio. No se le castiga por su conducta reprochable y sobre la base de su personal merecimiento, sino buscando la prevención y reducción de la delincuencia general a través de la intimidación o tratando de que los demás aprendan a respetar las normas que el penado violó, con independencia de la gravedad del mal por él causado. Si se introducen consideraciones de merecimiento de pena con el fin de disminuir esos riesgos de exceso punitivo —afirma García Amado—, ya nos encontramos con un componente de retribucionismo¹⁶.

3. El planteamiento de Alf Ross y de Herbert Hart

En un texto de mitad del siglo XX, el iusfilósofo Alf Ross, principal representante del realismo jurídico escandinavo, sostiene que el planteamiento tradicional del problema de la justificación del castigo es confuso, por la sencilla razón de que no se trata en realidad de una única cuestión y eso hace que entre el retribucionismo y el utilitarismo no exista una contraposición frontal, en cuanto puede entenderse que cada una de esas concepciones contesta a preguntas distintas en re-

lación con el castigo. Según Ross, la pregunta por la justificación del castigo puede entenderse que se refiere a la institución del castigo en cuanto tal (sin entrar en el contenido de las sanciones penales), al castigo en el código penal (la determinación de qué conductas constituyen delitos) o a la imposición de la pena en un caso individual. Pero, además, en relación con cada uno de esos tres supuestos, puede distinguirse todavía entre los fines, o sea, los propósitos perseguidos (para qué se castiga) y lo que sería propiamente la justificación (por qué castigar) que, a su vez, podría entenderse en el sentido de justificación jurídica o de justificación moral (qué restricciones, basadas en el Derecho positivo o en la moral, pueden ponerse al castigo). Pues bien, sin entrar en el detalle de su análisis, bastará con señalar que las teorías prevencionistas (utilitaristas) podrían darnos la respuesta a la pregunta de la finalidad del castigo: se castiga para prevenir el delito (la legislación penal no podría tener otra finalidad), mientras que las teorías retribucionistas parecen estar dirigidas a contestar una pregunta distinta, la de cómo justificar la imposición de la pena: se castiga porque el delincuente es culpable¹⁷.

Y el planteamiento de Hart, también de la misma época, es semejante al de Ross. Según él, el problema de la justificación de la pena esconde en realidad dos problemas distintos y para los que pueden darse soluciones independientes: el problema del fin general justificante con el que se trata de dar una respuesta a la pregunta de por qué castigar, y el problema de la distribución de la pena, esto es, de quién debe ser castigado, y en qué medida¹⁸. Jori y Pintore califican a teorías de la pena como esta de Hart de “teorías complejas”, porque para justificar la pena el autor británico aduce una pluralidad de principios justificativos (no sólo el principio de la retribución y de la prevención), aunque —dicen— no es una teoría sincrética que trate simplemente de yuxtaponer fines o valores diversos, sino una

13 Sobre los problemas que presenta la valoración de la peligrosidad y los errores conceptuales en relación con el análisis del riesgo de reincidencia puede verse, MARTÍNEZ GARAY, Lucía: “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 2, 2014, pp. 1-77; y, de la misma autora, “Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 14, 2016, pp. 1-31.

14 ROXIN, Claus: *Derecho penal...*, ob. cit., p. 92.

15 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Parte General...*, ob. cit. pp. 547-548; GARCÍA AMADO, Juan Antonio: *Retribucionismo...* ob. cit.

16 GARCÍA AMADO, Juan Antonio: *Retribucionismo...* ob. cit.

17 ROSS, Alf.: “*Finalidad del castigo*”, en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a A. Gioja* (traducción de Genaro Carrió), Astrea, Buenos Aires, 1976, pp. 151-192.

18 HART, Herbert L.A.: *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Clarendon Press, Oxford, 1968. Sobre la concepción del castigo de Hart puede verse la tesis de TORRES ORTEGA, Ilse sobre *La justificación del castigo en la teoría del Derecho contemporánea*, en elaboración.

teoría que identifica aspectos distintos del problema de la justificación de la pena y trata cada uno de ellos de manera relativamente independiente¹⁹. Las propuestas sobre la función y los fines de la pena que ahora pasaré a comentar se sitúan también en esta misma línea

4. *Las teorías mixtas: La teoría consensual de la pena de Carlos Nino, el retribucionismo liberal de Juan Antonio García Amado y la teoría dialéctica de la unión de Claus Roxin*

Como afirma Nino, la pena es consecuencia de un acto prohibido, una de cuyas características principales y que la diferencian de otras medidas coactivas aplicadas por el Estado es que, por un lado, cualquiera que sea la finalidad por la que se establece y aplica, es un elemento esencial de la misma el que la razón por la que se recurre a ella es el situar a sus destinatarios en una situación desagradable, esto es, el someterlos a algún tipo de aflicción. De manera que, si la finalidad de la pena es la retribución por el mal causado, el sufrimiento que la pena supone se buscaría como un fin en sí mismo, mientras que, si el objetivo es la prevención general o especial, esa aflicción sería un medio para disuadir al infractor o para disuadir a otros de cometer actos semejantes. En cualquiera de los dos supuestos, en todo caso, el sufrimiento que la pena representa (ya sea un fin en sí mismo o bien un medio para alcanzar otro fin) es un efecto intencional del acto de recurrir a ella²⁰.

Por otro lado, otra de las características que distinguen la pena de otras medidas jurídicas coactivas es que la comunidad la considera como un símbolo de la indignidad moral de los que la sufren, esto es, la pena es un símbolo de desaprobación moral²¹.

La justificación del sufrimiento que la pena conlleva se centra en su necesidad y efectividad para proteger a la sociedad en su conjunto. Pero no se trata —afirma Nino— de una protección que implique una medida contra un enemigo externo de la sociedad, sino que se dirige contra un miembro de ella, el cual tiene el mismo derecho que los otros a reclamar esa misma tutela. Y, desde luego, tal protección demanda decidir qué es lo que merece ser protegido y qué es lo que puede ser

sacrificado en su lugar. Esto vendrá determinado, en opinión de Nino, por consideraciones racionales de prudencia que, en general, coinciden con las que la mayor parte de los sistemas jurídicos establecen para caracterizar el estado de necesidad justificante: certeza o probabilidad de que se va a producir un mal; que la medida sea necesaria y efectiva para prevenir ese mal; y que la medida represente un mal menor del que se trata de evitar²².

Pero la justificación de la pena en términos de protección social obliga a determinar qué puede ser eficaz para la prevención de males sociales a través de las funciones que tiene asignadas (prevención general y prevención especial), aunque la justificación misma no esté lógicamente conectada con alguna de esas funciones en particular²³.

Además de lo anterior, Nino entiende que la pena supone necesariamente una distribución no equitativa de cargas y beneficios: implica la causación de un daño a un limitado grupo de individuos a fin de suministrar a otros, sin cargas correlativas, cierta protección contra daños futuros. Así, la justificación de la pena sobre la base del principio de la protección prudencial de la sociedad tropieza con el problema de la “distribución de los beneficios” y de las correspondientes cargas que conlleva su aplicación. Una medida que reduzca el daño total que la comunidad sufriría sin ella, pero a costa de dañar desigualmente o de imponer inequitativamente cargas sobre algunos de sus miembros, que sin ellas estarían en mejor posición, sería una medida injusta. Sin embargo, a juicio de este autor, puesto que la pena es producto, entre otras cosas, de la voluntad de la persona misma que la sufre (esto es así siempre que se respeten ciertos requisitos relativos a la conducta y ciertas actitudes subjetivas del destinatario de la pena), no tiene sentido reclamar una distribución equitativa de cargas y beneficios cuando el interesado mismo ha aceptado una distribución que no es igualitaria. Esto es lo que Nino denomina “asunción de la pena”, esto es, la exigencia de unos requisitos mínimos para asegurar que el ciudadano ha consentido en asumir una responsabilidad penal. Y el principio que impone como condición de la pena que la persona haya asumido una

19 JORI, Mario y PINTORE, Anna: *Manuale di Teoria Generale del Diritto*, Giapichelli, Torino, 1988, pp. 252-253.

20 NINO, Carlos: *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 203.

21 *Ibid.* pp. 205-207.

22 *Ibid.* pp. 209-210.

23 *Ibid.* pp. 211.

responsabilidad penal lo denomina “principio de asunción de la pena”²⁴.

El principio de “asunción de la pena” descansa, pues, en el consentimiento a asumir una responsabilidad penal; este consentimiento va implícito en la comisión voluntaria de un delito sabiendo que la sujeción a una pena es una consecuencia necesaria de ello. De manera que cuando se pena a quien ha cometido un delito se le está tratando como persona, respetando su autonomía moral, y no como un objeto que pueda ser manipulado. Esto conlleva, en opinión de Nino, lógicamente, varias condiciones previas: primera, que la persona haya podido evitar el daño por el que se le imputa responsabilidad penal; segunda, que la persona debe haber consentido en realizar ese acto dañoso; y tercera, que la persona ha de saber que la asunción de esa responsabilidad es una consecuencia necesaria de la acción que ha consentido ejecutar²⁵.

