



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL E HISTORIA Y
TEORÍA DEL DERECHO

TESIS DOCTORAL:

**LA LEY ORGÁNICA 1/1.979, DE 26 DE
SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA:
ORÍGENES, EVOLUCIÓN Y FUTURO**

Presentada por:

ANTONIO ANDRÉS LASO

Dirigida por:

PROF. DR. D. RICARDO M. MATA Y MARTÍN

Valladolid, 2015



ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPCP Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

AN Audiencia Nacional

AP Audiencia Provincial

Art./Artº Artículo

ATS/AATS Auto/s del Tribunal Supremo

ATC/AATC Auto/s del Tribunal Constitucional

B.O.E. Boletín Oficial del Estado

CE Constitución Española

CIS Centro de Inserción Social

CP Código Penal

D Decreto

Ed. Editorial

E.T. Estatuto de los Trabajadores

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

Coord. Coordinador

DGIIPP Dirección General de Instituciones Penitenciarias

Dir Director

DM Decisión Marco

ET Estatuto de los Trabajadores

ETA Euskidi Ta Askatasuna

Fasc. Fascículo

F.E de la JONS Falange Española de las Juventudes Obreras Nacional
Sindicalistas

FGE Fiscalía General del Estado

FIES Fichero de Internos de Especial Seguimiento

FJ Fundamento Jurídico

GPS Global Positioning System (Sistema de Posicionamiento Global)

GRAPO Grupo Revolucionario Antifascista Primero de Octubre

I Instrucción Dirección General II.PP.

IVAC/KREI Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal
Institutoa

JCVP Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria
JVP Juez de Vigilancia Penitenciaria
L Ley
LECr. Ley Enjuiciamiento Criminal
L.O. Ley Orgánica
LOEX Ley Orgánica de Extranjería
LOGP Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJAP y PAC Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (30/1992, de 26 de noviembre)
Nº Número
N.U. Naciones Unidas
OIT Organización Internacional del Trabajo
ONG/ONGs Organización No Gubernamental/ Organizaciones No Gubernamentales
Pág./Págs. Página/páginas
PCD Propuesta de Clasificación y Destino
PIT Programa Individualizado de Tratamiento
PNV Partido Nacionalista Vasco
RD Real Decreto
RECPC Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REP Revista de Estudios Penitenciarios
RP Reglamento Penitenciario
RP81 Reglamento Penitenciario de 1.981
RP96 Reglamento Penitenciario de 1.996
RSP Reglamento del Servicio de Prisiones de 1.956
SGIIPP Secretaría General de Instituciones Penitenciarias
SIDA Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida
SSTC Sentencias del Tribunal Constitucional
STC Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS Sentencia del Tribunal Supremo
TC Tribunal Constitucional

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS Tribunal Supremo

TSJ Tribunal Superior de Justicia

TVR Tabla de Valoración de Riesgos

UCD Unión de Centro Democrático

V.I.H. Virus de Inmunodeficiencia Humana

Vol. Volumen

VV.AA. Varios Autores

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| ÍNDICE DE ABREVIATURAS | 3 |
| INTRODUCCIÓN | 13 |
| CAPÍTULO I: ANTECEDENTES JURÍDICOS, POLÍTICOS, SOCIALES Y PENITENCIARIOS DE LA LEY ORGÁNICA..... | 22 |
| 1.- NORMATIVA PENAL Y PENITENCIARIA TRAS LA GUERRA CIVIL..... | 22 |
| 1.1.- El Código Penal de 1.944, la legislación penal especial y la normativa penitenciaria de post-guerra. | 23 |
| 1.2.- Fines de la pena en este periodo | 32 |
| 1.3.- El personal penitenciario y el funcionamiento de los centros | 34 |
| 1.4.- El Reglamento Penitenciario de 1.948..... | 34 |
| 1.4.1.- Finalidad de la reforma, principios generales y estructura..... | 34 |
| 1.4.2.- Régimen de ejecución de penas. Sistema progresivo. Periodos de cumplimiento. El cuarto periodo o libertad condicional. | 40 |
| 1.4.3.- Estructura organizativa de los centros..... | 44 |
| 1.4.4.- Instituciones de Patronato | 45 |
| 2.- TRANSFORMACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES EN LA DÉCADA DE LOS 50 | 47 |
| 2.1.- Las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos. | 49 |
| 2.2.- Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Detenidos | 51 |
| 2.3.- La Ciencia Penal tras la Segunda Guerra mundial | 51 |
| 3.- EL REGLAMENTO PENITENCIARIO DE 1.956..... | 56 |
| 3.1.- Clasificación de los Establecimientos | 56 |
| 3.2.- El Sistema Progresivo. Clasificación en Grados. Redención de penas..... | 57 |
| 3.3.- Régimen Disciplinario | 59 |
| 3.4.- Instrucción, Educación y Asistencia Espiritual. El Trabajo penitenciario..... | 59 |
| 3.5.- Instituciones de Patronato..... | 60 |
| 3.6.- El personal de la Institución | 61 |
| 4.- LA REFORMA PENITENCIARIA DE 1.968..... | 62 |
| 4.1.- Consolidación y cuestionamiento del concepto tratamiento..... | 63 |
| 4.2.- Contenido del Decreto 162/1968, de 25 de enero..... | 64 |
| 5.- CREACIÓN DEL CUERPO TÉCNICO DE II.PP | 74 |

| | |
|--|------------|
| 6.- LA TRANSICIÓN POLÍTICA ESPAÑOLA Y SU REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO | 77 |
| 6.1.-De la pre-reforma de 1.968 al Real Decreto 2.273/1.977, de 29 de julio | 81 |
| 6.2.- El mandato de Haddad Blanco en la Dirección General | 84 |
| 6.3.- Las Órdenes Circulares de la Dirección General de II.PP. | 90 |
| 6.4.- Justificación de la reforma del Reglamento penitenciario | 97 |
| 7.- EL REAL DECRETO 2.273/1.977, DE 29 DE JULIO | 100 |
| 7.1.- Nuevo régimen disciplinario: recompensas y sanciones | 103 |
| 7.2.- Clasificación de los Centros | 107 |
| 7.3.- Comunicaciones y visitas. Salidas al exterior..... | 107 |
| 7.4.- Acceso a libros, periódicos y revistas. Actividades y participación de los internos..... | 110 |
| 7.5.- Trabajo penitenciario y estudios | 111 |
| 7.6.- Garantías jurisdiccionales de los internos..... | 114 |
| 7.7.- Análisis crítico de la modificación reglamentaria | 116 |
| CAPITULO II: ELABORACIÓN DE LA LEY PENITENCIARIA..... | 119 |
| 1.- TRABAJOS PREPARATORIOS | 124 |
| 2.- PRINCIPIOS INCORPORADOS A LA LEY ORGÁNICA | 126 |
| 3- LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978..... | 131 |
| 3.1.- Repercusión de la Constitución en la ejecución penal. El Artículo 25.2..... | 132 |
| 3.2.-La reeducación y la reinserción social proclamados en la Constitución | 136 |
| 4.- CONTEXTO IDEOLÓGICO EN EL QUE SURGE LA LEY | 142 |
| 4.1.-Crisis de la privación de libertad | 142 |
| 4.2.- Cuestionamiento del tratamiento | 149 |
| 4.3.- Políticas y estrategias penitenciarias dominantes | 151 |
| 4.4.- Primeras críticas a la Norma Española | 154 |
| 4.5.- Consideración actual..... | 160 |
| 5.- EL PERSONAL PENITENCIARIO EN LA TRANSICIÓN | 162 |
| CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA LEY ORGÁNICA..... | 168 |
| 1.- EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO..... | 171 |
| 1.1.- Definición legal y fines. El modelo español y los modelos comparados..... | 180 |
| 1.2.- Ejecución. Fases. Métodos. Principios y límites. La voluntariedad | 186 |
| 1.3.- El principio de individualización científica | 199 |
| 1.4.- Los especialistas del tratamiento y la participación de la sociedad..... | 200 |

| | |
|--|-----|
| 1.5.- La Central Penitenciaria de Observación | 204 |
| 1.6.- Evolución del modelo tratamental | 205 |
| 1.7.- Aspectos prácticos de la clasificación conforme al Reglamento vigente | 233 |
| 1.8.- La intervención en el medio penitenciario. Valoración actual. | 247 |
| 2.- EL RÉGIMEN PENITENCIARIO | 252 |
| 2.1.- Organización general | 253 |
| 2.2.- El expediente penitenciario y el protocolo de personalidad | 257 |
| 2.3.- Clasificación interior. Excarcelación..... | 262 |
| 2.4.- Destino y traslado de los reclusos. Especial referencia al art. 12 | 265 |
| 2.5.- Capacidad y dotación de los centros. El principio celular. Otros aspectos (aseo, enseres y pertenencias, alimentación y uniformidad)..... | 270 |
| 2.6.- Vigilancia y seguridad interior | 274 |
| 2.7.- El Régimen en el Reglamento de 1.996..... | 279 |
| 2.8.- Los medios coercitivos en la legislación española vigente..... | 287 |
| 2.9.- La participación de los internos ¿régimen o tratamiento? | 289 |
| 3.-SUBORDINACIÓN DEL RÉGIMEN AL TRATAMIENTO..... | 294 |
| 4.- EL TRABAJO PENITENCIARIO..... | 300 |
| 4.1.- Trabajo y reinserción social..... | 304 |
| 4.2.- Regulación constitucional del trabajo penitenciario. Art. 26 L.O.G.P. Desarrollo reglamentario. | 307 |
| 4.3.- Características del trabajo penitenciario. Clases..... | 313 |
| 4.4.- El trabajo como deber y como tratamiento. Excepciones..... | 317 |
| 4.5.- Otras cuestiones | 323 |
| 5.- LA LABOR ASISTENCIAL EN EL MEDIO PENITENCIARIO..... | 328 |
| 5.1.- El Registro Central de Penados | 330 |
| 5.2.- La asistencia social y su relación con el tratamiento | 331 |
| 5.3.- El personal de asistencia y su organización..... | 336 |
| 5.4.- Seguimiento de la conducta de los internos y liberados condicionales. | 338 |
| 5.5.- Evolución posterior y situación actual..... | 340 |
| 6.- LOS PERMISOS PENITENCIARIOS DE SALIDA | 345 |
| 7.- JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN PENAL | 354 |
| 7.1.- Regulación legal. Competencias..... | 359 |
| 7.2.- El Artículo 77 LOGP..... | 375 |
| 7.3.- Cuestiones orgánicas y procesales..... | 377 |
| 7.4.- Análisis crítico..... | 384 |
| 7.5.- La Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial. ... | 390 |

| | |
|--|------------|
| 7.6.- Recursos de amparo en materia penitenciaria..... | 396 |
| 7.7.- Participación del Ministerio Fiscal | 398 |
| 7.8.- Las reuniones periódicas de los Jueces de Vigilancia | 399 |
| 7.9.- El proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia penitenciaria de 1.997..... | 400 |
| 7.10.- El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria..... | 403 |
| 7.11- Otras cuestiones: La asistencia letrada. Legitimación procesal de la Administración. Las víctimas en los procedimientos penitenciarios | 406 |
| CAPÍTULO IV.- MODIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL Y DESARROLLO DE LA NORMATIVA PENITENCIARIA | 412 |
| 1.- CONTEXTO IDEOLÓGICO DE LAS REFORMAS | 412 |
| 2.- EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1.980..... | 416 |
| 3.- EL REGLAMENTO PENITENCIARIO DE 1.981..... | 421 |
| 3.1.- Aspectos más destacados..... | 422 |
| 3.1.1.- Principios Generales del Título 1º..... | 422 |
| 3.1.2.- El régimen penitenciario | 423 |
| 3.1.3.- Comunicaciones y visitas..... | 426 |
| 3.1.4.- Beneficios penitenciarios. Recompensas y sanciones..... | 427 |
| 3.1.5.- Prestaciones de la Administración | 432 |
| 3.1.6.- El tratamiento penitenciario | 434 |
| 3.1.7.-Organización y funcionamiento de los establecimientos | 434 |
| 3.2.- Análisis crítico..... | 436 |
| 4.-PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1.983. REFORMA URGENTE Y PARCIAL DEL MISMO AÑO. | 438 |
| 5.- REFORMA DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO EN 1.984..... | 442 |
| 5.1.- Contenido de la reforma | 442 |
| 5.2.- Análisis crítico..... | 445 |
| 6.- REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 1.988. BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE 1.990. PROYECTO DE 1.992..... | 446 |
| 7.- EL CÓDIGO PENAL DE 1.995 | 450 |
| 8.- EL REGLAMENTO PENITENCIARIO DE 1.996..... | 452 |
| 8.1.- Elaboración y principales novedades..... | 452 |
| 8.2.- Actualización del concepto tratamiento. Sistemática del Título V..... | 454 |
| 8.2.1.- Criterios generales (Capítulo primero)..... | 456 |
| 8.2.2.- Programas de Tratamiento (Capítulo segundo)..... | 458 |
| 8.2.2.1.- Salidas programadas..... | 458 |

| | |
|--|-----|
| 8.2.2.2.- Grupos en comunidad terapéutica | 459 |
| 8.2.2.3.- Programas de actuación especializada..... | 460 |
| 8.2.2.4.- Programas especializados para internos clasificados en segundo grado | 468 |
| 8.2.2.5.- El tratamiento de los internos en primer grado..... | 469 |
| 8.2.2.6.- Enfermedad mental y prisión..... | 470 |
| 8.3.- Formas Especiales de Ejecución..... | 471 |
| 8.4.- Capítulo III: Formación, cultura y deporte | 474 |
| 8.5.- Capítulos IV y V: La relación laboral especial del trabajo penitenciario y los trabajos ocupacionales no productivos. | 475 |
| 8.6.- Régimen penitenciario | 477 |
| 8.7.- Control jurisdiccional, modelo organizativo y clasificación de los centros. | 480 |
| 9.- REFORMAS PENALES, PROCESALES Y PENITENCIARIAS EN 2.003 ... | 483 |
| 9.1.- La Ley Orgánica 5/2.003, de 27 de mayo..... | 486 |
| 9.2.- Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio..... | 493 |
| 9.2.1.- Cumplimiento íntegro y efectivo de las penas | 497 |
| 9.2.2.- Creación del “periodo de seguridad”. Modificación por Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio | 499 |
| 9.2.3.- Límite máximo de cumplimiento en supuestos de concurso de delitos (Art. 76 C.P.). La acumulación de penas (Art. 78)..... | 504 |
| 9.2.4.- Responsabilidad civil y acceso al tercer grado de tratamiento..... | 509 |
| 9.2.5.- Reforma de la libertad condicional.- | 510 |
| 9.2.6.- Adelantamiento de la libertad condicional: Art. 91.2 | 514 |
| 9.2.7.- Revocación de la libertad condicional | 515 |
| 9.2.8.- Instrucciones penitenciarias dictadas para la aplicación de las modificaciones..... | 516 |
| 9.3.- Modificaciones establecidas por L.O. 15/2003, de 25 de noviembre..... | 518 |
| 9.4.- Nueva modificación de la D.A. 5º de la L.O.P.J. | 524 |
| 9.5.- La reforma procesal penal | 525 |