García Amado, por su parte, defiende un retribucionismo liberal que presenta la pena como el precio que el ciudadano que comete un delito ha de pagar por el uso de su libertad en detrimento de la libertad de otros. Se trata de una especie de compensación de riesgos entre la sociedad y el ciudadano libre. Esta idea de retribución va unida a la idea de merecimiento con arreglo a pautas sociales relativas a la reprochabilidad o desvalor moral de una conducta basada en acuerdos sobre la protección de bienes o intereses que todos o la gran mayoría puedan considerar como irrenunciables. En este contexto, el principio de culpabilidad opera como un límite, de forma que solo pueda ser castigado quien obró con libertad y siendo dueño de sus actos, y con una pena que ha de ser equivalente —proporcional— al daño que ha causado. En coherencia con ello, el principio de resocialización no es una excusa para la manipulación de la conducta o de la conciencia individual, sino una oferta de medios para la reintegración social en libertad y de acuerdo con los requerimientos de la libertad de todos²⁶.

En su opinión, la idea de pena como merecimiento personal, en un contexto de libertad y pluralismo, pone coto a un posible punitivismo consecuencialista. Pero

en ningún caso el sustrato retributivo puede excluir los fines preventivos. Sin un fundamento adicional o complementario de prevención —apunta el autor— las penas serían, en general, socialmente inútiles y, por tanto, ilegítimas. En consecuencia, el merecimiento de pena es condición necesaria, pero no suficiente. Una pena merecida pero socialmente inútil sería una mera venganza. Pero, junto con lo anterior, este autor cuestiona que en el caso de delitos gravísimos, de extrema reprochabilidad moral, la pena pueda ser inútil y solo quepa defender su imposición bajo un retribucionismo puro; y lo que el autor pone en duda más exactamente es la afirmación de que en tales supuestos la pena carezca de efecto preventivo, al menos en términos de prevención general negativa o, incluso, positiva²⁷. Asimismo, acepta que razones de utilidad social pueden permitir la imposición de una pena inferior a la medida de la culpabilidad por el hecho cometido e incluso su supresión si se acredita de forma fiable que es una pena socialmente inútil o, incluso, perjudicial²⁸.

En definitiva, la tesis defendida por García Amado es una tesis mixta (muy semejante, como veremos a la de Roxin) que, sin prescindir del elemento de merecimiento unido al grado de reprochabilidad de la conducta delictiva, admite excepciones a la exacta proporción entre delito y pena, siempre que esto no se haga en perjuicio del reo, imponiéndole una pena superior a la merecida, y permitiendo que la pena pueda quedar por debajo de la proporcional al daño causado.

Y, en fin, al igual que ocurre con los filósofos del Derecho, los diversos problemas que plantea el adoptar una concepción exclusivamente preventivista o consecuencialista han llevado también a la mayoría de la doctrina penal a defender propuestas mixtas. En general, estas soluciones distinguen entre el fundamento y los fines de la pena. Así, de un lado, se parte de que el fundamento de la pena es el hecho cometido, por lo que la retribución a través de la culpabilidad o de la proporcionalidad constituye un límite de la intervención penal. Pero, de otro lado, la pena proporcional al hecho realizado debe perseguir fines de prevención general y especial.

24 Ibid. pp. 218-254.

25 Ibid. pp. 247-249.

26 GARCÍA AMADO, Juan Antonio: “Retribucionismo...”, ob. cit.

27 A GARCÍA AMADO le parece muy dudoso que precisamente en delitos como pueden ser el asesinato, la violación o el robo con violencia se pueda pensar que la pena carece de efecto preventivo, ibid.

28 Ibid.

Dentro de este tipo de formulaciones podemos encontrar hoy diferentes propuestas, pero todas ellas parten de estos mismos presupuestos. No entraré aquí en los diferentes y múltiples matices que cabe apreciar entre todas ellas, sino que me limitaré a describir muy brevemente la teoría dialéctica de la unión defendida por Roxin, de la que puede decirse que, en sus planteamientos generales, ha sido mayoritariamente acogida en el ámbito penal.

Para Roxin, el punto de partida de toda teoría de la pena defendible hoy ha de basarse en la idea de que el fin de la pena solo puede ser preventivo. La pena se fundamenta en su utilidad, por lo que solo es legítima si es adecuada a las exigencias de prevención, pero siempre que no supere el límite de la culpabilidad del autor por el hecho realizado²⁹. Por ello, una pena socialmente inútil no es legítima aunque sea proporcionada a la culpabilidad. En opinión de Roxin, la culpabilidad debe funcionar como un instrumento para la restricción de la prevención: la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad pero, al mismo tiempo, su cuantía puede quedar por debajo de la medida de la culpabilidad en atención a los fines preventivos, en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo-especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo generales³⁰.

La propuesta inicial de Roxin parte de la idea de que el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación por separado. Así, en la fase de la amenaza el fin de la pena es la prevención general, pero las conminaciones penales solo están justificadas si tienen en cuenta la doble restricción que encierra el principio de protección subsidiaria de prestaciones y bienes jurídicos³¹. En la fase de individualización de la pena, esto es, de imposición y medición de la pena por el juez, los fines son preventivos, aunque limitados en su máximo por la medida de la culpabilidad del autor. En la mayoría de los casos, la imposición de la pena cumple una función de prevención especial intimidatoria y asegurativa para la sociedad, pero también una función de prevención general que atiende a la protección del ordenamiento jurídico como un todo. Así pues, la imposición de la pena sirve para la protección subsidiaria y preventiva, tanto general como individual de bienes jurídicos y de prestaciones estatales, mediante un procedimiento que salvaguarda la autonomía individual y que al dictar la pena está limitado a la medida de la culpabilidad³². Finalmente, en el momento de la ejecución de la pena debe prevalecer la finalidad resocializadora, pero sin

que quepa eliminar completamente de la fase de la ejecución el punto de partida de prevención general de la que no se puede prescindir, fundamentalmente en los delitos graves, y sin olvidar la idea de “reparación de daños” en el caso de delitos no graves castigados con penas privativas de libertad breves³³. En definitiva, en su opinión, la ejecución de la pena no puede ser reducida por razones de prevención especial hasta el punto de que ya no se tome en serio por la comunidad³⁴.

No obstante, en un momento posterior, matiza que los fines de la pena no pueden separarse de manera nítida en cada uno de los diferentes estadios de la aplicación del Derecho penal; desde su punto de vista, no se trata de una tajante división por fases, sino de una ponderación diferenciada³⁵. Así, afirma que “La teoría preventiva mixta acoge, pues, en su seno los enfoques preventivo especiales y generales, a cuyo respecto unas veces es este y otras aquel punto de vista el que pasa a primer plano”³⁶.

III. La ejecución de penas privativas de libertad en el Derecho español

El artículo 25.2 de la Constitución establece un reconocimiento expreso del principio de reinserción social al disponer que:

“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

Este principio, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, constituye un mandato del Constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria hacia esa finalidad de reinserción social. Y, en concreto, conforme a la doctrina del Alto tribunal, por razones de lo establecido en el artículo 10.1 CE (donde se reconocen la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social), debe interpretarse no como una obligación de la Administración de reinsertar a todos y cada uno de los internos, sino como un derecho del interno a que el cumplimiento de la pena se oriente hacia la reeducación y reinserción social. Entiendo que cabe hablar de

un derecho del interno, en la medida en que tiene como contrapartida el deber de la Administración de orientar la pena hacia la reinserción social. No obstante, el Tribunal Constitucional ha matizado que no estamos ante un derecho fundamental a la reinserción social susceptible de protección por la vía de amparo

Como consecuencia de lo anterior, el tratamiento — medio para alcanzar la reinserción social— ha de ser voluntario: es una garantía para todo condenado y no un derecho de la Administración para imponer un determinado código de valores.

Además, siguiendo la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional, por un lado, estos fines de reeducación y reinserción social no deben confundirse con el fundamento y los fines de la pena en general, sino que son fines a los que ha de orientarse el cumplimiento de las penas y medidas privativas de libertad, sin que esto permita descartar el cumplimiento de otros fines válidos que deben cumplir estas penas; y, por otro lado, esta finalidad ha de entenderse como un límite para el legislador en el sentido de que no se pueden establecer penas que sean incompatibles con dicha finalidad³⁷.

Por tanto, se puede hablar de un derecho del recluso a que la Administración penitenciaria despliegue a su favor una actividad dirigida, por un lado, a ofrecerle alternativas lícitas al comportamiento delictivo; y, por otro lado, a tratar de evitar los posibles efectos negativos desocializadores que puede conllevar la privación de libertad sobre su persona³⁸.

En general, la doctrina penal aunque se muestra muy crítica con “el ideal resocializador” debido a la situación de los centros penitenciarios y a la dificultad —o imposibilidad según algunos— de reinsertar socialmente mediante una separación de la sociedad y de educar para la libertad, privando de libertad, sin embargo, se acepta como uno de los aspectos de la prevención especial que debe orientar la ejecución de la pena privativa de libertad a fin de intentar reducir la desocialización del delincuente y causarle la menor aflicción posible³⁹.

En definitiva, el deber de la sociedad es, al menos, intentar contrarrestar los efectos negativos de la estancia en prisión, mediante instrumentos dirigidos a paliar los déficits y carencias preexistentes, a reducir las consecuencias negativas del encierro, y buscar la ampliación del horizonte vital del penado y sus expectativas

29 Para Roxin la idea de culpabilidad, entendida como posibilidad del autor de actuar de otro modo por haber podido ser motivado por la norma, puede dejar tranquilamente en suspenso la cuestión del libre albedrío a la que honradamente —dice— no se le puede dar una respuesta concluyente. En realidad, quien crea que hay que negarlo —insiste el autor— debería reconocer al menos que el principio de culpabilidad, en la esfera normativa, protege al particular frente a posibles violaciones de su personalidad por parte del poder estatal. Igualmente, según Roxin, la culpabilidad se separa también de la idea de retribución, a la que erróneamente se le suele considerar indisolublemente unida. A su juicio, la culpabilidad ha de ser considerada no para ser retribuida sino para trazar un límite infranqueable a la intervención penal del Estado, en “Sentido y límites...”, ob. cit., pp. 24-31. Sobre el tema puede verse también, MIR PUIG, Santiago: *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 29-40; LUZÓN PEÑA, Diego: *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología UCM, Madrid, 1979, pp. 24 y ss.

30 ROXIN, Claus: *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 95-103.

31 ROXIN, Claus: “Sentido y límites...”, ob. cit., pp. 18-23.

32 Ibid., p. 31.

33 Ibid., p. 32; del mismo, *Derecho penal...*, ob. cit., p. 90. Sobre la tensión dialéctica entre los fines de prevención general y prevención especial, MUÑOZ CONDE, Francisco: “Prevención especial versus prevención general”, en *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, pp. 119-132.

34 ROXIN, Claus: *Derecho penal...*, ob. cit., p. 97. En similar sentido, MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 95-96.

35 ROXIN, Claus: *Derecho penal...*, ob. cit., p. 97. En esta misma línea, Luzón Peña ya había defendido que las tres fases de la pena están orientadas en mayor o menor medida a la prevención general y especial, en LUZÓN PEÑA, Diego: *Medición de la pena...*, ob. cit., pp. 56 y ss.

36 Según Roxin, “Es cierto que, donde ambos fines entren en contradicción el uno con el otro, el fin preventivo especial de resocialización se coloca en primer lugar. A cambio, la prevención general domina, sin embargo, las conminaciones penales y justifica por sí sola la pena en caso de falta o fracaso de fines preventivos especiales, mientras que no se puede dar una pena preventiva especial sin intención preventivogeneral alguna, a pesar de la dominancia absoluta del fin de socialización en la ejecución. La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitima, pues, cualquier utilización, sin orden ni concierto, de los puntos de vista preventivos especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal”, en *Derecho penal...*, ob. cit., 98.

37 SSTC 19/1988, de 16 de febrero, 8/2001, de 15 de enero, y 160/2012, de 20 de septiembre, entre otras muchas.

38 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍAARÁN, Mercedes: *Derecho Penal, Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 601.

39 Véase, por todos, BOIX REIG, Javier: “Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución (La reeducación y reinserción social del condenado)”, en *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, Valencia, 1979, pp. 107-145; MUÑOZ CONDE, Francisco:

de participación social. Como ha apuntado Roxin, la idea es que a través de esta orientación se puedan reparar —en la medida de lo posible— los daños en la socialización que a menudo son la causa de la comisión de delitos. El delincuente como sujeto de derechos derivados de la dignidad debe tener la oportunidad de integrarse de nuevo en la sociedad por exigencia de los principios del estado social⁴⁰.

Ahora bien, como afirma el Tribunal Constitucional, esos fines de reeducación y reinserción social no descartan otros fines válidos de la pena privativa de libertad como el efecto intimidatorio sobre el autor, su inocuidad temporal, mediante su retención y custodia, y la prevención general⁴¹. Y, en todo caso, aunque en la fase de ejecución la función preventivo especial a través de la reinserción social tenga un carácter preferente, no debe prescindirse de la función preventivo general⁴².

IV. Peculiaridades de la ejecución de la pena privativa de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco

1. Introducción

El principio de reinserción social declarado en el artículo 25.2 CE debe ser interpretado, pues, como un derecho del condenado —aunque no de carácter fundamental— a que la Administración penitenciaria ofrezca al interno un tratamiento orientado a su reincorporación en las mejores condiciones posibles a la sociedad. Esto implica, entre otras cosas, la realización de actividades dirigidas a mejorar aquellos aspectos que puedan estar

relacionados con su actividad delictiva y la oferta de instrumentos dirigidos a reducir la estancia en prisión y evitar la desocialización (como los beneficios penitenciarios, el régimen de semilibertad, los permisos de salida o la libertad condicional). Estas últimas instituciones deben ser concebidas como derechos, pero en un sentido —por así decirlo— débil, es decir, su concesión no puede ser automática a todos los internos⁴³, sino dependiente de ciertas variables como la gravedad del delito, la condena o condenas a cumplir, la conducta, el riesgo de reincidencia, el sentido de responsabilidad individual y social, la satisfacción de la responsabilidad civil, etc., que, aunque plantean el problema de que, en su mayoría, no son verificables exactamente, sin embargo, las decisiones sobre su concesión deben ser motivadas y están sometidas al control judicial⁴⁴.

La concreta ejecución de la pena privativa de libertad debe ir adaptándose a la evolución de determinadas circunstancias individuales del condenado que, en muchos casos, no se han podido tener en cuenta por el juez o tribunal a la hora de fijar la pena y que, sin embargo, han tenido que ver, de forma directa o indirecta, en la comisión del delito: pertenencia a un medio social delincencial, desestructuración familiar, carencias de formación educativa y/o laboral, etc. La actividad reglada y controlada de los órganos de ejecución va a completar de esta forma una comprensión equitativa del comportamiento delictivo, teniendo en cuenta múltiples factores que difícilmente pueden ser apreciados en el momento de la actividad de juzgar⁴⁵.

“La prisión como problema: resocialización versus desocialización”, en *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, pp. 87-118; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: *Fundamentos...* ob. cit., p. 108; MORALES PRATS, Fermín, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Parte General del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 4ª ed., p. 81.

40 ROXIN, Claus: *Derecho penal...*, ob. cit., p. 87.

41 Véase, por todas, SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 55/1996, de 28 de marzo y 119/1996, de 8 de julio.

42 ROXIN, Claus: *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 92-97.

43 En este aspecto concreto, me aparto del modelo garantista de Ferrajoli quien rechaza un sistema de ejecución flexible basado en la idea del tratamiento. En su opinión, la pena debe ser proporcional al delito cometido y no puede variar en función de la buena conducta del condenado o de variables semejantes. Sin embargo, sí admite que los jueces, en su función de determinación de la pena (a su juicio, los jueces únicamente deben determinar la cantidad de pena, pero no la calidad de la misma, función que ha de corresponder en exclusiva al legislador), inevitablemente han de recurrir a juicios de valor, basados en referencias empíricas: los juicios de “gravedad” o “levedad” de un hecho suponen siempre valoraciones subjetivas no verificables ni refutables. Estos juicios de valor son, en su opinión, los que forman la discrecionalidad fisiológica de la comprensión judicial y sobre ellos sería vano pretender controles ciertos y objetivos, por lo que propone dos órdenes de indicaciones, en el método y en el contenido. En el plano del *método* los juicios no pueden ser sobreentendidos, sino explícitos y motivados con argumentaciones pertinentes que evidencien las inevitables premisas valorativas de los mismos (entre ellas, la de “indulgencia” y la “simpatía”). En cuanto al contenido, la función judicial no puede tener otros fines que la justicia del caso concreto: el juez no puede proponerse finalidades de prevención general que harían de cada una de sus condenas una sentencia ejemplar. En FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª ed., Trotta, Madrid, 2004, pp. 402-410.

44 JUANATEY DORADO, Carmen: “Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”, en *ADPCP*, VOL. LXV, 2012, p. 145.

Pues bien, comunmente, los delincuentes de cuello blanco presentan unas características peculiares que condicionan la valoración de esas variables a tener en cuenta por la Administración penitenciaria a lo largo de la ejecución de las penas privativas de libertad y que les separa del delincuente marginal que es el que en la mayor parte de los casos ocupa nuestras prisiones⁴⁶.