CAPÍTULO V.- SITUACIÓN PENITENCIARIA ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO. 532

| | |
|--|-----|
| 1.- TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES ACTUALES | 540 |
| 2.- REGULACIÓN PENAL, PROCESAL PENAL Y PENITENCIARIA DE LA EXTRANJERÍA | 555 |
| 2.1.- Evolución de la legislación reguladora de la extranjería | 557 |
| 2.2.- La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Regulación vigente | 572 |
| 2.3.-Traslado de personas condenadas..... | 574 |

| | |
|--|------------|
| 2.4.- Expulsión tras el cumplimiento total de la pena..... | 575 |
| 2.5.- El Artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario de 1.996 | 578 |
| 2.6.- Aspectos penitenciarios y administrativos de la extranjería..... | 580 |
| 3.- DESARROLLO DE LA VICTIMOLOGÍA Y SU INCIDENCIA EN EL MEDIO PENITENCIARIO..... | 587 |
| 4.- LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECCIÓN. PERSPECTIVA ACTUAL..... | 598 |
| 5.- LA COOPERACIÓN EUROPEA EN LA POLÍTICA CRIMINAL. REPERCUSIONES PENITENCIARIAS..... | 606 |
| 6.- NORMATIVA PENITENCIARIA. LUCHA CONTRA EL TERRORISMO .. | 616 |
| 6.1.- Legislación Antiterrorista y repercusión en el medio penitenciario | 617 |
| 6.2.- Los autores de delitos de terrorismo en el Reglamento de 1.996 | 623 |
| 6.3.- Las llamadas “doctrina Parot” y “doctrina Urrusolo” | 629 |
| 7.- EL FICHERO DE INTERNOS DE ESPECIAL SEGUIMIENTO (F.I.E.S.)..... | 641 |
| 8.- MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO POR REAL DECRETO 419/2.011, DE 25 DE MARZO..... | 645 |
| 9.- VIGILANCIA ELECTRÓNICA..... | 648 |
| 10.- NUEVAS RESPUESTAS PENALES Y SU INCIDENCIA EN LA INSTITUCIÓN..... | 654 |
| 10.1.- La pena de localización permanente | 654 |
| 10.2.- La medida de seguridad de libertad vigilada. | 657 |
| 10.3.- La prisión permanente revisable..... | 661 |
| 10.4.- Nueva naturaleza jurídica de la libertad condicional..... | 667 |
| 11.- LA LIBERTAD RELIGIOSA EN PRISIÓN..... | 669 |
| 11.1.- Evolución y situación actual..... | 669 |
| 11.2.- El voluntariado religioso en prisiones | 679 |
| 12.- PROBLEMAS PRÁCTICOS EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA PENAL Y PROCESAL..... | 683 |
| 13.- VICTIMIZACIÓN DEL DELINCUENTE..... | 695 |
| CAPÍTULO VI.- CONCLUSIONES | 699 |
| REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA..... | 728 |

INTRODUCCIÓN

¿Quién no siente la curiosidad por conocer el interior de estas sombrías mansiones rodeadas de altos muros, vigiladas con especial cuidado y aisladas de la ciudad como hospital de enfermedades contagiosas?

¿Quién no desea conocer la vida íntima de esos hombres que la ciudad rechaza, manchados por el crimen y que al par que el de los remordimientos, arrastran el peso de una cadena?

¿A quién no produciría impresión, siquiera sea penosa, entrar en esos patios, en esas cuadras o dormitorios, en esas escuelas y en esos talleres en que pululan, viven y se agitan los héroes del crimen, los que, semejantes a las fieras, han de vivir reclusos, porque su libertad constituye un peligro para la sociedad?

Estas son las primeras preguntas que en el Siglo XIX se formulaba LUQUE PEÑA en su obra “*Cárceles y Presidios del Mundo*”, sintetizando la atracción que el medio carcelario ha ejercido secularmente para los estudiosos del derecho¹.

La manifestación más amplia de la coacción que el Estado puede llegar a ejercer sobre los miembros de la sociedad a la que sirve es, en nuestros días y una vez abolida la pena de muerte, la privación de libertad. Abordamos un ámbito sensible, polémico, necesario y actualmente cuestionado. El encarcelamiento constituye en nuestros días una dolorosa realidad para decenas de miles de hombres y mujeres cuyas consecuencias permanecen indelebles en quienes lo sufren y en todas las personas de su entorno.

Las condiciones actuales de la pena privativa de libertad están establecidas mediante una Ley Orgánica, la más antigua de la actual democracia española, consecuencia de las asunción de las corrientes doctrinales imperantes en el momento de su elaboración y de las

¹ LUQUE DE LA PEÑA, F. *Cárceles y Presidios del Mundo*. España. Establecimiento Editorial de la Viuda de Pedro Font. Barcelona, 1.882. Edición facsímil.

condiciones históricas del periodo en el que se produjo. Que con posterioridad haya servido de modelo inspirativo a numerosas normas de Estados hispanoamericanos y suscitado el interés de toda la doctrina penitenciaria reafirma los planteamientos en los que se sustenta y nos obliga a conocer, con mayor profundidad si cabe, todo lo que encierra.

Como estudiosos del derecho debemos reivindicar la importancia y trascendencia de este sector del Ordenamiento jurídico preterido en su análisis o simplemente ignorado. Todo Estado se dota de un arsenal normativo tendente a la tipificación de los comportamientos antisociales más graves para la ordenada convivencia, determina las sanciones correspondientes a quienes las cometen y diseña un procedimiento que, con las garantías precisas, aplica con rigor las penas predeterminadas a los autores de las conductas delictivas. En consecuencia, el Derecho Penal y el Derecho Penitenciario constituyen un sector trascendente del conocimiento jurídico para regular y garantizar los derechos subjetivos de los presos y condenados y, recogiendo las modernas tendencias victimológicas, satisfacer los intereses y las legítimas expectativas de los afectados por las acciones criminales cuya comisión se ha probado por sentencia condenatoria firme.

Sin embargo, la prestación de escasa o nula atención a la regulación normativa y a la materialización práctica de la ejecución penal y al tratamiento de las víctimas y de los victimarios ha caracterizado la actuación de los diversos operadores jurídicos que evidencia la imperfección e inconclusión del sistema reparador y repersonalizador que, en último término, debe constituir el sistema penal. Como se ha señalado, de esta materia se puede discrepar, pero no ignorar, desenfocar o superficializar.

El estudio de la moderna legislación penitenciaria española es tan apasionante como el conocimiento de su propia y compleja historia. De igual manera, su evolución y transformación en los periodos de la transición a la democracia y consolidación de la Monarquía parlamentaria tiene su reflejo simultáneo intramuros de nuestras cárceles. También el sistema sancionador evolucionó desde un régimen político dictatorial hasta el Estado

social y democrático de derecho actualmente consolidado. Pese a la innegable evolución y transformación producida, la esencia de la privación de libertad constituye una traumática y violenta realidad impuesta para miles de hombres y mujeres, españoles y extranjeros, dentro y fuera del país, por lo que la reafirmación de los postulados abolicionistas que recoge la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica sigue siendo una pretensión irrenunciable y un posicionamiento doctrinal e incluso moral permanente.

Con el fallecimiento del General Franco en el mes de noviembre de 1.975 se inició en España un conjunto complejo de cambios sociales, políticos y jurídicos de evidentes consecuencias prácticas que alcanzan a todas las Instituciones y sectores de la realidad actual. El afianzamiento de un anhelado sistema participativo y la adaptación del Ordenamiento jurídico a los requisitos de los Estados democráticos y sociales occidentales bajo los principios de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político, constituyó un enorme y apasionante reto afrontado con decisión y generosidad por los representantes políticos, responsables de la Administración y operadores jurídicos del momento.

Dentro de las principales preocupaciones sociales de la Transición debemos considerar la tensión extrema vivida en el interior de las prisiones, situación crítica debido a un cúmulo de causas y factores que determinó que este rincón de la sociedad, siempre postergado en el listado de las preocupaciones ciudadanas y políticas, cobrara el máximo interés y fuera objeto de principal atención de los medios de comunicación y de los grupos políticos surgidos al amparo de la nueva legislación, obteniéndose una sorprendente unanimidad en orden a corregir la realidad de palpable injusticia social existente y a colocar a la Ciencia penitenciaria española en el lugar que por tradición y por contexto jurídico le corresponde.

De forma súbita e inesperada surgió el primer gran proyecto de la incipiente democracia para adaptar la normativa a los modernos postulados científicos en la materia. La norma debía servir para transformar la realidad carcelaria consolidada bajo los principios del régimen dictatorial en superación.

El análisis de los antecedentes fácticos, los presupuestos ideológicos sobre los que se sustenta, los trabajos preparatorios y la situación política, social, económica y normativa de los últimos años de la década de los setenta del pasado siglo constituye el objeto de los dos primeros Capítulos de este trabajo. Partimos de la situación surgida con la confrontación fratricida iniciada en 1.936 y la subsiguiente consolidación de un sistema penitenciario durante la dictadura franquista que mantuvo a España alejada de los criterios jurídicos avanzados durante demasiado tiempo, situación tan solo atemperada gracias a la elevada aportación de un notable conjunto de juristas procedentes de diversos ámbitos del saber cuyos planteamientos resultaron esenciales en la orientación dada por la Constitución a la pena de privación de libertad, en la redacción de la primera Ley Orgánica de la democracia y en su sucesivo desarrollo y aplicación.

El Capítulo primero se inicia con el análisis de la evolución de la normativa y de la realidad penitenciaria a lo largo del franquismo. A la situación inicial de estructuración del llamado “Nuevo Estado” que surge en unas condiciones de persecución y castigo de los vencedores sobre los vencidos en la contienda civil responde el Reglamento de 1.948 inspirado en principios cuartelarios y militares, donde la obediencia y el acatamiento de la normativa regimental resultaban incuestionables para la corrección de los reclusos. Bajo estos parámetros, el trabajo obligatorio dentro o fuera de los establecimientos o en los destacamentos creados y la práctica religiosa obligatoria eran las vías establecidas para acceder al sistema de liberación condicionada que conllevaba el seguimiento de la conducta observada en el exterior como forma de control social esencial.

El Reglamento de 1.956 plasma la transformación social y jurídica del país en la década de los 50 y recoge de manera incipiente los principales avances científicos producidos en los países con los que pretendía equipararse, evolución que se profundiza en la reforma de 1.968.

En el siguiente Capítulo resaltamos la crítica situación que debieron afrontar los responsables políticos de la Transición en orden a cambiar la concepción de la reclusión conforme al mandato constitucional recibido en un periodo temporal muy próximo a la redacción de la Ley Orgánica y que

parte de una realidad insostenible e intolerable que obliga a transformar la esencia represora y punitiva de la Institución penitenciaria en fines resocializadores.

De la importancia de la tarea a desarrollar en orden a modificar esta situación anómala y anacrónica dan buena prueba dos realidades presentes en aquel momento: Por un lado, la existencia de una prisión concordataria, la de Zamora, en la que se privaba de su libertad a “*curas rojos y separatistas*” que compartían el imponente edificio que aún existe con reclusos comunes, peligrosos delincuentes, militantes de extrema derecha y terroristas de ETA y GRAPO, cada uno dentro de sus trincheras ideológicas y realidades vitales inigualables. La segunda consideración se refiere al constante lanzamiento de droga por encima de los muros carcelarios ante la impotencia de los funcionarios de vigilancia, envíos que eran recogidos en los patios por reclusos toxicómanos y se destinaban a su tráfico para enriquecimiento de las mafias y perpetuación de las situaciones de denigrante esclavitud consolidadas.

El desafío, decidida y valientemente aceptado, fue superado con notable éxito lo que prueba la inmensa categoría personal e intelectual que cuantos participaron en el proceso de elaboración de la norma, debiéndose destacar la búsqueda del consenso como método aplicado bajo la existencia de unos firmes principios científicos que sirvieron de basamento a toda la obra, siendo estos dos aspectos característicos de la propia Transición política.

Mención especial hemos realizado en el análisis al personal penitenciario en este periodo. La transformación en los cometidos de los empleados de la Institución, su equiparación al resto de funcionarios civiles del Estado, la inequívoca incorporación de la interdicción del uso de armas en el interior y la retirada de las autorizaciones generalizadas a favor de los empleados con entrega de las armas que poseían, la nueva regulación legal de los Cuerpos Especiales masculino y femenino, la dotación de más especialistas en el Técnico junto con la incorporación progresiva de Asistentes sociales, orientaron la ejecución penal hacia los postulados reinsertadores a través de la aplicación del tratamiento.

Esta modificación esencial, como expondremos en las conclusiones del trabajo, es considerada inconclusa en la medida en que nos encontramos con un importante número de trabajadores penitenciarios altamente cualificados cuya aportación a los fines reeducadores entendemos puede ser muy superior.

El Capítulo tercero aborda los aspectos de la Ley Orgánica de 1.979 que calificamos como esenciales. No constituye un exhaustivo análisis de todas sus disposiciones sino que se pretende incidir sobre aquellos que contribuyeron a modificar la realidad penitenciaria de partida y que han determinado su evolución, resaltando los aspectos tratamentales, regimentales, asistenciales y laborales, el asentamiento de un sistema de salidas temporales de manera puntual o regular a través de los permisos, (polémicos en los primeros años de concesión y actualmente imprescindibles para la elaboración de un proceso paulatino de reintegración en la sociedad) y la progresiva implantación de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria, auténtica pieza clave de todo el sistema en orden a conseguir la definitiva salvaguarda de los derechos de los reclusos y la eliminación de las sospechas y dudas que sobre el respeto a los derechos humanos ha pesado sobre la Institución. Nunca, en ningún caso, el maltrato, la humillación, la arbitrariedad o la sumisión pueden fundamentar el cambio en la trayectoria vital de quien ve pisoteada su dignidad bajo la pretensión última de alcanzar su transformación en ciudadanos respetuosos con las más básicas exigencias jurídicas.

En el Capítulo cuarto analizamos las principales modificaciones normativas que se han producido desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica hasta la actualidad. Aspecto fundamental lo constituye la elaboración de un nuevo Reglamento de desarrollo en 1.996, coincidente en su entrada en vigor con el anhelado Código Penal de la democracia, que reinterpreta el concepto tratamiento penitenciario de hondo calado clínico y lo adapta a las verdaderas posibilidades que puede cumplir la prisión.

Descubrimos que en estos 35 años la Institución penitenciaria se ha visto afectada directa e indirectamente por numerosos cambios legislativos que

revelan la evolución del pensamiento penal y criminológico en términos de un endurecimiento generalizado de los planteamientos dogmáticos en orden a aplicar la privación de libertad en más ocasiones y con mayor duración como respuesta a la comisión de determinados hechos antisociales.

Estas modificaciones normativas, asumidas desde los primeros años del presente siglo en nuestro Ordenamiento jurídico y cuestionadas por un sector relevante de la doctrina científica, son empleadas como primera respuesta ante la creciente demanda de seguridad por parte de sectores mayoritarios de la sociedad que cuentan con una amplia cobertura en los medios de comunicación bajo diferentes formatos. De forma paralela y paradójica, la prisión se ve sometida a un progresivo cuestionamiento como instrumento válido para procurar la reintegración en la sociedad de quien la padece.

En el quinto Capítulo procedemos a reseñar las principales situaciones que se han ido produciendo tanto en la realidad política y social de nuestro país como en la propia Institución y que nos permite considerar que, pese a la apariencia externa de que nada cambia en el interior de las prisiones, nos hallamos ante una organización muy sensible a la evolución de la colectividad a la que sirve, siendo fiel reflejo de su complejidad. En un contexto interrelacionado y cambiante cualquier mutación de la realidad tiene su repercusión intramuros que merece ser considerada.

La llegada en aluvión de población extranjera (que motiva en parte el incremento exponencial del número de internos), los resultados alcanzados en la lucha contra el terrorismo interno y el papel fundamental que la llamada política penitenciaria ha tenido para lograr su control, la expansión de grupos de delincuentes organizados o la preparación de acciones por individuos violentos de carácter religioso radical y su proliferación en las cárceles son realidades relevantes que merecen nuestra atención.

Resoluciones judiciales novedosas como el establecido con carácter retroactivo para abonar los beneficios penitenciarios en supuestos de pluralidad delictiva que pretendieron corregir acortamientos notables de condena (la llamada “*Doctrina Parot*”) y la incidencia que la sentencia de

la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido y que consolida el principio de irretroactividad del Derecho penal en aplicación del de legalidad; o el establecido por el Tribunal Constitucional que posibilitó el cómputo de idénticos periodos de privación de libertad como prisión preventiva o como cumplimiento efectivo en responsabilidades distintas también son cuestiones abordadas en esta obra en la medida en que han supuesto o constituyen situaciones novedosas.

El desarrollo tecnológico alcanzado, impensable en 1.979, posibilita la aplicación de medidas de control telemático y el surgimiento de nuevos derechos en este ámbito o la afectación de los fundamentales constitucionalmente reconocidos en lo referido a la privacidad de los reclusos y los límites de la intervención de los poderes públicos por medios electrónicos también son analizados como parte integrante de la evolución en este intervalo temporal en cuestión.

En prueba de la evolución social y cultural que ha caracterizado este periodo, hemos incluido un apartado concreto relativo a una de las cuestiones que tradicionalmente han incidido con especial relevancia en el medio carcelario: la religión y sus manifestaciones externas. Nos hallamos ante un ámbito que durante décadas ha dividido y enfrentado a la sociedad española, problema presente en el momento de elaborar la Constitución y la Ley penitenciaria bajo la denominación de “*la cuestión religiosa*”. Si la práctica forzada de actos de culto de la confesión católica fue uno de los elementos definidores de los primeros años de la dictadura, la voluntariedad y pluralidad caracterizan la realidad actual; tránsito efectuado en términos de normalidad y respeto que hemos querido abordar como ejemplo claro del proceso de aplicación de la normativa creada en orden a renovar la realidad carcelaria y adecuarla a los valores proclamados.

No hemos querido obviar la progresiva extensión de otras respuestas penales que inciden sobre la libertad deambulatoria de las personas cuya finalidad se encuentra en el control físico de los penados aplicadas para dar satisfacción a las crecientes demandas sociales en materia de seguridad y que inciden en el cuestionamiento de la validez de la prisión para la consecución de la reinserción de todos los penados. También

contemplamos la creciente participación de las víctimas en la ejecución penal cuya regulación ha culminado con la aprobación reciente de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito que traspone al ordenamiento interno diversa normativa europea y aglutina en un solo texto legislativo su catálogo de derechos y satisface una demanda social evidente.

En el Capítulo de conclusiones (sexto) pretendemos aportar una visión crítica de la Ley Orgánica General Penitenciaria, símbolo de la inteligencia, generosidad y amplitud de miras de los que la elaboraron y del interés que mantiene el estudio del momento político en que se produjo y cuyo primer gran valor es el rango normativo concedido al texto que prueba la sensibilidad y preocupación de quienes la hicieron posible y de la sociedad española en general.

Más de tres décadas después, podemos afirmar que esta Ley principal constituye una aportación esencial a la Ciencia Penitenciaria y es referente de una forma ordenada y serena de afrontar las cuestiones prácticas más acuciantes. Por estas mismas razones, la Ley ha permitido adaptarse y dar respuestas adecuadas a la cambiante realidad, deviniendo un instrumento válido para afrontar el inevitable fenómeno de la delincuencia y mantenerla bajo unos índices aceptables en términos de convivencia.

Finalmente debemos reconocer la extraordinaria aportación que en su génesis y aplicación han tenido tanto personalidades de altísimo nivel científico como un amplio conjunto de hombres y mujeres pertenecientes a la Administración y a la Judicatura que, con su trabajo diario abnegado y desconocido, han posibilitado la dignificación de este medio y la transformación de la realidad a través de la aplicación del derecho.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES JURÍDICOS, POLÍTICOS, SOCIALES Y PENITENCIARIOS DE LA LEY ORGÁNICA

La configuración de un sistema político en manos de un Gobierno fruto del golpe de Estado militar implantado tras el periodo de Guerra civil española en un contexto pre-bélico mundial (al que sirvió de ensayo y modelo probatorio) constituye el punto de origen para interpretar la legislación penitenciaria reciente con el conocimiento de sus antecedentes que procedemos a analizar en este Capítulo.

1.- NORMATIVA PENAL Y PENITENCIARIA TRAS LA GUERRA CIVIL

Señala JIMÉNEZ DE ASÚA que el Régimen que se impuso al pueblo español al triunfar la insurrección iniciada en 1.936 mantuvo en vigor el Código Penal republicano de 1.932. Aunque no se derogó, sí se dictaron algunas disposiciones correspondientes a los criterios del llamado “*Nuevo Estado*”².

Durante los tres años de confrontación fratricida coexistieron diversas disposiciones en una y otra zona que tenían carácter circunstancial, sin vocación de perdurabilidad y solamente comprensibles en un contexto excepcional marcado por el conflicto bélico vivido. A partir de la derrota definitiva del ejército republicano y con la instauración de un entramado político totalitario, se articuló el sistema punitivo del Estado que ha condicionado y determinado, en algunos aspectos, la legislación española actual.

La dictadura franquista tuvo una aplicación práctica inminente en el ámbito penal porque de ello dependía, junto a otros factores de carácter internacional, su propia supervivencia. La instauración de un sistema controlado de convivencia y de obediencia a la normativa promulgada constituyó, sin duda, el fundamento de su subsistencia al margen de la

² JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: Tratado de Derecho Penal. Tomo I. 4ª Edición, Ed. Losada. Buenos Aires (Argentina) 1.977. Pág. 809.

lógica imperante en los países de nuestro círculo jurídico y cultural hasta la mitad de la década de los setenta del siglo pasado.

1.1.- El Código Penal de 1.944, la legislación penal especial y la normativa penitenciaria de post-guerra.

Asentada la situación social, el ordenamiento penal se configura en torno al Código Penal de 23 de diciembre de 1.944 y de Justicia Militar de 17 de julio de 1.945, además de diversas leyes especiales que permitieron el conocimiento y castigo de la mayor parte de los muy numerosos “*delitos políticos*” a causa de la escasa amplitud de las libertades públicas en el régimen, pese a su reconocimiento formal y abstracto en el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1.945, que se proclamaba en su exposición de motivos como “*Texto fundamental definidor de los derechos y deberes de los mismos y amparador de sus garantías*”.

El Código de 1.944 mantuvo la pena de muerte (no como pena única, a diferencia del Código de Justicia Militar) y la complicada escala de penas de privación de libertad que había establecido el Código liberal moderado de 19 de marzo de 1.848. determinaba la aplicación de la pena en cada caso conforme a la gravedad del hecho cometido, según los tradicionales principios retribucionistas, aunque recogió e incorporó diversas figuras que respondían a principios de prevención que atienden a la personalidad del delincuente (como la suspensión condicional de la condena, el sistema progresivo, la libertad condicional y la redención de penas). El modelo es estructural y sustancialmente el mismo que el implantado por el legislador de 1.870 y 1.932. Se produce, sin embargo, un endurecimiento de la represión canalizado tanto por la vía del incremento punitivo de las conductas base como por la adenda de una serie de preceptos procedentes de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1.941.

La Ley de Orden Público fue promulgada el 28 de julio de 1.933 y modificada para adaptarla al Fuero de los Españoles por Decreto de 18 de octubre de 1.945, eliminando del texto las alusiones que se hacían a las instituciones republicanas vigentes en la fecha de su promulgación. Su contenido, eminentemente gubernativo, se desarrollaba bajo la inspiración

de una teoría gradual de estados, con respecto a las alteraciones del orden público que se trataban de reprimir y que van desde los estados de normalidad, pasando por el de prevención y de alarma hasta el estado de guerra. Se regulan unos tribunales ad hoc, llamados de urgencia, y la determinación de cierta clase de delitos que, dado su carácter ocasional, como productores de la situación de desorden público y el atacar al régimen de vida social, son privativos de la Ley.

De esta forma, determinado si un hecho se hallaba tipificado en el Código Penal vigente y analizado si el mismo era contrario al orden público, su conocimiento era atraído, sin posibilidad contraria alguna, a los Tribunales de Urgencia y sin que en oposición a esta sumisión al fuero de excepción u ocasional cupiese recurso alguno.

Respecto a las Leyes de Responsabilidad Política, se ha señalado:

“Producido el Alzamiento Nacional de 18 de julio de 1.936 y consiguientemente, al proceso de su desarrollo, la dominación de una gran parte del territorio imponía, dado su carácter político, el adoptar una medida, tan rígida como lo requerían las circunstancias de la lucha entablada, que al propio tiempo que se abatían los enemigos en el frente se les desarmara en la retaguardia, eliminando así el peligro seguro de su actividad y al propio tiempo el resarcimiento de los daños inherentes a la lucha”³.

En este contexto se dictó la Ley de 9 de febrero de 1.939, que pretendió, según señala su exposición de motivos

“Liquidar las culpas de este orden contraídas por quienes contribuyeron con actos u omisiones graves a forjar la subversión roja, a mantenerla viva durante más de dos años y a entorpecer el triunfo, providencial e históricamente ineludible, del Movimiento Nacional...”.