En general, suele afirmarse que el delincuente de cuello blanco no necesita resocialización porque está perfectamente integrado en la sociedad⁴⁷. Esta afirmación, unida, en muchos supuestos, a la percepción de que es difícil que el delincuente pueda encontrarse de nuevo en la situación que ha favorecido la comisión del delito, lleva normalmente a concluir que no hay riesgo de reincidencia. De acuerdo con ello, la ejecución de la pena no se considera necesaria desde la perspectiva preventivo-especial que prevé el artículo 25.2 CE. De ahí que se plantee por algunos la conveniencia de apli-

car la suspensión de la ejecución de la pena⁴⁸, cuando esto sea factible, y en aquellas hipótesis en las que por los límites legales de la suspensión esta no pueda ser aplicada, se considera que en la medida de lo posible debe evitarse o reducirse el internamiento continuado en prisión y la desocialización del interno, mediante el recurso a todos los instrumentos legales que se orientan a esos fines.

Sin embargo, la aplicación de esos mecanismos, como la autorización de permisos de salida⁴⁹, la clasificación en tercer grado con la posibilidad de cumplimiento de régimen de semilibertad e incluso de pernoctar fuera del establecimiento penitenciario⁵⁰, la concesión de la libertad condicional⁵¹, etc., dependen, como ya he apuntado, de la modificación de los factores relacionados con la actividad delictiva⁵². Por eso, es necesario que se analicen el historial individual, familiar y social del condenado; su conducta; su sentido de

45 Ibid. p. 146.

46 Sobre las características diferenciales entre el delincuente de cuello blanco y el delincuente convencional (o marginal) en el ámbito de la Criminología, FRIEDRICH, David O.: *Trusted Criminals...*, ob. cit., pp. 11-15; BENSON, Michael L., SIMPSON, Sally S.: *Understanding...*, ob. cit., pp. 22-45. En concreto, sobre las características específicas del delincuente económico puede verse, MORÓN LERMA, Esther: "El perfil criminológico del delincuente económico", en GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 29-53.

47 En esta línea, Nistal Burón quien refiriéndose a condenados por delitos de corrupción política afirma que "no cabe ninguna duda de que los autores de estos hechos delictivos, que conforman la "corrupción política", están plenamente integrados en la sociedad en la que viven, lo que supone que los fines resocializadores de la pena pueden darse por cumplidos para ellos, de antemano, sin necesidad de pisar la cárcel". En su opinión, "Si la pena se cumple de una forma distinta porque el penado es un político, un banquero, un empresario o un personaje público, para que el castigo cumpla, exclusivamente, una función "ejemplarizante", que no ejemplar, estamos caminando hacia un "derecho penitenciario de estatus", donde la forma de cumplir la pena se vincula al colectivo al que pertenece quien ha cometido un delito, haciendo que la pena, tenga, en estos casos, una finalidad exclusivamente de venganza, de expiación o de retribución con el objetivo de satisfacer, momentáneamente, a los ciudadanos alarmados por las actividades ilegales de ciertas personas. En NISTAL BURÓN, Francisco Javier: "El castigo de la "corrupción política" en la ejecución penal. La peligrosa deriva hacia un Derecho Penitenciario de Estatus", Criminología y Justicia, <http://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/>. En contra, Fernández Arévalo quien, refiriéndose a la clasificación en tercer grado, afirma que esta no puede realizarse sobre la falaz identificación entre pronóstico de reinserción social favorable y una adecuada adaptación social, en FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis: "Tercer grado y régimen abierto", *diario de Sevilla*, 22-12-2014. En general, sobre los argumentos en contra de la aplicación de la pena de prisión en el caso de delincuentes de cuello blanco, véase FRIEDRICH, David O.: *Trusted Criminals...*, ob. cit., pp. 323-324.

48 Habla de la necesidad de reforzar la finalidad principal de reinserción social para evitar la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena por razones de "alarma social", RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "Reformas constitucionales de la Justicia penal. Necesario salto cualitativo del siglo XVIII AL XXI, en *Diario La Ley*, nº 8541, viernes, 2 de enero de 2015. De otra opinión, sin embargo, CARDENAL MONTRAVETA para quien, incluso en el caso de que no exista peligro de que el penado cometa nuevos delitos, se plantea un conflicto entre las funciones de prevención general y de prevención especial, de manera que, en su opinión, por sí solo, el hecho de que resulte innecesaria para evitar la reincidencia es insuficiente para justificar la limitación de la función de prevención general (mediante la atenuación de la severidad de la pena), siempre que se respete el principio de proporcionalidad, en "Función de la pena...", ob. cit., p. 17.

49 El artículo 47 LOGP, regula los permisos de salida ordinarios cuya función es la preparación para la vida en libertad y establece como requisitos objetivos necesarios para su concesión: informe previo del equipo técnico, y que se trate de condenados clasificados en segundo o tercer grado que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y que no hayan observado mala conducta. Los artículos 154 a 162 del Reglamento Penitenciario (en adelante RP) desarrollan lo dispuesto en la Ley. En particular, el artículo 156 RP prevé que "El informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento".

50 El artículo 63 LOGP en relación con la clasificación de los internos establece: "Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al

la responsabilidad hacia sí mismo y hacia la sociedad; la gravedad del delito o delitos cometidos y su historial delictivo. Estas variables, en el supuesto de los delincuentes de cuello blanco, deben ser interpretadas de acuerdo con sus circunstancias específicas, algunas de ellas comunes, si bien con ciertos matices, a esta tipología delictiva y otras dependientes de las circunstancias individuales de cada condenado.

En las páginas que siguen me voy a ocupar brevemente de los factores que, de acuerdo con lo previsto en el Código penal y en la legislación penitenciaria, me parece más importante analizar en relación con las características particulares que presentan los delincuentes de cuello blanco a fin de, como decía al comienzo, procurar aportar ciertos criterios generales que, sin perjuicio de las peculiaridades que pueda presentar cada caso particular, permitan realizar una interpretación ponderada o equilibrada entre los derechos de los condenados al acceso a esos instrumentos previstos en la normativa penal y penitenciaria orientados hacia la reinserción social, y las razones de necesidad de pena en atención a su fundamento y a los fines de prevención general y especial.

2. *Historial individual, familiar y social*

Como ya he señalado, uno de los factores de carácter objetivo que normalmente se encuentra entre las causas

de la delincuencia es la situación de marginalidad y las deficiencias en el proceso de socialización⁵³, lo que se aplica a la mayoría de los presos en instituciones penitenciarias y que puede apreciarse a través del estudio de su historial individual, familiar y social⁵⁴. De hecho, las condiciones de vida que determinan la marginalidad, esto es, la carencia de formación educativa y profesional, la precariedad económica, la desestructuración familiar, la ausencia de relaciones afectivas estables y positivas, la pertenencia a un medio social delincuencial, la ausencia de experiencia laboral o profesional y de perspectivas serias de obtenerla, son factores objetivos fundamentales a tener en cuenta a la hora de valorar el posible acceso del interno a los instrumentos orientados a su reinserción social y a reducir su estancia en prisión. En consecuencia, la labor de la Administración penitenciaria debe centrarse en incidir sobre esos factores a través del tratamiento penitenciario, a fin de intentar cubrir las carencias (educativas, profesionales, laborales, familiares, etc.) en el proceso de socialización del interno, que hayan podido influir en el comportamiento delictivo. La pena, en tales casos, se justifica, entre otras razones, en la medida en que pueda orientarse a esa finalidad.

Pero, frente a esa situación de marginalidad, el delincuente de cuello blanco suele ser un sujeto con una buena posición social, con formación educativa y profesional, con medios económicos, con vínculos fami-

tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. La clasificación debe tomar en cuenta no solo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento". Y, en relación con la progresión de grado, el artículo 65.2, dispone: "La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad".

51 El artículo 90.1 del Código penal establece: "El juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla los siguientes requisitos: a) Que se encuentre clasificado en tercer grado. b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta. c) Que haya observado buena conducta. Para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. No se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria". Los artículos 192 a 201 RP desarrollan lo dispuesto en el Código penal.

52 En esta línea, FERNÁNDEZ ARÉVALO considera que sería un manifiesto error si se clasificase a un penado en tercer grado sin verificar que dicho delincuente ha modificado realmente los factores de su personalidad que condicionaron la actividad delictiva, en "Tercer grado y régimen abierto", ob. cit.

53 Vid, por todos, ROXIN, Claus: *Derecho penal...*, ob. cit., p. 84

54 Véanse los artículos 63 y 65.2 de la LOGP y el artículo 102.2 del Reglamento Penitenciario.

liares y sociales de apoyo, y con posibilidades laborales en el exterior⁵⁵. Es decir, desde una perspectiva objetiva, la marginalidad no está entre los factores que pueden haber influido en su comportamiento delictivo.