Esta norma fijaba la responsabilidad política de las personas físicas o jurídicas que desde el 1º de octubre de 1.934 y antes del 18 de julio de 1.939

³ JIMÉNEZ ASENJO, E. *Manual de Derecho Penal Especial*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1.950. Pág. 113.

intervinieron en crear o agravar la subversión nacional, y de las que, a partir de ese momento, se opusieron al Movimiento Nacional con actos concretos o pasividad grave. Como señala BARBERO SANTOS esta Ley castigaba retroactivamente determinadas conductas políticas; los tipos carecían de la menor precisión -como reconocía el mismo preámbulo- al manifestar:

*“Los actos y omisiones que dan lugar a la exigencia de responsabilidades políticas se enumeran con la amplitud necesaria para que resulten comprendidas todas las actuaciones que, a juicio del gobierno, son merecedoras de castigo”*⁴.

Los tribunales estaban compuestos por representantes del Ejército, Magistratura, y Falange.

A la citada norma le siguió la Ley de 19 de febrero de 1.942, sobre reforma de la de Responsabilidades Políticas, caracterizada por la reducción de los supuestos acusatorios de la Ley y por una integración mayor del enjuiciamiento de las responsabilidades en el sistema jurisdiccional ordinario. Finalmente, el Decreto de 13 de abril de 1.945 declaró *“caducada la vigencia de las leyes de 9 de febrero de 1.939 y la de 19 de febrero de 1.942, en cuanto se refiere a la incoación de nuevos procedimientos de responsabilidades políticas”*. En lo sucesivo, las responsabilidades nacidas de delitos serán exigidas por los Tribunales ordinarios.

Es preciso hacer referencia a Ley de Vagos y Maleantes, aprobada en el periodo republicano por Ley de 5 de agosto de 1.933 y desarrollada por el Reglamento de 3 de mayo de 1.935. La legislación española acogió las medidas penales imperantes en Europa buscando luchar contra la delincuencia profesional y habitual como parte esencial del movimiento total de reforma penal.

Esta normativa, que seguía los postulados dualistas dominantes en Europa, declaraba en *“estado peligroso”* a vagos habituales, rufianes y proxenetes, a los que no justificaran la posesión o procedencia de dinero o efectos que se

⁴ BARBERO SANTOS, M. *Política y Derecho Penal en España*. Tuscar Ediciones. Madrid, 1.977. Pág. 69.

hallaren en su poder o que hubiesen entregado a otros para su inversión o custodia, a mendigos profesionales y los que vivieran de la mendicidad ajena o explotando a menores de edad, enfermos mentales o lisiados, a los que explotasen juegos prohibidos o cooperasen con los explotadores, a ebrios y toxicómanos habituales, a los que ocultaren su verdadero nombre, disimularen su personalidad o falsearen su domicilio, extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión de territorio nacional, observaren conducta reveladora de inclinación al delito y especuladores o estraperlistas.

La Ley establecía medidas de seguridad privativas de libertad consistentes en internado en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola y en establecimiento de custodia o aislamiento curativo en casas de templanza.

Respecto a la normativa penitenciaria, las reformas iniciadas en las prisiones españolas fueron muy relevantes durante el periodo iniciado el 14 de abril de 1.931. Figura significativa de la Segunda República la constituye Victoria Kent, nombrada Directora General de Prisiones, siendo Ministro de Justicia Fernando de los Ríos bajo la Presidencia del Gobierno de Alcalá Zamora⁵.

Durante el breve periodo de tiempo en el que ocupó esta responsabilidad (de 19 de abril de 1.931 a 8 de junio de 1.932) realizó una importante labor reformista correccionalista caracterizada por el incremento de los derechos de los reclusos, la mejora de las condiciones de vida en las cárceles y la profesionalización del personal penitenciario. En este último ámbito destaca la creación mediante Decreto de 24 de octubre de 1.931 de la Sección femenina auxiliar del Cuerpo de prisiones destinada al servicio en las cárceles de mujeres, ya que hasta entonces eran religiosas (Hijas de la Caridad) las que prestaban la labor de asistencia y vigilancia. Esta Sección actuaba bajo la dependencia de los funcionarios del Cuerpo de Prisiones, que siguieron siendo los encargados de la dirección y administración de los

⁵ Respecto a la importancia de la llegada a la Dirección General de Victoria Kent: GARCÍA VALDÉS, C. *Introducción a la Penología*. 2ª edición. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 1.982. Pág. 115. Este autor difundió su obra y figura en su tesis doctoral considerándola como personalidad destacable del penitenciarismo español. También IBÁÑEZ PICAZO, C. “*Victoria Kent, una jurista republicana en la Dirección General de Prisiones (1.931-1.932)*”. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 257. Secretaría General de II.PP. Madrid, 2.014. Págs. 33 a 119.

establecimientos, así como los responsables de la disciplina interna. Como ha señalado GARCÍA VALDÉS:

“Como punto de partida, Victoria Kent, asumiendo los ideales humanistas de Concepción Arenal o Dorado Montero, estimaba que la reforma del sistema penitenciario en España era una de las grandes tareas que debían acometerse, y, por ello, de inmediato comenzó a adoptar decisiones que modificaron los puntos más negros de la sociedad carcelaria española.”
“Idea motriz de esta reforma eran entender que, de la misma manera que había que proteger a la sociedad de la comisión de actos delictivos, había también que proteger a los presos frente a los nocivos efectos de la prisión. Para ello, aquellas medidas de mejora material de las prisiones, fueron completadas con otras decisiones que tendían a superar las disfuncionalidades del propio régimen penitenciario. En este sentido quiero destacar ahora la instalación de buzones para que los reclusos pudieran hacer llegar directamente sus reclamaciones a la Dirección General (suprimiendo la mediación de funcionarios de los que Victoria Kent no albergaba el mejor concepto); el establecimiento de la libertad de culto en las cárceles; la organización de conferencias y actividades culturales en prisión; o la libertad de recibir toda clase de prensa en prisión (con las únicas excepciones de los presos incomunicados y los corregidos con aislamiento celular)”⁶.

A Victoria Kent le sucede Vicente Sol, produciéndose una ruptura de los planteamientos iniciados. Prueba de ello lo constituye la Circular de la Dirección General de Prisiones de fecha 14 de junio de 1.932 en la que se afirmaba:

“El problema de las prisiones ha evolucionado hoy en su esencia, y más que la obra científica de la corrección y reforma del hombre delincuente, constituye al día su fin primordial la función de seguridad y aislamiento del hombre peligroso”⁷.

⁶ GARCÍA VALDÉS, C. *“Semblanza Política y Penitenciaria de Victoria Kent”*. Derecho Penitenciario (escritos, 1.982-1.989). Ministerio de Justicia. Madrid, 1.989. Págs. 38 y 39.

⁷ Publicada en La Gaceta de Madrid, número 171 de 19 de junio de 1.931. Pág. 2.027.

Se ha considerado que la reforma carcelaria permaneció pendiente durante varias décadas desde la fecha señalada, quedando inicialmente inconclusa por la propia dimisión de la Directora general derivada de la falta de apoyo político en la situación inestable vivida y, con posterioridad, por el advenimiento del régimen franquista⁸.

A la finalización de la Guerra Civil, la legislación penitenciaria estaba constituida por un conjunto complejo de normas jurídicas de distinto rango y ámbito de aplicación que en esencia pueden sistematizarse en el Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobado en 1.930, que constituía el grueso de la legislación penitenciaria española y que se completaba con diversas normas de ámbito variado⁹. Este Reglamento derogó el de 24 de diciembre de 1.928 y mantuvo el sistema progresivo de ejecución de penas, regulando con minuciosidad los diferentes periodos de la condena¹⁰.

Previo a la Guerra civil, especial relevancia tuvo, por su carácter humanitario, el Decreto de 22 de marzo de 1.932 otorgando la libertad condicional a los septuagenarios que con buena conducta ofrecieran garantías de hacer vida honrada en libertad.

Todas estas disposiciones, junto con un conjunto de órdenes y circulares del mismo periodo¹¹ siguieron los postulados del Código Penal de 1.932 en el que se establece, como objetivo de las penas *“la defensa social, con predominio de la prevención general y proporcionadas a la gravedad del delito”* y, en su ejecución, *“Las penas privativas de libertad se ejecutarán*

⁸ Sobre este periodo KENT SIANO, V. *“Las Reformas del Sistema Penitenciario durante la Segunda República”*. Historia 16. Extra VII. 1.978. Madrid, 1.976. Págs. 101 a 112. Respecto a la trascendencia de su obra: GARGALLO VAHAMONDE, L. *El Sistema Penitenciario de la Segunda República. Antes y después de Victoria Kent (1931-1936)*. Secretaria General Técnica del Ministerio del Interior. Madrid, 2.011.

⁹ GARRIDO GUZMÁN, L. *Compendio de Ciencia Penitenciaria*. Universidad de Valencia. 1.976. Pág. 122 donde señala: *“Este Reglamento que aunque tuvo pocas innovaciones tuvo el mérito de subsistir hasta 1.948, pasando por tres situaciones políticas muy dispares: Monarquía, República y Régimen nacido el 18 de julio de 1.936”*.

¹⁰ GARRIDO GUZMÁN, L. *Compendio de Ciencia Penitenciaria*. Universidad de Valencia, 1.976. Pág. 123: *“El Reglamento de 1.930 es técnicamente superior a los anteriores, escrito en lenguaje más claro y preciso, con algunos retoques que revelan una acentuación del sentido humanitario, pero carece de grandes innovaciones con respecto a sus antecesores.”*.

¹¹ Por ejemplo, la Orden de 13 de mayo de 1.931 ordenando retirar de los establecimientos penales los grillos, hierros y cadenas de sujeción y la Circular de 30 de noviembre de 1.931 disponiendo que los gastos de viaje de los penados libertos fueran costeados por la Administración.

conforme al sistema progresivo, teniendo por últimos períodos el de libertad intermedia y el de libertad condicional. La Administración penitenciaria podrá reducir la condena en casos de relevante corrección. La ejecución de la pena se propondrá la reforma del delincuente”.

Desde un punto de vista jurídico, este momento inicial del Periodo franquista lo marca el Decreto de 22 de noviembre de 1.936, que implicó la derogación por parte del emergente Estado de la legislación republicana anterior y el restablecimiento en toda su integridad del Reglamento penitenciario de 1.930. Desde esta fecha se sucedieron una serie de disposiciones que endurecieron las condiciones de vida de las personas presas y reclusas¹².

Una de las instituciones consideradas más características del nuevo régimen fue la redención de penas por el trabajo, que no constituyó un innovación absoluta en la legislación española y extranjera ya que contaba con el precedente de las rebajas de penas reconocidas por el Código Penal de 8 de junio de 1.822 (artículos 144 y siguientes) y la Ordenanza General de los Presidios del Reino de 14 de abril de 1.834 (artículos 303 y siguientes); mencionada asimismo en el artículo 252 del Real Decreto de 5 de mayo de 1.913 sobre organización del personal, régimen y funcionamiento de las prisiones y asimilable a los bonos de cumplimiento de condena previstos en el artículo 174 del Código Penal de 8 de septiembre de 1.928. De forma semejante, existen diversas figuras similares en el derecho comparado¹³.

Esta institución, que une trabajo y expiación, posee evidentes precedentes mediatos históricos¹⁴ y fue dotada de un claro contenido político en el periodo analizado. Así, concebida desde un prisma apostólico y cristiano

¹² TÉLLEZ AGUILERA desvela la existencia de un anteproyecto de ley de prisiones de 1.938 inspirado en los postulados del Nacional-sindicalismo de la Falange y en el movimiento de Defensa social. TÉLLEZ AGUILERA, A. “*La proyectada Ley de Prisiones de 1.938 y la figura de D. Federico Castejón. Historia de un conato legislativo*”. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 257. Secretaría General de II.PP. Madrid, 2.014. Págs. 9 a 31.

¹³ Sobre la evolución histórica de esta Institución RENART GARCÍA, F. *La Libertad Condicional: Nuevo régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.003. Págs. 37 a 53.

¹⁴ ORTEGO COSTALES considera un precedente de la redención de penas una Ley de los Reyes Católicos de 22 de junio de 1.497. ORTEGO COSTALES, J. “*El Trabajo en las Prisiones*”. Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, 55, octubre 1.949. Pág. 8

(como se señala en su propia denominación)¹⁵, permitió que los condenados vieran descontada su condena por la realización de trabajo efectivo y la observancia de buen comportamiento, aplicándose por el Patronato de Nuestra Señora de la Merced, Organismo dependiente del Ministerio de Justicia¹⁶. Prueba de ello se muestra en los dos primeros artículos de su regulación:

“Se concede el derecho al trabajo a los prisioneros de guerra y presos por delitos no comunes en las circunstancias y bajo las condiciones que a continuación se establecen. Aquellos prisioneros y presos podrán trabajar como peones, sin perjuicio de que, por conveniencias del servicio, puedan ser utilizados en otra clase de empleo o labores en atención a su edad, eficacia profesional o buen comportamiento, todo ello a juicio de sus respectivos jefes (...), abstracción hecha de los prisioneros y presos sobre los que recaen acusaciones graves”.

Esta reducción de condena se vincula con el derecho al trabajo formalmente reconocido a todos los españoles, que como principio básico declarado en el punto 15 del programa de F.E.T. y de las J.O.N.S., indica

“No ha de ser regateado por el nuevo Estado a los prisioneros y presos rojos, en cuanto no se oponga, en su desarrollo, a las previsiones que en orden a vigilancia merecen quienes olvidaron los más elementales deberes del patriotismo”.

Los establecimientos de regeneración dependían del Ministerio de Justicia y seguían un sistema progresivo en la concesión de libertades en relación

¹⁵ GONZÁLEZ SÁNCHEZ. “Sentido Teológico de la redención de penas por el trabajo”. Revista de la Escuela de Estudios penitenciarios, N° 26, mayo-1.947. Págs. 28 y ss. También: MORENO MONCHOLÍ. “Nuevo horizonte de la redención de penas por el trabajo”. Revista de Estudios Penitenciarios, 161, abril-junio 1.963. Págs. 325 y ss.

¹⁶ “Hoy, que España emprende la reconquista espiritual de aquellos españoles que nos fueron arrebatados de la propia Patria por la violencia y el engaño de las fuerzas anticristianas y abre un cauce generoso para la Redención de la pena de aquellos otros que, desengañados, quieren sinceramente incorporarse a la gran comunidad familiar de todos los españoles, vuelvan también los ojos a todos los principios de piedad y de fe y a su tradición mariana, para que la ayuda del cielo haga fecundos los esfuerzos de nuestra buena voluntad”. (Exposición de motivos de la Orden de 27 de abril de 1.939 por el que se instituyó a Nuestra Señora de la Merced Patrona del Cuerpo de Prisiones, del Patronato Central y Juntas Locales para la Redención de las Penas por el Trabajo. (Boletín Oficial del Estado N° 122. 2 de mayo de 1.939. Pág. 2.383)).

con el tiempo cumplido y el comportamiento¹⁷. Las instituciones reeducadoras eran los campos de concentración con aplicación de trabajos agrícolas e industriales en los terrenos contiguos de la prisión de Burgos; la casa de trabajo de Alcalá de Henares y otro de custodia en la Prisión Central del Puerto de Santa María.

Desde un punto de vista práctico, la redención de penas pretendía cumplir un papel de estímulo a la buena conducta y al esfuerzo laboral de los penados por el poder de atracción de la sustanciosa rebaja de condena a que daba lugar, esfuerzo que fue aprovechado para la reconstrucción nacional, la realización de obras públicas, la erección de monumentos y otros trabajos penosos en los años de posguerra¹⁸. La medida no cumplió enteramente la finalidad a que se destinaba, puesto que hubo que aplicar las libertades condicionales anticipadas¹⁹ y finalmente un indulto general, el de 9 de octubre de 1.945, para vaciar las prisiones de los culpables de “*delitos políticos*” cometidos durante la guerra, indultos que se repitieron en numerosas ocasiones a lo largo del régimen de Franco²⁰.

Estos indultos generales, concedidos por medio de Decretos, se fundamentaron en acontecimientos religiosos relevantes (Congreso Eucarístico, Año Mariano...) o la conmemoración de otros sucesos (“*exaltación*” de Franco a la Jefatura del Estado, la Paz española de la posguerra y otros motivos análogos), afectando junto a otras sanciones penales, administrativas y de naturaleza laboral y sindicales, a penas privativas de libertad impuestas en aplicación del Código Penal y del

¹⁷ El sistema comprendía tres periodos: observación y preparación (con la finalidad de que los peligrosos perdieran el recuerdo de que lo fueron), mixto (con incorporación a la vida común) y finalmente de adaptación, en el que podrían ocupar puestos de confianza en el establecimiento y las retribuciones que se señalaran. Sobre el ejercicio de gracia en este periodo: JIMÉNEZ ASENJO, E. *Manual de Derecho Penal Especial*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.950. Pág. 304.

¹⁸ BUENO ARÚS, F. “*Las Prisiones Españolas desde la Guerra Civil hasta nuestros días*”. Historia 16. Extra VII. Madrid, Octubre 1.978. Págs. 113 a 138.

¹⁹ Leyes de 4 de junio de 1.940, 1 de octubre de 1.940, 1 de abril de 1.941, 16 de octubre de 1.942 y 30 de marzo de 1.943.

²⁰ LINDE PANIAGUA, E. *Amnistía e Indulto en España*. Ed. Tucur, Madrid, 1.976.

Código de Justicia Militar, sucediéndose, como hemos señalado, de manera reiterada²¹.

1.2.- Fines de la pena en este periodo

Los postulados dominantes en el periodo analizado se decantan claramente hacia una función correccionalista y retributiva de la pena. La memoria redactada por el Patronato Central de Redención de Penas, referida al primer año de actuación, es aún más profundo en el alcance otorgado a esta finalidad. Puede leerse:

“La nueva España quiere mantener el carácter aflictivo de la pena frente a las falsas y sensibleras teorías de quienes vieron en el delincuente un enfermo o una víctima de la sociedad desordenada. Y esto por tres razones: la primera, porque a la Autoridad le incumbe inexcusablemente el deber de vindicar la justicia ultrajada, la segunda, porque el dolor es inherente esencialmente a la naturaleza moral del castigo; y la tercera, porque solo un castigo de esta clase engendra escarmiento y ejemplaridad. Pero el nuevo Estado español no se limita a guardar el orden externo (...) sino que, ejerciendo imperio misional sobre los individuos, se constituye en servidor de los valores eternos de cada ciudadano (hasta el extremo) de que aquel penado que no manifieste su enmienda con una conducta intachable y con actos positivos de disciplina y de acatamiento exterior, permanecerá, por lo menos, hasta el final de la condena.”

²¹ Los indultos generales concedidos en el periodo franquista fueron: Decreto del Ministerio de Justicia 9 de octubre de 1.945 (para delitos de rebelión militar). Decreto del Ministerio de Justicia de 17 de julio de 1.947 (por ratificación de la Ley de Sucesión). Decreto del Ministerio de Justicia de 9 de diciembre de 1.949 (por motivo del Año Santo). Decreto del Ministerio de Justicia de 1 de mayo de 1.952 (con ocasión del Congreso Eucarístico). Decreto del Ministerio de Justicia 25 de julio de 1.954 (con motivo del Año Mariano y Jubileo Jacobeo). Decreto de Presidencia de 31 de octubre de 1.958 (con motivo de la exaltación al Solio Pontificio del Papa Juan XXIII). Decreto de Presidencia de 11 de octubre de 1.961 (con motivo de la conmemoración del XX Aniversario de la exaltación del Caudillo a la Jefatura del Estado). Decreto de Presidencia de 24 de junio de 1.963 (con motivo de la exaltación al Solio Pontificio de S.S. Paulo VI). Decreto de Presidencia de 1 de abril de 1.964 (con motivo de los XXV años de Paz española). Decreto de Presidencia de 22 de julio de 1.965 (con motivo del Año Jubilar Compostelano). Decreto de Jefatura del Estado de 23 de septiembre de 1.971 (con motivo del XXXV aniversario de la exaltación de Franco a la Jefatura del Estado). Decreto de Presidencia del Gobierno de 15 de noviembre de 1.975 (con motivo de la Proclamación de Su Majestad D. Juan Carlos de Borbón como Rey de España).

Existe un carácter espiritual y trascendente en las medidas establecidas en esta legislación del periodo inicial de la dictadura que se consolidará en lo sucesivo y que traslada a la normativa penitenciaria la estrecha vinculación del régimen franquista con la religión. Se puede afirmar la existencia de un indudable paralelismo entre la superación del pecado como forma de salvación que sirve de soporte e inspiración al régimen y la expiación de la culpa de quien cometiere delitos. Prueba de lo señalado lo encontramos en las palabras del que fuera Jefe Superior del Cuerpo de Prisiones, Fernando Sánchez Montero, quien estableció:

“La asistencia espiritual de reclusos enfermos y los que se hallen en capilla corresponde (...) a los Capellanes. Sin embargo, en uno u otro caso puede coadyuvar al éxito de tan sublime asistencia los Funcionarios de vigilancia y custodia. Es indudable que este personal, por su mayor permanencia con los reclusos, llega a merecer cierta confianza o familiaridad para aquéllos y, por tanto, puede, en momentos de indecisión, inclinarlos favorablemente al bien. Teniendo en cuenta la trascendencia de su actuación en tales casos, el guardián de servicio en enfermería, tan pronto conozca la gravedad de algún recluso enfermo, dará cuenta a sus superiores, para que éstos, con tiempo suficiente, puedan avisar al Capellán, a efectos de su asistencia, debiendo en todo enfermo de consideración hacer labor preparatoria, con el fin de que se vea el modo de conseguir la salvación de su alma”²².

En el mismo sentido el 153 del Reglamento provisional para el régimen interior de los batallones de trabajadores señala:

“El triunfo o éxito completo, a que se debe aspirar, del Glorioso Movimiento de Liberación Nacional, llevada a cabo por el Ejército, con la adhesión de la inmensa mayoría del Pueblo, en todas sus clases, no podrá considerarse alcanzado, mientras al vencimiento militar del enemigo no siga lo más inmediatamente posible, su total convencimiento de la bondad y justicia de la Causa nacional, recuperando para España, en la integridad

²² SÁNCHEZ MONTERO, F. *Régimen de las Prisiones. Prácticas de Servicios*. Talleres Penitenciarios. Alcalá de Henares, 1.942. Pág. 62.

de sus funciones individuales, no sólo materiales, sino también de orden espiritual, el mayor número posible de aquellos hijos perdidos para ella y en contra suya, entregados en cuerpo y alma, totalmente esclavizados al perverso marxismo internacional”.

1.3.- El personal penitenciario y el funcionamiento de los centros

El mantenimiento del orden y la disciplina en los establecimientos requirió el reclutamiento de nuevo personal de vigilancia y custodia bajo un esquema de funcionamiento de estructura claramente militar. La procedencia y sesgo ideológico de los nuevos empleados en estas misiones resulta determinante en la orientación y sentido de la pena a cumplir en los centros penitenciarios y lugares de reclusión, alcanzando a los mismos las depuraciones que todos los ámbitos de la función pública se produjeron.

En cuanto a la selección del personal, se convocó un concurso de provisión de plazas mediante Decreto de 26 de enero de 1.940 para “*guardianes*” entre individuos y clases de la Guardia Civil, Carabineros y demás cuerpos armados de más de 45 años de edad. Tras cinco años de ejercicio el dicho puesto, podrían optar a plazas de oficiales de la sección técnico-auxiliar del Cuerpo de Prisiones. Con ello se dio por cerrada la fase de depuración de la administración de prisiones, medida necesaria y superadora de la situación anterior en la implantación y consolidación de un sistema totalitario como el analizado²³.

1.4.- El Reglamento Penitenciario de 1.948

1.4.1.- Finalidad de la reforma, principios generales y estructura

El ordenamiento penitenciario anterior a 1.948 se nutrió de múltiples disposiciones que hicieron inefectivo el Reglamento de Prisiones de 1.930. Como ha señalado GARCÍA VALDÉS,

²³ HERNÁNDEZ HOLGADO, F. “*Carceleras encarceladas. La depuración franquista de las funcionarias de Prisiones de la Segunda República*”. Cuadernos de Historia Contemporánea 27. 2.005. Págs. 271-290. Respecto al carácter militar de los empleados RAMOS VAZQUEZ, I. “*La Administración Civil Penitenciaria: militarismo y administrativismo*”. Anuario de Historia de Derecho Español. Tomo 82. Ministerio de Justicia. Madrid, 2.012. Págs. 472 a 520.

*“Hasta que un nuevo Reglamento del Servicio de Prisiones no entrase en vigor, como el texto unificado y refundido de 1.948, la postguerra no puede darse por terminada en materia penitenciaria”*²⁴.

El 5 de marzo de 1.948 y tras dictarse diversas normas de contenido amplio, (destacando el Decreto de 18 de mayo de 1.940, de creación de la Escuela de Estudios Penitenciarios, el Decreto de 23 de noviembre de 1.940, que otorgaba expresamente el beneficio de la redención de penas al “esfuerzo intelectual” y la Orden de 24 de marzo de 1.944 que concertaba las normas de organización y funcionamiento del Servicio de Libertad Vigilada, para presos “ideológicos”, beneficiarios, por indulto, de libertad condicional), se promulga un Reglamento penitenciario cuya finalidad principal, según su exposición de motivos era

*“Responder a la necesidad de unificar tan diversas disposiciones; dejar sin efecto otras que tuvieron su origen en circunstancias de excepción, ya pasadas; facilitar a los funcionarios la aplicación de los preceptos reglamentarios, evitándoles tal confusión; incorporar a la reglamentación de Prisiones los principios del nuevo Estado en materia de redención de penas por el trabajo, institución que ha tomado carta de naturaleza en la vigente legislación penal, y dar, por último, un rigor científico al régimen penitenciario español, con arreglo a las más avanzadas doctrinas, que miran al delincuente como persona humana, susceptible de regeneración, mediante un tratamiento penitenciario fundado en principios de caridad cristiana que lo alejen del peligro de la reincidencia”*²⁵.

Estos fundamentos quedan bien confirmados en el Art. 1 al señalar:

“Las Instituciones Penitenciarias que en este Reglamento se regulan, constituyen Centros destinados no sólo a la retención y custodia de los detenidos, presos y penados, sino también y primordialmente, a realizar

²⁴ GARCÍA VALDÉS, C. *Régimen Penitenciario en España (investigación histórica y sistemática)*. Instituto de Criminología de Madrid, Madrid. 1.975. Págs. 50-51.