Sin embargo, es también muy posible que el medio social, familiar o económico del condenado por delitos de cuello blanco haya favorecido la conducta delictiva, aunque él no sea (o no haya sido) precisamente un “marginado”. No es difícil pensar en empresarios o políticos, por ejemplo, que viven en un entorno en el que el soborno o el fraude fiscal forman parte de las reglas del juego. Por tanto, el hecho de que un interno que procede de ese medio tenga recursos económicos, una familia que le apoye o la posibilidad de trabajo en el exterior, entre otras circunstancias, no necesariamente implica que le sea favorable desde el punto de vista de su reinserción social (positiva). Creo que no se debe partir de la presunción de que un empresario, un banquero, un jurista o un economista que ha cometido un delito —o varios delitos— de tráfico de influencias, de cohecho, contra la hacienda pública, de blanqueo de capitales o delitos societarios, si vuelve a ejercer su profesión, lo va a hacer ahora respetando las normas jurídico-penales. Y, en fin, incluso la familia, acostumbrada a mantener un alto nivel de vida, puede ser un medio de presión, directo o indirecto, para la comisión de nuevos delitos.

Por todo ello, estos datos sobre la familia y el entorno social y laboral deben ser analizados por los equipos técnicos a fin de valorar hasta qué punto son o no favorables desde el punto de vista de una reinserción social positiva y una ausencia de riesgo de reincidencia. No se debe partir necesariamente de que no hay riesgo de reincidencia en tales casos.

Además, a mi juicio, en relación con este tipo de delincuente, es muy importante tener en cuenta también la modificación de los factores subjetivos que han influido en el comportamiento delictivo⁵⁶. Así, por una parte, desde el punto de vista de la responsabilidad personal y de la reponsabilidad hacia la sociedad, muestra una mayor reprochabilidad quien, procediendo de un medio social, afectivo y económico, en principio, favorable, comete el delito para incrementar su situación socialmente privilegiada causando, en ocasiones, un grave daño social que, naturalmente, repercute en muchas personas individuales: es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se dejan de pagar impuestos o se malversan caudales públicos⁵⁷.

Por otra parte, como se ha puesto de manifiesto por criminólogos que se han ocupado de esta tipología delictiva, la tendencia en esta clase de delincuentes —aunque no sea exclusiva de ellos ni tiene por qué darse en todos los supuestos— es la de negar o no asumir la comisión del delito; ellos no se ven como “delincuen-

55 Deducen de esta posición social del condenado la no necesidad de reeducación ni reinserción social por estar perfectamente integrados socialmente los Autos de la AP de Barcelona, de 1 de marzo de 2013; de la AP de Palma de Mallorca, de 10 de diciembre de 2013; de la AP de Málaga de 19 de noviembre de 2014; y del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 6, de Cataluña, de 23 de febrero de 2015. Sin embargo, todas estas resoluciones, a pesar de afirmar la integración social de los penados, les deniegan, en unos casos la suspensión de la ejecución de la pena y en otros la clasificación en tercer grado, por entender que hay razones de necesidad de pena (retributivas, de prevención especial negativa o de prevención general) que aconsejan el cumplimiento de la pena o la no concesión del régimen de semilibertad. En mi opinión, el error en el que incurren estas resoluciones es dar por sentado que estos condenados están integrados socialmente, a pesar de que, en muchos casos, no asumen el delito porque su sistema de valores les impide ver la ilicitud de su conducta y la gravedad del daño que causan al estado de Derecho.

56 En relación con esto, el artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante LOGP) dispone: “1. El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. 2. El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general”.

57 Podría decirse que, en este caso, la idea de corresponsabilidad de la sociedad, que forma parte de los criterios orientadores de la prevención especial, se vería notablemente atenuada, si comparamos su situación con la del delincuente marginal. Sobre la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, véase ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: *Fundamentos...*, ob. cit. p. 56. También Mir Puig, tratando de rebatir los postulados del retribucionismo (puro) afirma que “el delincuente que no encuentra en sí mismo las fuerzas suficientes para resolver su vida sin infringir la ley en un contexto social desigualmente inferior, no actúa en las mismas condiciones que quien tiene la suerte de nacer y vivir con una personalidad dotada de mayores recursos o en un medio socioeconómico más privilegiado (...) El postulado de la igualdad de todos los hombres tropieza ante la evidencia de la desigualdad real que caracteriza nuestra existencia. La inmensa mayoría de los delincuentes pertenece a clases sociales desfavorecidas”, en MIR PUIG, Santiago: *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 117-118.

tes” —ni tampoco suelen verlos así en su entorno— y, por tanto, no asumen el delito ni muestran arrepentimiento⁵⁸. Esto significa que no manifiestan un sentido de responsabilidad hacia sí mismos ni hacia la sociedad⁵⁹. No es difícil para los delincuentes de cuello blanco ampararse en argumentos que les permitan justificar su conducta delictiva: la consideración de que se trata de una forma de actuación generalizada en el medio en el que desarrolla su actividad, incluso de forma más grave de lo que él lo hace; de que su remuneración no es adecuada y no compensa los esfuerzos dedicados, por ejemplo, a la causa pública; de que en realidad lo que hace no causa daños graves a nadie en particular (sus delitos no suelen tener una víctima directa y visible), etc. Esto les permite “dar el paso al acto” sin que les plantee grandes problemas éticos⁶⁰. Además, la dificultad de la prueba en muchos de estos delitos y la consiguiente impunidad, a lo que ayuda el que puedan contar con una buena defensa legal, son elementos que pueden favorecer la reincidencia⁶¹.

En particular, algunas investigaciones criminológicas sobre delincuencia de cuello blanco de alto nivel (como, por ejemplo, fraudes de cientos de millones de euros en compañías de seguros, o el caso Enron⁶²) han detectado en los autores de estos delitos la presencia de determinados rasgos psicológicos característicos como, por ejemplo, cierto sentimiento de poder y de superioridad respecto de sus víctimas que, en opinión de estos expertos, pueden llegar a ser un factor importante a la hora de mantenerse en su actividad delictiva. Además, este sentimiento de superioridad va acompañado en muchos casos de narcisismo, hedonismo y arrogancia: ellos no tienen que preocuparse por el cumplimiento de las normas porque su integridad personal está fuera de toda duda. Según estos estudios las grandes organizaciones con ánimo de lucro son inherentemente criminales: suelen estar dirigidas por personas ambiciosas, inteligentes y moralmente flexibles: no les plantea problemas el anteponer los fines de la organización a los principios éticos y al cumplimiento de las normas;

58 BENSON y SIMPSON apuntan que ya Sutherland, en 1940, había afirmado que los delincuentes de cuello blanco presentan un particular sistema de valores que les permite ver su actividad ilegal como aceptable y justificada: no reconocen la ilicitud de sus acciones y no se ven a sí mismos como delincuentes, en *Understanding...*, ob. cit. pp. 54-56. Véanse también, en este sentido, los Autos de la AP de Palma de Mallorca, de 10 de diciembre de 2013 y de la AP de Málaga, de 19 de noviembre de 2014. Aunque no se refiere a delincuentes de cuello blanco, fundamenta también la denegación de la clasificación en tercer grado, entre otros motivos, en la no asunción del delito, el Auto de la AP de Barcelona, de 4 de octubre de 2012.

59 En una de las investigaciones cuantitativas sobre la psicología de los delincuentes de cuello blanco, los investigadores hicieron un estudio comparativo entre un grupo de delincuentes de cuello blanco y un grupo de profesionales no delincuentes. Ambos grupos reflejaron diferencias importantes en dos áreas: en su “conciencia social” y en su “extraversión”. Los no delincuentes presentaron una mayor conciencia social, lo que significa que son más responsables, más honestos y muestran un mayor compromiso con los valores cívicos. El grupo de delincuentes presentó una mayor extraversión, esto es, mostraron ciertas cualidades que les permitía moverse mejor en sociedad. Ambas cosas, menor conciencia social y mayor extraversión facilita, a juicio de estos expertos, la implicación en delitos de cuello blanco, en BENSON, Michael L., SIMPSON, Sally S.: *Understanding...*, ob. cit., p. 59. Igualmente, una investigación comparativa, llevada a cabo en Alemania, entre delincuentes de cuello blanco y profesionales no delincuentes concluyó que los primeros son más narcisistas y hedonistas y muestran un menor control de su conducta que el segundo grupo de no delincuentes, en BICKLE, Gerhard; SCHLEGEL, Alexander; FASSBENDER, Pantaleon; y KLEIN, Uwe: “Some Personality Correlates of Business White-Collar Crime”, *Applied Psychology: An Interntional Review*, 52(2):220-233 (citado por BENSON, Michael L., SIMPSON, Sally S.: *Understanding...*, ob. cit., pp. 59-60).