²⁵ Exposición de motivos del Decreto de 5 de marzo de 1.948, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prisiones, publicado en el Boletín Oficial del Estado desde el 15 de mayo hasta el 9 de junio de ese año.

sobre ellos una labor transformadora y redentora, con arreglo a los principios y orientaciones de la Ciencia Penitenciaria”.

El artículo 2º estableció:

“La organización de los Establecimientos Penitenciarios se establecerá sobre la base de un régimen de trabajo, instrucción y educación que, compatible con una disciplina sólida y profundamente humana, se mantendrá mediante un adecuado sistema de recompensas y castigos”.

Se compuso de tres Títulos (*“Régimen y disciplina de las Prisiones”, “Administración y Contabilidad”, “Del personal de las Prisiones”*), divididos en capítulos y estos en artículos, con un total de 677, estando en vigor hasta la elaboración del Reglamento de 2 de febrero de 1.956. Pese a los sus postulados formales y considerando el periodo histórico señalado, resulta indudable que las prisiones cumplían misiones más defensistas y custodiales que reformadoras, siendo esta la nota predominante del Reglamento.

La disciplina tenía matices castrenses y constituía la primera y práctica única finalidad de la privación de libertad, en la que participaban incluso los propios reclusos que, bajo de denominación de *“auxiliares de régimen”* o *“destinos”* ejercían funciones disciplinarias sobre sus compañeros, herederos de los *“cabos de varas”, “mitad presidiario sometido a la cadena y uniformado al igual que sus compañeros y, mitad funcionario público, con sus galones, distintivo de autoridad, y su vara, medio de represión.”*, en palabras de SALILLAS Y PANZANO²⁶ y descritos con perfección literaria en las novelas de Tomás Salvador Espeso. Las sanciones eran especialmente duras y los reclusos carecían de mecanismos jurídicos de recurso frente a las resoluciones de la administración.

Pese a las referencias expresas, se carecía de toda noción sobre la observación y el tratamiento científicos. El sistema penitenciario progresivo era rígido: se pasaba de grado en grado y de establecimiento en establecimiento, atendiendo a la parte de condena extinguida y no a datos

²⁶ Según señala TOMÁS Y VALIENTE, F. *“Las Cárceles en el Sistema Penitenciario de los Borbones”*. Revista Historia 16. Extra VII. Madrid, 1.979. Pág. 87.

relativos a la persona. Incluso para la libertad condicional se atendía a la naturaleza del delito cometido, con preferencia a la consideración de otros factores. Este sistema progresivo se vincula directamente con los postulados decimonónicos instaurados en España que, sin embargo, constituyeron en su momento un importante avance en la praxis penitenciaria internacional²⁷. Así lo destaca GARCÍA VALDÉS cuando, refiriéndose a aquel periodo, señala

“La doctrina extranjera del momento, en país europeo alguno, jamás alcanzará la talla de un Salinas o un Cadalso, por citar a los mejores. Y ello será, para aquélla, una rémora permanente e insalvable, motivo de distancia. El pensamiento reformista de los penitenciaristas hispanos va construyendo un sistema que se adelanta al tiempo, en originalidad, en imaginación, sentido común, compromiso y progresiva humanización. Cada vez que vuelvo a su investigación, éste es mi más claro, maduro y firme convencimiento”²⁸.

Los edificios del momento eran frecuentemente antiguos castillos o monasterios y fortalezas militares que, pese a las obras de adaptación, impedían el necesario aislamiento nocturno y una mínima clasificación aceptable. Por su parte, la arquitectura penitenciaria era la clásica construcción radial o de estrella, típica de las macro-prisiones²⁹.

²⁷ Respecto a los sistemas progresivos, CUELLO CALÓN, E. *La Moderna Penología*. Ed. Bosch. Barcelona, 1.958, Pág. 323. Analiza el origen de este sistema penitenciario en la Inglaterra de la primera mitad del siglo XIX y recoge la extraordinaria difusión que se produjo del mismo en Europa. Cita a Tarde y Prins como principales seguidores del mismo al eliminar los graves perjuicios del sistema celular completo y la antihumana regla del silencio del auburnés, resaltando la pérdida paulatina del rigor del régimen penal que acerca al penado a la libertad y a la vida social, habituándole a éstas. Igualmente, CUELLO CALÓN ya refleja que en los últimos años se ha iniciado un movimiento de desvío de este sistema. Cita la ordenanza alemana de ejecución penal de 22 de julio de 1.940 como norma que abandona este sistema y resalta su decadencia en Suecia desde la entrada en vigor de la Ley de ejecución de penas de 24 de diciembre de 1.945. Resalta su simplificación en Dinamarca (orden de 10 de mayo de 1.947) y su práctica desaparición en Inglaterra. Ello le lleva a afirmar que *“después de la crisis del sistema celular hoy existe una crisis del sistema progresivo.”* (Pág. 324).

²⁸ GARCÍA VALDÉS, C. *Del presidio a la prisión modular*. Ópera prima editorial. Madrid, 2.009. Pág. 15.

²⁹ Respecto a la importancia de la edificación penitenciaria, es preciso hacer referencia a la obra de TÉLLEZ AGUILERA, A. *Los Sistemas Penitenciarios y sus Prisiones*. Ed. Edisofer, S.L. Madrid 1.998.

Desde un punto de vista cronológico, tras la excarcelación por cumplimiento de condena o medida de gracia, la asistencia post-penitenciaria era totalmente inexistente. Solamente el estigma, la vergüenza y la persecución marcaban el devenir vital de los excarcelados y de sus familiares y allegados.

El Capítulo III del primer Título establecía los principios básicos de convivencia en los Centros. Así, se señalaba:

“Se guardará y mantendrá una inquebrantable disciplina, tanto por parte de la población reclusa, como por la del personal del Cuerpo de Prisiones, encaminada a sostener a todo trance, pero dentro de un sentido humano y cristiano, el prestigio del mando y los principios de autoridad, pudiendo emplear en último extremo y si fuese menester, el uso personal de la fuerza de las armas para imponerse a los reclusos.”

Los funcionarios, durante la práctica de los servicios tenían

“Prohibido hablar de cuestiones ajenas a aquellos y sostener conversaciones innecesarias entre sí, comentar en cualquier sentido órdenes o hechos referentes a la Prisión o a otros Establecimientos, mucho menos delante de los reclusos, sostener familiaridades con ellos, tutearles, designarles con calificativos o apodos que no fueran sus nombres y apellidos, debiendo presentarse con el decoro y aseo personal debidos y estando obligados a evitar formas, posturas o incorrecciones que desdigan de la función educadora que les están encomendadas.”

Los reclusos debían prestar obediencia y ejecución inmediata a las órdenes e instrucciones que recibían de sus Jefes *“sin resistirlas, discutir las ni censurarlas directa o indirectamente”*.

El orden en los centros tenía una clara escenificación de tipo militar. Cuando penetraran en el interior de los Establecimientos elevadas Autoridades civiles, militares o eclesiásticas, el Director General de Prisiones, altos jefes del Centro directivo o del Cuerpo Especial de Prisiones que por su categoría, clase administrativa o a causa de la función ejercida

merecieran esta distinción, así como el Director de alguna Institución Penitenciaria,

“Además de los toques de corneta correspondientes, según el cargo, se podrían en pie descubiertos y en actitud de firmes todos los reclusos si estuviesen sentados, parándose en el acto en el sitio en el que se encontraren, si estuvieren paseando o dedicados a sus faenas, permaneciendo en esta correcta postura hasta que se les ordenase la reanudación de sus ocupaciones”.

Esa misma actitud de firmes, descubiertos y en pie observarían todos los reclusos al dirigirse a un funcionario o cuando, al ser llamados por éste, llegaren a su presencia. Al pasar un Funcionario por locales o dependencias en los que hubiera reclusos todos se levantarían y saludarían los que se encontrasen a prudencial distancia cediéndole al propio tiempo el paso. La práctica de las formaciones del contingente recluso se realizaba a la ida y al regreso de los paseos, talleres, comida, escuela, recuentos y para la asistencia a misa. En general, la formación se adoptaba como norma en todos los servicios que requería la traslación de un punto a otro de la Prisión de más de tres reclusos.

La formación al toque de oración era preceptiva en todas las prisiones. Durante el mismo los reclusos debían permanecer en silencio, descubiertos y firmes y los funcionarios al frente de sus secciones respectivas, en actitud de firmes también, con la mano derecha sobre la visera de la gorra. Terminada la oración comenzaba el desfile por secciones, hasta los departamentos, con los respectivos funcionarios al frente. En las Prisiones celulares, el toque de oración se realizaba con los internos situados a las puertas de las respectivas celdas, y los funcionarios en sus puestos en la misma actitud.

Desde el punto de vista religioso, la asistencia a misa durante los domingos y días de precepto era obligatoria para todos los vocales de la Junta de Régimen y Administración, presididos por el Director, así como todos los funcionarios de servicio. Igualmente lo era para todos los presos excepto de aquellos que constara su no pertenencia a la Religión Católica.

En estos supuestos, y a los fines de silencio, compostura y orden como reverencia al acto que se celebraba, y por consideración a la población católica, permanecían bajo la vigilancia de un funcionario en dependencia concreta, estableciéndose una lectura moral que duraba todo el tiempo de la ceremonia religiosa.

El artículo 43 preveía la represión con todo rigor cualquier demostración externa que significara irreverencia o burla de la creencia religiosa, pero sobre todo el proferir blasfemia por parte de quien fuese, cuyo hecho, además de ser constitutivo de delito, determinaba la imposición de correctivos reglamentarios, pudiendo quedar inhabilitado para obtener los beneficios de la libertad condicional y de redención de penas por el trabajo.

La vigilancia exterior de los Establecimiento correspondía al Ejército, Guardia Civil o Policía Armada.

1.4.2.- Régimen de ejecución de penas. Sistema progresivo. Periodos de cumplimiento. El cuarto periodo o libertad condicional.

El Capítulo IV trataba el llamado régimen de ejecución de las penas. En su primer artículo (55), señalaba:

“En todos los Establecimientos Penitenciarios, cualquiera que sea la índole de su condición, el cumplimiento de las penas se ajustará al sistema progresivo que mediante la observación de las cualidades físicas, morales, psíquicas y psicotécnicas del penado, y basado en la obligatoriedad del trabajo o el aprendizaje de oficios, conduzca a la reeducación moral, física e instrucción del delincuente.”

El proceso de clasificación se realizaba una vez existiese sentencia condenatoria mediante una ficha en la que se recogía el informe penológico, bio-psicológico, médico-criminológico, pedagógico correccional, moral, de información social y psicotécnica, conforme al juicio de observación que desde su ingreso en la Prisión le hubieran merecido al Director, Subdirector, Capellán, Médico y Maestro.

Los periodos establecidos en el Reglamento de 1.948 eran cuatro:

1°.- El primero estaba presidido por el régimen celular, era de observación y preparación del delincuente para su educación penitenciaria posterior y había de sufrirse por los penados no políticos a quienes les faltase más de tres años para su liberación, en la Prisión Central de Observación. Los otros penados de menor condena lo sufrían, conforme a su propia literalidad, en las prisiones a las que fueren directamente destinados.

2°.- El segundo era de actividad laboral, bien como aprendizaje de un oficio concordante con las disposiciones y aptitudes del sujeto, o de perfeccionamiento del que tuviera aprendido. A este fin se le destinaba a un taller, a una colonia agrícola penitenciaria o a un destacamento, según los casos y se realizaba vida completa de comunidad, sin mezclarse con los del tercer periodo en las horas nocturnas.

En este periodo permanecían hasta la mitad de la extinción de la condena, teniéndose en cuenta para este cálculo el tiempo deducido por el beneficio de libertad condicional y el de redención de penas por el trabajo, como si realmente se les hubiera aplicado.

Para el pase del segundo al tercer período penitenciario, además de buena conducta y aplicación al trabajo, aprendizaje de un oficio o interés en aprenderlo, debían saber leer y escribir en forma corriente, y conocer las verdades fundamentales de la Religión Católica, sin cuyo requisito no se podía conceder el ascenso de periodo, siempre que no se tratara de deficientes mentales o de individuos que hubieran pasado de la edad escolar. En caso de mala conducta, cabía la posibilidad de retroceder al periodo anterior.

3°.- El tercero lo absorbía la readaptación social y la preparación para la vida en libertad, dedicando el tiempo a los trabajos menos penosos, pudiendo disfrutar de comunicaciones orales y escritas todos los domingos y días festivos. Los internos estaban llamados a desempeñar los cargos de auxiliares de régimen y destinos. Esto les permitía, en exclusiva, realizar trabajos en el exterior de los edificios, siempre que no se tratara de reincidentes o habituales peligrosos o cuando, a juicio de las Juntas de Régimen y Administración, no merecieran la suficiente garantía de

seguridad y conducta. En caso de mala conducta, cabía la retrocesión al segundo periodo o al primero. Para las mujeres se exigía que, además de la instrucción social y religiosa, tuvieran similares conocimientos en costura o labores, o un oficio adecuado que les permitiera subvenir a sus necesidades a la salida de la prisión.

4º.- El cuarto era el correspondiente a la situación de libertad condicional corriente o en conexión con la redención de penas por el trabajo, y duraba hasta la total extinción de la pena. Su regulación se establecía en el artículo 98 del Código Penal y podía concederse a los penados sentenciados a más de un año de privación de libertad que hubiera extinguido las tres cuartas partes de la condena y se encontraran en el tercer periodo, bien por extinción natural o en conexión con la redención de penas por el trabajo, siempre que fueran acreedores a dicho beneficio por pruebas evidentes de intachable conducta y ofrecieran garantías de hacer vida honrada en libertad como ciudadanos pacíficos y laboriosos.

Excepcionalmente, se preveían la libertad condicional a favor de los penados que hallándose en prisión cumpliesen la edad de setenta años, cualquiera que fuera el tiempo de condena que les hubiera sido impuesto y el que llevaran en prisión extinguido.

La formulación de estos expedientes de libertad condicional correspondía a las Juntas de Régimen y Administración, elevándose sus propuestas a las Comisiones Provinciales de Libertad Condicional³⁰. Elevados los expedientes a las Comisiones Provinciales, se formulan la correspondiente propuesta para remisión a la Sección de Libertad Condicional de la Dirección General de Prisiones, y si estuviese conforme con las disposiciones legales y reglamentarias, dicha Sección lo elevará al Patronato

³⁰ Según el Art. 73, las Comisiones Provinciales de Libertad Condicional estaban constituidas en las capitales de Audiencia Territorial por el Presiente de ésta, que lo era también de la Comisión; los siguientes Vocales: El Fiscal de la Audiencia, El Presidente de la Audiencia Provincial y el Presiente de la Junta Local del Patronato de Nuestra Señora de la Merced para la Redención de Penas por el Trabajo. En las Comisiones donde no existía Audiencia Territorial, se formaban bajo la Presidencia del Presidente de la Audiencia Provincial y eran Vocales el Fiscal, el Magistrado más antiguo y el Presidente de la Junta Local del Patronato de Nuestra Señora de la Merced para la Redención de Penas por el Trabajo. Cuando hubiera que formular propuesta a favor de las Jurisdicciones de Guerra, Marina o Aire, formaban parte un Auditor o Delegado de los Cuerpos Jurídicos militares Actuaba como vocal secretario el Director de la Prisión provincial.

Central de Nuestra Señora de la Merced, que si lo estimara procedente, realizará la propuesta de libertad, que sería elevada al Consejo de Ministros, por conducto del de Justicia, para la resolución definitiva por medio de Orden Ministerial.

El periodo de libertad condicional duraba todo el tiempo que al liberado le faltase para cumplir su condena, siendo causas de revocación:

- a) La reincidencia o reiteración en el delito, que llevaba aparejada la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, debiéndose esperar en este caso a la existencia de nueva sentencia.
- b) Mala conducta, considerándose esta el no presentarse en el lugar señalado para residir.
- c) No presentarse a la Junta correspondiente de Libertad Vigilada el día reglamentario, o ausentarse de la localidad sin autorización oficial.

La aprobación por los Tribunales de las propuestas de libertad definitiva hacía, en términos legales, libres a los liberados condicionales.

El trabajo penitenciario intramuros tuvo su organización en 1.946 en el que se publicó el Reglamento de Trabajos Penitenciarios mediante Decreto de 8 de febrero. De esta manera, se van creando determinados espacios especializados en diversos trabajos en función del tipo de taller creado. Sirva de ejemplo los de la prisión de Valencia, donde trabajaron los artistas en la nueva imagen oficial del régimen, el de Alcalá de Henares, cuya carpintería dotó de crucifijos a todas las escuelas y centros oficiales del país y su imprenta se constituyó en la principal sede de las artes gráficas estatales donde se editaron catecismos, pastorales, memorias públicas y *“Redención”* (*“el periódico de los presos y sus familias”*).

Los reclusos que realizaban trabajos por cuenta del Estado devengaban como salario las sumas correspondientes al importe de su alimentación, sobrealimentación y entrega en mano, así como el importe de la asignación familiar a que tuviesen derecho hasta el límite del salario señalado por las bases que lo regulaban. El salario obtenido era destinado a contribuir a su sostenimiento, al pago de las responsabilidades civiles, a la atención de sus

familiares de él dependientes cuando fuesen necesitados, a un fondo de ahorros y a la entrega en mano.

El producto de trabajo de los penados acogidos al régimen de redención de penas era recaudado, administrado y distribuido por el Patronato de Redención de Penas por el trabajo.

1.4.3.- Estructura organizativa de los centros

La estructura organizativa que establecía el Reglamento de 1.948 giraba en torno a las Juntas de Régimen y Administración presididas por el Director y compuestas por el Subdirector, el Capellán, el Médico, el Maestro de mayor categoría y antigüedad y la Superiora de la Comunidad de Religiosas en las Prisiones en que estuvieren establecidas. Las funciones eran amplísimas en todos los ámbitos:

“Adoptar las medidas de prevención o represión que se juzguen indicadas en cada caso o cuando existiera peligro de perturbación del orden dentro del establecimiento, acordar el avance y retroceso de los penados en los distintos periodos, conceder recompensas e imponer correcciones disciplinarias, proponer la concesión de redención de penas por el trabajo, establecer las normas de aplicación del tratamiento a los reclusos, con carácter de individualización, basadas en el estudio particular y científico del delincuente, proponer el traslado a la Central de Inadaptados y a las Instituciones Asiladoras, Hospitalarias, Sanatoriales o Psiquiátricas, elevar las propuestas de Libertad condicional (a las comisiones provinciales de Libertad Condicional) y de Redenciones definitivas de penas (al Patronato Central de Nuestra Señora de la Merced), oír las peticiones y quejas de los reclusos, cursadas por los conductos reglamentarios, y adoptar las medidas que se estimen procedentes, intervenir, fiscalizar y aprobar las marcha de todos los servicios administrativos de la Prisión, la formulación de presupuestos y su realización, las cuentas, los estados de contabilidad, fomentar el ejercicio del trabajo como base primaria del régimen, dispensar a los reclusos protección moral, prestándoles la ayuda o tutela que pudieran precisar en casos determinados, bien aisladamente o en sus relaciones familiares”.

1.4.4.- Instituciones de Patronato

El Capítulo XVI reguló los sistemas de protección y tutela de los presos y penados y de sus familias necesitadas, y el patrocinio de los liberados condicionales y definitivos. Su principal finalidad era la de colaborar a la obra de regeneración y reforma de los delincuentes para completar en ellos los efectos del régimen penitenciario y readaptarlos a la vida honrada, prestándoles la tutela y apoyo preciso para ser apartados del peligro de la reincidencia. Además y no debemos olvidarlo, constituían un instrumento de control eficaz del comportamiento una vez obtenida la excarcelación.

Estas Instituciones oficiales eran el Patronato de Nuestra Señora de la Merced para la Redención de Penas por el Trabajo, el Patronato Nacional de San Pablo para Presos y Penados y el Servicio Nacional de Libertad Vigilada. Desde un análisis crítico y sometido al contexto político y social de la época, se ha considerado por GÓMEZ BRAVO, que

“Con ellas se va cerrando el panorama de la institucionalización penitenciaria, dotando a la Obra de Redención una consideración de solución global al problema de los presos y la manifiesta intención del tradicionalismo de usarlo como puente hacia su tareas moralizadora de la sociedad y de las costumbres”³¹.

Como se ha señalado, el Patronato Central y las Juntas Locales para la Redención de Penas por el Trabajo se crean por Orden de 27 de abril de 1.939, mientras que el Patronato Nacional de Presos y Penados de España por Decreto de 26 de julio de 1.943.

El momento indicado para el cumplimiento de sus fines se producía con su excarcelación, considerándose la necesidad de dispensarles amparo, colocación, ayuda a sus familias y los medios o recursos que precisaran para poder iniciar una vida honrada y de trabajo en libertad. Para ello se crea el 20 de septiembre de 1.943 el Servicio de Libertad Vigilada.

³¹ GÓMEZ BRAVO, G. “El Desarrollo Penitenciario en el Primer Franquismo (1.939-1.945)” Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea Nº 6. Edición digital (2.006).

Tras los primeros indultos y excarcelaciones el Régimen se dota de un sistema de vigilancia y control en línea con sus planteamientos autoritarios. En la Exposición de motivos se establece:

”La generosidad del Gobierno Nacional aprueba una serie de disposiciones para liquidar, con sentido cristiano y patriótico, las consecuencias trágicas de la subversión marxista que han colocado como obligado corolario de las mismas a un gran número de personas en la situación jurídica de libertad condicional”.

La regulación del Servicio de Libertad Vigilada persigue dos objetivos fundamentales: proporcionarles “*tutela y amparo*” sin perder de vista “*la fiscalización de sus actividades para encauzarlas por seguros derroteros hacia el bien y el provecho patrio*”.

El Servicio dependía de la Dirección General de Prisiones, observando la política social de los indultados a los que fueron condenados por el delito de rebelión por los Tribunales Militares, quedando con carácter permanente en el Patronato un Auditor General del Ejército y un Auditor General de la Armada. Los servicios de información facilitarían a los propios organismos vinculados a la redención y la libertad vigilada, si suponían alteración alguna del orden público, tanto la excesiva concentración de indultados en determinadas localidades como sus movimientos geográficos. Una Comisión Central del Ministerio de Justicia fue el órgano superior del que dependerían las Juntas Provinciales y Locales³².

Las Juntas Provinciales se localizaban en cada capital, estando presididas por un funcionario judicial de designación ministerial, el director del establecimiento penitenciario, el comisario jefe de Policía, el jefe de la Guardia Civil, un representante de la Diputación y otros de la Junta contra el paro, el jefe de la Inspección de Trabajo y el delegado sindical provincial. Las Juntas locales reproducían la misma estructura. El conducto previsto para la información seguía la articulación piramidal basada en el

³² Presidida por el Subsecretario del Ministerio e integrada por los Directores Generales de Prisiones, Seguridad, Guardia Civil, Falange, el Capitán General de la Iª Región, un representante de la Obra Sindical de lucha contra el Paro y el Jefe de Servicio de Colocación del Ministerio de Trabajo.

conocimiento del poder local hacia el Gobernador Civil y de allí a la Comisión ministerial. La capital de provincia debía centralizar el registro de los liberados condicionales, su conducta político-social así como su ocupación, familiares y amistades.

Para este control se crea una Tarjeta de Libertad Vigilada, que se entregaría al preso a la salida de prisión, con sus datos de filiación, fotografía y huellas dactilares. Era diseñado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y la de Seguridad, *“que servirá a todos los efectos de documento nacional de identidad, sin que exhibiéndola pueda ser molestado en el ejercicio de su vida normal”*.

Las iniciativas particulares de personas o entidades que pretendieran realizar labor de patrocinio solamente tenían cabida cuando se llevaran a cabo a través de alguna de las instituciones oficiales señaladas y previa autorización de los servicios centrales.

2.- TRANSFORMACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES EN LA DÉCADA DE LOS 50

Veinte años después de la insurrección militar, el Régimen franquista se había consolidado en la sociedad española y comenzaba a cobrar una relevancia internacional insospechada hasta el momento.

En el ámbito interno surge una desconocida oposición interna: jóvenes universitarios acomodados, sin relación con la clase trabajadora ni con los vencidos en el conflicto fratricida que no podían ser reprimidos con la misma dureza que se aplicaba a los obreros y a los excombatientes republicanos. La importancia de este cuestionamiento ha sido puesta de relieve por numerosos autores³³ que resaltan que de aquéllas aulas universitarias de los cincuenta saldrían los líderes del cambio democrático de los setenta (tanto reformistas del franquismo como opositores) y, por

³³DE DIEGO GONZÁLEZ, ÁLVARO. *1.956. Cambio de Futuro*. Unidad Editorial S.A. Madrid, 1.998.

otro, la respuesta oficial a la crisis acabaría demostrando la incapacidad del Régimen para perpetuarse una vez desaparecido Franco³⁴.

La economía está a las puertas de transformarse en profundidad. Recuperado el nivel de renta per-cápita previo a la contienda civil, se supera el carácter autárquico y rural del sistema productivo y se expanden los sectores secundarios y terciarios de la economía de manera sustancial. Esto determina una eclosión demográfica en la década de los sesenta que elevará notablemente la ocupación penitenciaria producida en las cárceles en los años posteriores a la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria³⁵.

La lenta apertura al mundo exterior se va marcando por diversos hitos. Los más relevantes son la firma del Concordato con la Santa Sede de 1.953, la ratificación del Tratado de Colaboración y Amistad con Estados Unidos de 16 de septiembre del mismo año y la incorporación a las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1.955.

Respecto al primero de ellos, por la importancia que la cuestión religiosa ha tenido en la historia de nuestro país y en la esencia misma de la prisión, debemos señalar que las relaciones entre España y la Santa Sede durante los primeros años del franquismo no fueron fáciles, pese al importante apoyo ofrecido por el General Franco a la Iglesia Católica. La persecución religiosa llevada a cabo en la zona republicana no determinó un inicial apoyo claro y determinante al Régimen surgido³⁶. En este contexto, Pío XII apoyó la firma de nuevos Convenios con el Estado español en el momento en el que se fraguaba la condena del régimen de Franco en las Naciones

³⁴ Respecto a la influencia de estos cambios sociales en el ámbito penitenciario MAPELLI CAFFARENA, B. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra) 2011. Págs. 97 a 99.

³⁵ Sobre el incremento de reclusos producido en las prisiones españolas tras la entrada en vigor de la LOGP, ANDRÉS LASO, A. “Veinticinco Años desde la Aprobación de la Ley Orgánica 1/1.979, General Penitenciaria, primera norma con este rango de la democracia española”. Revista Jurídica de Castilla y León. Junta de Castilla y León. Valladolid, 2.003. Págs. 85 a 121.