60 Según algunos estudios criminológicos, los delincuentes de cuello blanco muestran un excesivo sentido de confianza en sí mismos y presentan rasgos de personalidad psicopática; de acuerdo con los autores de estos estudios, una característica fundamental que suele ser común a estos delincuentes es la insensibilidad hacia las implicaciones morales de sus acciones, véase BENSON, Michael L., SIMPSON, Sally S.: *Understanding...*, ob. cit., pp. 56-67.

61 Como recuerda Ortiz de Urbina, de acuerdo con un análisis clásico, la amenaza penal no debe analizarse como un coste fijo sino como un coste esperado o eventual, que se determina mediante la confluencia de tres elementos básicos: la gravedad de la sanción, la probabilidad de su imposición y la celeridad a la hora de imponerla; y, en particular, refiriéndose al ámbito de la corrupción este autor señala que en tales supuestos “la probabilidad de sanción es muy baja y los corruptos (correctamente) la perciben como tal”, en ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Íñigo: “Política criminal contra la corrupción: Una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)”, en *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, pp. 401-402.

62 En un estudio sobre el caso Enron se afirma que este tipo de delitos cometidos en el ámbito de grandes empresas o instituciones precisa de una cualificación especial. En concreto, en el caso Enron fue necesario un complejo diseño de actuación para manipular datos y hacer aparecer Enron como más rentable de lo que realmente era; esto requirió de la intervención de ejecutivos muy capacitados, orgullosos de sus habilidades y que disfrutaban ejercitándolas, en MCLEAN, Bethany y ELKIND, Peter: *The Smartest Guys in the Room: The Amazing Rise and Scandalous Fall of Enron*, Penguin Group, New York, 2003 (citado por BENSON, Michael L., SIMPSON, Sally S.: *Understanding...*, ob. cit., p. 58).

carecen de sentido moral, de preocupación por el otro y, en definitiva, de empatía⁶³.

Como consecuencia de todo ello, es también esencial en este punto que los equipos técnicos examinen a fondo e incidan sobre estos aspectos que resultan altamente criminógenos y hacen que el riesgo de reincidencia pueda ser alto. En general, la finalidad ha de ser conseguir que este tipo de delincuentes respete el código de valores que se protege a través del Derecho Penal, aunque no lo comparta. E incluso en el caso de que, de acuerdo con su código de valores, consideren que su conducta es correcta, creo que estaría justificado que los equipos técnicos trataran de modificarlo a través de programas específicos equiparables a los que se aplican a otros tipos de delincuentes⁶⁴.

Efectivamente, en principio, deberíamos respetar el código de valores del condenado, aunque no sea el mayoritariamente aceptado socialmente. ¿Pero tiene que ser así también en relación con valores tan básicos como la vida, la salud, la libertad sexual o el respeto de los bienes públicos más fundamentales? ¿Por qué no intentar que un asesino o un delincuente sexual interioricen la norma que considera disvalioso matar o violar? Y, si se acepta esto, ¿por qué no tratar de que el condenado por corrupción, por ejemplo, interiorice y acepte la norma que impide la utilización de la función pública en favor de intereses particulares, con claro perjuicio para lo que constituye el interés común de todos los ciudadanos?

Hay un cierto número de bienes o intereses que podemos considerar como irrenunciables, por lo que la finalidad preventivo-especial de tratar de que el condenado interiorice el valor de tales intereses y la necesidad de respetarlos no plantea, en mi opinión, problemas de legitimidad⁶⁵.

En definitiva, estamos, a mi juicio, ante factores muy estrechamente vinculados con la actividad delictiva de esta categoría de delincuentes, que en muchos casos podrían precisar de intervención por parte de los equipos técnicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 LOGP. Por consiguiente, creo que sí puede hablarse de la necesidad de llevar a cabo actividades de reinserción social dirigidas a modificar determinados factores

de su personalidad⁶⁶ aunque, desde luego, respetando siempre el carácter voluntario del tratamiento; esto es, se les puede ofrecer, pero no imponer, un programa de tratamiento.

3. Conducta

La conducta en prisión es otro de los factores que los equipos técnicos han de tener en cuenta, en determinados supuestos por expreso requerimiento de la normativa penal o penitenciaria, a la hora de decidir sobre el acceso del interno a determinadas instituciones de reinserción social.

En el supuesto de delincuentes de cuello blanco la conducta en prisión generalmente es correcta. Por el origen social de los delincuentes clasificables dentro de esta categoría criminológica —al igual que sucede con quienes cometen delitos ocasionales o con los delincuentes imprudentes, entre otros—, lo usual es que no planteen problemas de violencia en prisión, ni presenten los riesgos que ofrecen otros internos de introducirse en los grupos de presión que pueda haber en la prisión o de entrar en contacto con la droga que circula en los centros, ya sea para consumir o para traficar.

Este factor está íntimamente relacionado con la procedencia no marginal de estos delincuentes, los cuales suelen ser destinados a departamentos o módulos más tranquilos y, normalmente, cuentan con apoyo económico y material del exterior, lo que conlleva un menor riesgo de que se inserten en los grupos de presión que puedan formarse dentro de los centros penitenciarios, o que recurran a la violencia para obtener determinados productos o alcanzar ciertas condiciones de vida dentro de la prisión.

En consecuencia, el hecho de que tengan “buena conducta” no puede tener la significación que tiene en el caso del delincuente marginal, sobre todo cuando se trata de presos o condenados por delitos de tráfico de drogas o cometidos con violencia. En estos últimos supuestos una evolución favorable de su conducta en prisión puede ser un dato positivo que refleje un cambio en su actitud de mayor respeto hacia las personas y de modificación de los factores relacionados con su acti-

63 BENSON, Michael L., SIMPSON, Sally S.: *Understanding...*, ob. cit., pp. 56-59.

64 En este mismo sentido, FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis: “Tercer grado y régimen abierto”, ob. cit.

65 Sobre esto puede verse, GARCÍA AMADO, Juan Antonio: “Retribucionismo...”, ob. cit. Lo que, desde luego, no sería legítimo sería la imposición de esos valores de forma coactiva.

66 Destaca la importancia, en orden a evitar la reincidencia del delincuente de cuello, del proceso interno o subjetivo que se traduce en cambios en sus valores y creencias, y en la reflexión sobre su comportamiento delictivo, HUNTER, Ben: *White collar offenders...*, ob. cit, pp. 25-27.

vidad delictiva. Pero me parece que, en términos generales, la buena conducta en prisión cuando se trata de delincuentes de cuello blanco es un dato poco relevante a efectos de valorar posibles cambios positivos en su actitud hacia el delito y, por tanto, en orden a decidir sobre el acceso del interno a determinadas instituciones de reinserción social⁶⁷.

4. Gravedad del delito e historial delictivo

La gravedad del delito o de los delitos cometidos por el penado debe tenerse en cuenta también a la hora de valorar el acceso del interno a determinadas instituciones de reinserción social.

Normalmente, la condena por un delito grave contra las personas (homicidio, lesiones, agresión sexual, etc.) es valorado como un factor negativo, incluso en hipótesis en las que el delito es ocasional. Ahora bien, con el paso del tiempo en prisión, si otras variables a tener en cuenta en la toma de decisión son favorables, la gravedad del delito cometido va perdiendo peso en la valoración final. Y lo mismo sucede si el preso presenta un largo historial delictivo.

En el supuesto de los delincuentes de cuello blanco, aunque sus delitos no impliquen violencia contra las personas, sí que pueden, en ocasiones, ser calificados de graves si atendemos a los bienes jurídicos contra los que atentan y, por supuesto, por la entidad de los ataques. Así se ha entendido en algunas resoluciones judiciales de los últimos años que han decidido sobre la ejecución de la pena o la clasificación en tercer grado por delitos de corrupción, a pesar de que la pena finalmente impuesta no había sido grave⁶⁸.

Desde mi punto de vista, efectivamente, algunos delitos de cuello blanco (delitos económicos, delitos con-

tra la hacienda pública, delitos contra la Administración Pública, delitos de falsedades, entre otros) afectan a bienes jurídicos muy relevantes para la convivencia social y pueden revestir, en consecuencia, un alto nivel de gravedad. Por ello, aunque la pena impuesta no sea muy grave, la peligrosidad de la conducta realizada, valoradas todas las circunstancias del caso, puede ser un factor negativo que justifique cierto cumplimiento en prisión por razones preventivo generales, además de las concretas razones preventivo especiales que puedan concurrir y que aconsejen la aplicación de un determinado programa de tratamiento. No es infrecuente que los procedimientos penales por este tipo de delitos se prolonguen durante años debido a las dificultades que suele presentar su investigación, lo que da lugar en muchos casos a la aplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas con la consiguiente disminución —en ocasiones considerable— de la pena⁶⁹. De forma que cuando se dé esta última circunstancia los equipos técnicos deberán valorarla específicamente a efectos de determinar la influencia que el paso del tiempo por esa dilación del proceso ha podido tener sobre el condenado y, en general, sobre los factores relacionados con su actividad delictiva. Es posible que, a pesar del paso del tiempo, no se hayan modificado los factores de personalidad que puedan haber favorecido la comisión del delito y que el condenado siga presentando, en consecuencia, los mismos riesgos que existían cuando cometió el delito. Creo que esto podría verse de forma más clara en el supuesto de delitos violentos o sexuales.

En cuanto al historial delictivo⁷⁰, muchos de los condenados incluidos dentro de esta tipología de cuello blanco lo son por delitos continuados que se produjeron

67 Del mismo modo, así como la participación en determinadas actividades deportivas puede ser un dato positivo en el caso de algunos internos (toxicómanos o delincuentes marginales que nunca han realizado actividades deportivas en equipo), parece difícil que en el supuesto de un delincuente de cuello blanco pueda tener ese mismo significado favorable en la valoración de la evolución de los factores relacionados con su actividad delictiva.

68 Autos del TSJ de Cataluña, de 29 de junio de 2007; de la AP de Palma de Mallorca, de 10 de diciembre de 2013; de la AP de Málaga de 19 de noviembre de 2014 y del Juzgado de vigilancia penitenciaria nº 6 de Cataluña, de 23 de febrero de 2015. También en ese mismo sentido, el Auto de la AP de Barcelona, de 1 de marzo de 2013, aunque, en este caso, la resolución fue objeto de un voto particular de un magistrado que entendió que la gravedad de las conductas delictivas enjuiciadas no debe medirse por criterios ajenos a los que ya figuran en la sentencia, a las penas legalmente establecidas para dichas conductas y al valor que la misma ley penal otorga a la concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal.

69 En relación con esto, CARDENAL MONTRAVETA defiende que la función de prevención general justificará la no suspensión y, en consecuencia, la ejecución de penas de duración inferior a un año -cuando no se asocien a ella efectos criminógenos para el penado y la ejecución no resulte desproporcionada-, debido a la existencia de un riesgo claro y significativo de comisión de nuevos delitos por parte de terceros, o bien en atención a la gravedad del delito, cuando la duración de la pena impuesta no refleje tal gravedad al haberse determinado otorgando un gran protagonismo a otras circunstancias como la reparación del daño o la conformidad del condenado con el escrito de acusación del fiscal, en "Función de la pena...", ob. cit., p. 26; véase también del mismo, "¿Eficacia preventiva...", ob. cit., p. 35.

a lo largo de un plazo de tiempo más o menos dilatado. Este dato es también muy importante para valorar la gravedad de la conducta delictiva realizada, a pesar de que la pena impuesta puede no haber sido particularmente grave por el efecto de la aplicación de la regla penológica favorable de la continuidad delictiva, unida en ocasiones a la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas⁷¹.

En conclusión, a la hora de valorar la gravedad del delito, no debe considerarse únicamente la entidad de la pena impuesta.

5. Existencia de causas pendientes

La existencia de causas pendientes es otro de los factores que deben ser objeto de análisis a efectos de evaluar, principalmente, la conveniencia de aplicar los mecanismos que permiten reducir el tiempo de cumplimiento de condena en prisión, incluidos los permisos de salida.

Se ha alegado que utilizar como argumento contra el condenado (ya sea para denegar la suspensión de la ejecución de la pena o la clasificación penitenciaria en tercer grado) el que este se encuentre imputado por otro u otros delitos atenta contra el principio de presunción de inocencia⁷². Pero este argumento es, en mi opinión, equivocado, por las razones que trataré de expresar a continuación.

En lo que se refiere al estudio de las variables que intervienen en el proceso de clasificación penitenciaria, la presencia de causas pendientes puede ser un signo de peligrosidad, de personalidad delincencial arraigada, de riesgo de fuga, de incertidumbre sobre la pena que

finalmente deba de cumplirse, etc. Por ello, es muy importante que puedan tenerse en cuenta las circunstancias de tales causas a fin de conocer qué tipo de delitos son los que se imputan, qué penas podrían ser impuestas, cuál podría ser la pena finalmente a cumplir, qué relación puede haber con la causa o causas que se están cumpliendo, etc.

No se trata de una valoración dirigida a emitir una condena o a admitir o denegar un medio de prueba, sino de realizar una evaluación que aunque es discrecional e inevitablemente incierta, al igual que otras muchas valoraciones que han de hacerse en el ámbito penitenciario sobre las circunstancias del interno, debe ser debidamente razonada. Además, hay que tener en cuenta que frente a la decisión que adopte la Administración penitenciaria sobre la base de tales datos siempre cabe la interposición de un recurso.

De hecho, la propia normativa penitenciaria prevé límites en este sentido. Así, el que haya una o varias causas pendientes en situación de preventivo impide formular la propuesta de clasificación inicial del interno, en tanto permanezca en esa situación procesal. Igualmente, aunque el penado se encuentre ya clasificado, si le es decretada prisión preventiva por otra u otras causas, debe quedar sin efecto dicha clasificación y se ha de dar cuenta de ello al Centro Directivo⁷³. Lo que parece pretenderse con esta medida restrictiva es, precisamente, evitar que la clasificación del interno se lleve a cabo en una situación de incertidumbre sobre la efectiva condena que, en su caso, tendrá que cumplir, la gravedad de los delitos que haya podido cometer y,

70 Además de lo dispuesto en los artículos 63 LOGP y 102.2 RP, el artículo 104.3 RP prevé: "Para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado".

71 En un trabajo reciente sobre las particularidades de los indultos en los delitos de corrupción pública, una de las conclusiones que se ha podido extraer del estudio es que la mayoría de las condenas por delitos de corrupción examinados los son por delitos continuados, esto es, la actividad ilícita está compuesta por una serie de actos delictivos que se prolongan por un espacio de tiempo (desde unos meses hasta períodos de dos y tres años), lo que debería considerarse como un aspecto negativo a la hora de conceder el indulto, a pesar de que los sucesivos gobiernos no parecen haberlo valorado así, en DOVAL PAIS, Antonio y JUANATEY DORADO, Carmen: "Particularidades de los indultos por delitos de corrupción pública", en Maqueda Abreu, Martín Lorenzo y Ventura Püschel (coords.): *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 95-110.

72 Recurso de súplica, de 4 de noviembre de 2013, interpuesto contra el Auto de la AP de Palma de Mallorca, de 28 de octubre de 2013.

73 El artículo 104 RP, en sus números 1 y 2 prevé: "1. Cuando un penado tuviese además pendiente una o varias causas en situación de preventivo, no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal. 2. Si un penado estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta al Centro Directivo".

en definitiva, sobre los efectos que una o varias nuevas condenas podrían tener sobre su situación penitenciaria.

De todas formas, a mi juicio, esa medida no debería ser impuesta como requisito objetivo en la legislación para la clasificación del interno, pues ello tiene como consecuencia la imposibilidad de obtener un régimen de semilibertad, de libertad condicional, o el que se le denieguen, como suele hacerse, los permisos de salida, cuando es posible que, dadas las circunstancias concretas de cada caso, dichas medidas no estén justificadas. Lo más razonable, por ello, sería dejar que sean los órganos administrativos y judiciales quienes valoren en cada caso, en función de las circunstancias concurrentes, la oportunidad de formular determinadas propuestas sobre la situación penitenciaria del interno⁷⁴. Y esto mismo es lo que debe hacerse, a mi juicio, en el supuesto de que el condenado esté imputado, además, en una o varias causas, aunque no se haya decretado prisión preventiva (en algunos casos el hecho de que no se haya decretado prisión preventiva podría deberse a que ya se encuentra en prisión, evitando así, entre otros, los problemas que se pueden producir a la hora del abono en una determinada causa de la prisión preventiva sufrida en otra u otras diferentes)⁷⁵.

En conclusión, la existencia de causas pendientes puede ser también un factor negativo a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre la situación penitenciaria del interno por delitos de cuello blanco, sin que ello implique una vulneración del principio de presunción de inocencia.

6. Riesgo de desocialización

Son muchos los autores que se refieren a la necesidad de utilizar todos los medios posibles en la fase de ejecución de la pena —aunque también a la hora de decidir sobre la suspensión— para evitar los riesgos de desocialización⁷⁶.

El punto de partida es que vivimos en una sociedad muy desigual en la que no todos tienen las mismas oportunidades: esa situación de desventaja social es una de las causas importantes de la delincuencia y presumiblemente va a seguir existiendo cuando el interno abandone la prisión. La idea de corresponsabilidad de la sociedad en el delito obliga a compensar de algún modo las desigualdades sociales y, en consecuencia, a que la política penitenciaria oriente también el cumplimiento de la pena a prevenir en la medida de lo posible la desocialización del interno, esto es, a evitar la pérdida de sus conexiones con el medio social y su “prisionización”. Y esto se debe tratar de alcanzar mediante una programación del tratamiento que valore sus carencias y sus necesidades y promueva, siempre que a ello no se opongan otras variables que han de ser tenidas en cuenta en el proceso de evaluación, medidas dirigidas a evitar esa desocialización: ese es el papel que deberían jugar, entre otros, los permisos de salida, el régimen de semilibertad, la libertad condicional, los beneficios penitenciarios, la búsqueda de un trabajo en el exterior o el fomento de las relaciones afectivas; medidas todas ellas que deben tomarse contando siempre con el consentimiento del interno.

Ese riesgo de desocialización es claramente menor (o no existe) en el caso de los delincuentes de cuello blanco⁷⁷. A ello contribuye su posición social, el apoyo que reciben del exterior o el propio destino dentro del establecimiento penitenciario, en el que suelen ocupar una plaza en departamentos o módulos poco conflictivos para evitar así los posibles riesgos para su seguridad.

Cabe decir entonces, desde esta perspectiva, que en el caso de los delincuentes de cuello blanco, la necesidad preventivo-especial de reinserción social, en su vertiente dirigida a evitar o reducir los riesgos de desocialización, prácticamente no existe⁷⁸. Así pues, desde esta perspectiva, ganan peso las razones retributivas y la finalidad de prevención general, lo que no signifi-

74 JUANATEY DORADO, Carmen: *Manual de Derecho Penitenciario*, 3ª edic., Lustel, Madrid, 2016, p. 144-145.

75 *Ibid.*, pp. 253-255.

76 Véase, por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 60.

77 Sobre los recursos personales y sociales del delincuente de cuello blanco que reducen el impacto del encierro en prisión, Hunter, Ben: *White collar offenders...*, ob. cit., p. 65. En concreto, defienden el menor efecto desocializador de la prisión en el caso de los delincuentes económicos respecto del delincuente marginal, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier: *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Thomson Reuters, Madrid, 2013, p. 149; BAUCCELLS LLADÓS, Joan: “Sistema de penas para la delincuencia económica en derecho español”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 401-404.

78 En relación con los efectos del cumplimiento de una pena privativa de libertad en el caso de los delincuentes de cuello blanco y con la utilización de su tiempo pasado en prisión, Hunter, Ben: *White collar offenders...*, ob. cit., pp. 61-82.

ca que no haya otras razones de prevención especial que puedan contribuir a justificar el cumplimiento de la pena⁷⁹.

7. Satisfacción de la responsabilidad civil y reparación del daño

El pago de la responsabilidad civil es, desde luego, un dato importante que, de hecho, se ha establecido como requisito objetivo para el acceso del interno a determinadas instituciones de reinserción social, en especial respecto de algunos delitos que podemos calificar como de cuello blanco⁸⁰. Así pues, en el supuesto de estos últimos tipos delictivos, ese pago habría que considerarlo relevante, sobre todo, si va unido a un cambio de actitud en relación con su anterior comportamiento delictivo y una asunción de responsabilidad hacia la sociedad en general.

De manera que aquí será importante valorar cuáles son los medios económicos con los que cuenta, si hay sospechas de que está, de alguna forma, ocultando dinero o patrimonio, o cómo realiza el pago de acuerdo con sus circunstancias⁸¹.

En cuanto a la reparación del daño, como se apunta en alguna resolución judicial, es necesario tener en cuenta no sólo la reparación del daño material, sino también la reparación del daño social⁸².

V. Conclusiones

De acuerdo con lo ya apuntado, la pena proporcional a la culpabilidad del autor solo puede estar justificada si, además de incluir ese componente retributivo —aunque algunos prefieran no llamarlo así—, puede cumplir su función utilitaria de prevención general y de prevención especial. Estos fines deben estar presentes en las diferentes fases que atraviesa la pena y con diverso peso en cada una de ellas, según los casos. Aunque es cierto que hay ciertas reglas generales sobre el peso que esos fines han de tener en cada una de esas fases, de ello no se puede colegir que siempre haya de ser el mismo, ni que siempre sea posible que se cumplan ambos conjuntamente.

79 Por ejemplo, Friedrichs afirma que los delincuentes de cuello blanco temen mucho más el posible cumplimiento de una pena de prisión que el cumplimiento de cualquier otra pena, lo que significa, a su juicio, que tiene un fuerte efecto tanto de prevención general como de prevención especial, en *Trusted Criminals...*, ob. cit., pp. 323-324. Por su parte, Cardenal Montraveta considera que el ingreso en prisión del condenado cuando no dificulte un proceso de desistimiento y resocialización, porque no van a disminuir de forma significativa los recursos de los que ya dispone el condenado para vivir sin delinquir, ni es previsible que provoque la aparición de otros factores que pueden favorecer la comisión de nuevos delitos, la ejecución puede facilitar que el sujeto tome conciencia de los recursos de los que dispone y del desvalor de su comportamiento. Y, en concreto, en relación con la suspensión de la condena, entiende que en estos supuestos, en principio, la eficacia preventiva general (intimidatoria y positiva) asociada a la ejecución sí proporciona un saldo preventivo global mejor que el asociado a la suspensión, en "Función de la pena...", ob. cit., p. 24.

80 En relación con la clasificación en tercer grado, el artículo 72.5 LOGP dispone: "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". Por su parte, como hemos visto, el artículo 90.1 del Código penal, exige para la concesión de la libertad condicional, entre otros requisitos, la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Asimismo, el número 4 del mismo artículo 90 establece: "El juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También podrá denegar la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta para alguno de los delitos previstos en el Título XIX del Libro II de este Código, cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado".

81 En relación con la interpretación de las circunstancias que determinan el cumplimiento del requisito del pago de la responsabilidad civil en un caso de delincuencia de cuello blanco, puede verse el Auto de la AP de Castellón, de 30 de mayo de 2016.

Como apunta Roxin, la persecución simultánea del fin preventivo general y especial no impide que, en el caso concreto, la pena declarada en la sentencia se base en el componente preventivo general cuando no exista peligro alguno de reincidencia, pues el fin preventivo persiste allí donde no se requiera prevención desde todos los puntos de vista al mismo tiempo. Por eso, en ausencia de peligro de repetición del hecho —afirma el autor— no se debe renunciar totalmente a la pena. Y todo esto lo considera importante para aquellos casos en los que no se puede contar con una “ejecución resocializadora de la pena” porque el condenado rehúsa colaborar; en este último caso, entiende que la pena debe ejecutarse igualmente siendo suficiente justificación la necesidad de prevención general. En definitiva, si la conminación penal debe conservar su función motivadora, la ejecución, en la que debe primar el fin resocializador, tampoco puede perder totalmente el efecto preventivo general⁸³.

Pues bien, como he ido indicando, en el caso del delincuente de cuello blanco, por sus peculiares características, la ejecución de la pena puede responder en la mayor parte de los casos a razones retributivas y de prevención general, pero eso no quiere decir que no haya también razones preventivo-especiales que aconsejen su cumplimiento y, en su caso, la denegación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, o del tercer grado penitenciario, al menos inicialmente. Si utilizamos los parámetros adecuados y

actuamos del mismo modo que con el delincuente marginal, creo que la pena puede cumplir fines resocializadores a través del tratamiento penitenciario, que debe orientarse a modificar los factores relacionados con la actividad delictiva.

Algunos autores, incluso, han considerado acertado por razones simbólicas la condena a cadena perpetua de un nazi de 91 años por los asesinatos cometidos 66 años antes⁸⁴. Se trata de un caso realmente extraordinario. Pero, en otras dimensiones, está claro que, por ejemplo, los gravísimos daños que causan los delitos cometidos en el sector financiero y la corrupción generalizada en las instituciones públicas justifican que, junto a los fines de prevención especial, tengan un peso relevante los fines de prevención general. No hay que olvidar que la sensación de impunidad es muy probablemente uno de los motivos que hacen que muchos de estos delincuentes vulneren durante años de manera flagrante las normas al ver que no tiene consecuencias negativas para ellos. No se trata, como se ha apuntado por algunos, acudiendo a un uso emotivo del lenguaje, de utilizar la pena con una finalidad “ejemplarizante”, sino de que su ejecución sirva, por una parte, para modificar los factores relacionados con la actividad delictiva y prevenir la reincidencia del autor; y, por otra parte, para evitar la comisión de nuevos delitos y reforzar de esta manera la confianza de la comunidad en el cumplimiento del ordenamiento jurídico, fortaleciendo así una actitud de respeto hacia el Derecho.

82 Véase el Auto de la AP de Málaga de 3 de noviembre de 2014. En este sentido, Mir Puig, en la anterior edición de su Manual de Derecho Penal, afirmaba que “la sociedad puede también encontrar en la pena ya cumplida el sentido de *reconciliación*, que permita la aceptación del penado en su seno”, en MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed. (a cargo de Víctor Gómez Martín), Reppertor, Barcelona, 2011, p. 90.

83 ROXIN, Claus: *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 95-97.

84 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: *Fundamentos...*, ob. cit., p. 60.