³⁶ MARQUINA, A. “La Iglesia de España y el Régimen de Franco (1939-1975)” ALDEA, QUINTÍN y CÁRDENAS: *Manual de Historia de la Iglesia. Tomo X. La Iglesia del Siglo XX en España, Portugal y América Latina*. Ed. Herder. Barcelona, 1.962. Pág. 343; donde se resalta la preocupación de la Santa Sede por los planteamientos expeditivos en temas religiosos, la alarma con la que se fue acogiendo la creciente influencia de la Italia fascista y de la Alemania nazi en la Falange y las instituciones del nuevo Estado y la represión a los vencidos.

Unidas. Así se abre un prolongado periodo de negociaciones que culmina con la firma del Concordato el día 27 de agosto.

2.1.- Las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos.

En 1.945, después de quedar al descubierto los horrores y exacciones cometidos durante la IIª Guerra Mundial, se inicia un proceso de internalización de los derechos humanos con la firma el 26 de junio de 1.945, en San Francisco, de la Carta de las Naciones Unidas. Se instaura una cultura jurídica pactista en reconocimiento y defensa de los derechos del hombre, con hondas raíces en diferentes textos internos previos, que suponen un llamamiento claro a la superación de la violencia en las relaciones entre los pueblos y personas. Se puede hablar de un renacimiento humanista con fundamento en la Ilustración que tendrá una amplia influencia entre los sectores críticos surgidos respecto al Régimen español en consolidación, tanto en el interior como en el extranjero.

Después de la traumática experiencia para la humanidad culminada en la Segunda Gran Guerra, Naciones Unidas, en su 3ª Sesión de la Asamblea General, aprobó la Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptada el 10 de diciembre de 1.948, inspirada en la formulación Francesa de 1.789 y su filosofía.

Especial trascendencia para la ejecución penal tienen algunas de sus disposiciones. Así, el Artículo 5 de la Declaración establece que nadie será sometido a la tortura, ni a penas o tratos crueles o degradantes. El artículo 9 señala que nadie puede ser detenido arbitrariamente. El artículo 11.1 estipula que toda persona acusada es un presunto inocente y que se le tienen que asegurar las garantías necesarias a su defensa. Se tratan de simples declaraciones sin posibilidad de reconocimiento a través de mecanismos internacionales de control, pero que inspiran la actuación de los Estados democráticos occidentales y se incorporan a su acervo jurídico y postulados internos.

Para reforzar la Declaración y conseguir para los derechos que tutela una fuerza vinculante indiscutible, la Comisión de Derechos Humanos quedó

encargada de elaborar una definición posterior. En 1.951, la Asamblea General decidió que se articulasen en dos convenios. Terminada la labor de la Comisión en 1.955, inició la Asamblea la discusión de los proyectos, cuyo resultado final han sido dos convenios adoptados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1.966 con el nombre de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siendo este completado por un Protocolo facultativo.

El Estado español no podía permanecer al margen de esta corriente filosófica y jurídica de repercusión trascendental, teniendo su traslación inmediata a las estructuras del sistema penal y al ámbito penitenciario. Los principios reconocidos supusieron una referencia hacia los que avanzar en la legislación y en la realidad cotidiana y un ámbito de análisis y conocimiento de primera magnitud para una emergente clase intelectual resurgida tras los duros años del primer franquismo. Dentro de este grupo crítico y preparado debemos encuadrar a los jóvenes juristas en formación que con posterioridad asumieron la misión de transformar la legislación y la realidad penitenciaria nacional bajo estos principios ius-filosóficos.

En el ámbito regional, el Consejo de Europa proyectó en 1.949 el mantenimiento y la ampliación de realizaciones en el campo de los derechos humanos, siendo este aspecto requisito ineludible para la admisión de miembros. La Convención se firmó el 4 de noviembre de 1.950, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1.953, cuando fueron depositados diez instrumentos de ratificación.

El artículo 19 previó la creación de una Comisión y de una Corte de Derechos Humanos “*para asegurar la observancia de los compromisos asumidos por las Altas Partes Contratantes*”, haciéndose uso también del Comité de Ministros, órgano gubernamental existente en el Consejo de Europa. Este fue, sin duda, el gran éxito de la Convención, estableciendo un procedimiento que, varios años después, ha permitido a los individuos demandar incluso a su propio gobierno.

2.2.- Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Detenidos

Entre los innumerables textos destinados a proteger los derechos de una categoría particular de individuos, se puede señalar la Resolución 663 CXXIV, de 31 de julio de 1.957, con la que el Consejo Económico y Social aprobó el conjunto de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Detenidos y Recomendaciones relativas a ello. Redactado por la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria fue adoptado el 30 de agosto de 1.955, cuando se celebró el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Previsión del Crimen y el Tratamiento del Delincuente³⁷.

Naciones Unidas estableció una serie de normas a las que tienen que referir los regímenes penitenciarios. Estas Reglas no tuvieron por objeto describir detalladamente un “*sistema penitenciario modelo*” (artículo 1º), sino que se limitan a “*estimular el esfuerzo constante que tiende a superar las dificultades prácticas que se oponen a su publicación*” (artículo 2). Se tuvo por objetivo proteger los derechos durante los periodos de detención y promover en favor de los privados de libertad un tratamiento fundado en ideas de progresividad y readaptación social. No constituyeron, en modo alguno, un catálogo de derechos instituidos a favor de las personas encarceladas, jurídicamente protegidos y con instancias de salvaguarda en caso de vulneración.

Dos años más tarde, el Consejo Económico y Social en su vigésimo cuarto periodo de sesiones (1.957), al aprobar por Resolución 663 C ese conjunto de Reglas Mínimas, recomendó a los gobiernos “*su adopción y su aplicación en la administración de los establecimientos penitenciarios y correccionales.*”

2.3.- La Ciencia Penal tras la Segunda Guerra mundial

Durante la primera mitad del Siglo XX se produjo un importante debate fruto del surgimiento del Positivismo. La consolidación de la Criminología como disciplina empírica, científica, se halla estrechamente unida al

³⁷ La Fundación sucedió a la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria creada en 1.876. Esta Comisión había elaborado en 1.933 un conjunto de reglas para el trato de los detenidos, conjunto ratificado en 1.934 por la Sociedad de Naciones pero que careció de análisis y aplicación posterior.

positivismo criminológico y, en particular, a la Scuola Positiva italiana, surgida a mediados del siglo XIX como reacción a la Escuela Clásica. Como señala GARCÍA PABLOS DE MOLINA se contribuyó a la consolidación y defensa del nuevo orden social burgués que devino, así, un “*absoluto*” incuestionable. Se dispensa, a través de la teoría de la pena, la protección eficaz del orden social frente al planteamiento ilustrado, atento más a metas retribucionistas, disuasorias o incluso de reforma del delincuente³⁸.

La Escuela Positiva se presenta como superación del liberalismo individualista clásico, en demanda de una eficaz defensa de la sociedad. Fundamenta el derecho a castigar en la necesidad de la conservación social y no en la mera utilidad. En consecuencia, los derechos de los ciudadanos “*honrados*” respecto a los de los delincuentes, la función protectora de la pena a la función retributiva o incluso a la disuasoria y a la reformadora son conceptos que se alzapriman respecto al garantismo individualista de la Escuela Clásica.

La pena es defensa social aspirándose a que el criminal no reincida, justificándose la aplicación de un sistema de medidas y tratamientos de readaptación acordes con las características individuales de cada delincuente concreto. De esta manera las garantías legales ceden al arbitrio judicial y penitenciario³⁹. Las formulaciones más extremas de esta Escuela propugnan la desaparición del principio de legalidad y sugieren una radical desjuridización de la función penal, que pasaría de ser desempeñada por jueces a realizarlo médicos, antropólogos, psicólogos o sociólogos. Bajo este planteamiento se abre un gran debate doctrinal con tres postulados⁴⁰:

a) Un primer sector lo constituyó la Escuela Clásica, que trato el crimen con un método abstracto, formal y deductivo. Para la Escuela Clásica el delito es solo un ente jurídico abstracto, una entequeia desconectada de su

³⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Manual de Criminología. Introducción y Teorías de la Criminalidad*. Espasa Universidad. Madrid, 1.988. Págs. 243 y ss.

³⁹ ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Akal, Torrejón de Ardoz. Madrid. 1.986. Pág. 37.

⁴⁰ Sobre la situación la doctrina penal en el surgimiento de la Escuela Positiva RANIERI S. “*Orígenes y Evolución de le Escuela Positiva*”. (Traducción de Marino Barbero Santos). Revista de Estudios Penitenciarios N° 195. Madrid, 1.971. Págs. 1.687 y ss.

protagonista (el delincuente) y de su entorno (la realidad social). Frente a ello, el positivismo concibe el delito como un hecho real, natural, empírico, histórico y concreto.

Para la Escuela Clásica, el delito, como entidad metafísica, es inmutable en el tiempo y el espacio. Además de un hecho, constituye un ente jurídico. La pena se adecua al delito en virtud de su función ético-retributiva. El delincuente es un ser normal como los demás hombres. La imputabilidad se fundamenta y se acomoda al libre albedrío.

b) Una segunda polémica surgió en el seno de la propia Escuela Positiva entre quienes explican el delito como producto de una predisposición biológica del individuo (dirección antro-po-biológica) y quienes ponderan, también, la incidencia etiológica de los factores sociales (dirección sociológica, sociología marxista, etc).

c) Un tercer debate tuvo lugar entre el positivismo y otras escuelas no positivistas (Escuela de Lyon, teoría psicosocial de Tarde), de signo sociológico, distanciadas, también, de los postulados clásicos.

Como consecuencia de este debate surgirán prestigiosas escuelas criminológicas eclécticas, preocupadas por conseguir la síntesis de los postulados clásicos y positivistas (Escuela de la Defensa Social, Terza Scuola, Escuela de Marburgo o Joven Escuela...).

La prevención especial dirigida a la reforma y a la readaptación social del delincuente, predominante en las concepciones penales y penitenciarias de los países liberales de la anteguerra, se consolida con fuerza y se incluye como dogma fundamental en las Constituciones. Es al final de este periodo donde la Defensa Social⁴¹, movimiento de política criminal (cuya primera formulación programática se debe a PRINS en 1.910), se consolida después de las aportaciones de GRAMÁTICA y ANCEL, buscando una eficaz sistema de protección social a través de la debida coordinación de la Criminología, la Ciencia Penitenciaria y el Derecho Penal. Lucha realista contra la criminalidad mediante instrumentos no necesariamente jurídicos,

⁴¹ Sobre la Defensa social: SAINZ CANTERO, J.A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General I. Introducción*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1.982. Págs. 184 y ss.

una nueva actitud hacia el delincuente y Política Criminal de signo humanitario son tres de los postulados esenciales de la Defensa Social, aunque cabe distinguir en ésta diversas etapas y orientaciones.

El Derecho Penal no es un fin en sí mismo sino un medio de lucha contra el crimen. Contempla al delincuente como un miembro más de la sociedad cuya conducta debe analizarse y comprenderse. Esta vocación humanista reclama el tratamiento que proporcione al infractor el sentido de su responsabilidad: que el hombre sea él mismo. Esta concepción comporta una finalidad “*perfeccional*”, partiendo de la personalidad del autor, y una acción realista dirigida a integrarle en una vida social libre y consciente.

El tratamiento resocializador, basado en una completa investigación biológica, psicológica y situacional científicamente dirigida constituye no solo la expresión de una nueva actitud hacia el delincuente sino también y simultáneamente, una actividad de defensa de la sociedad y de lucha de ésta contra el crimen⁴². Esta actitud de respeto hacia la personalidad del delincuente, entendida como personalidad humana propia e irremplazable, implica y presupone un reconocimiento amplio de sus derechos fundamentales y constituyó una valiosa aportación no tanto en el ámbito criminológico sino en el penológico y en el político-criminal.

Desde un punto de vista teórico se produce el importante desarrollo de la Criminología en pugna con el Derecho penal. Determinados autores pretendieron mantener la primera ciencia como estrictamente auxiliar del Derecho penal, frente a la consideración de ciencia empírica e independiente que goza en la actualidad⁴³.

Esta nueva corriente aparece denominada así por primera vez en el libro de ANCEL “*La Defense Social Nouvelle*”, cuyos postulados básicos pueden sintetizarse en:

⁴² Respecto a los postulados de Marc Ancel, destaca el análisis de SAINZ CANTERO, J.A. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Introducción*. Ed. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1.982. Págs. 150 a 155.

⁴³ Véase el artículo de QUINTANO RIPOLLÉS, A “*La Evolución del Derecho Penal Moderno (“contra corriente”)*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo X, Fascículo II, mayo-agosto 1.957. Págs. 283-298.

- a) El Derecho de la Defensa Social debe ser un derecho de comprensión humana y de solidaridad social.
- b) No puede renunciar ni al precepto de legalidad, ni al sentido subjetivo de responsabilidad.
- c) La acción de la Defensa Social reclama el concurso de todas las ciencias de comportamiento.
- d) La Defensa Social tiene por finalidad proteger a la sociedad contra los criminales y también a los individuos del peligro de la reincidencia.

El delincuente pasa a ocupar el centro de toda la atención de la Nueva Defensa Social. El delito debe ser considerado en función de las condiciones subjetivas y ambientales del delincuente, y también como ocasión para estudiar y corregir su personalidad y medio social en que vive⁴⁴.

Esta corriente doctrinal ha marcado el pensamiento hasta nuestros días. Constituyó y pervive como una actitud de conciencia ante algunas exigencias rotundas que conduce a repensar ciertos grandes problemas referentes a la acción legislativa, judicial o administrativa, de acción contra la delincuencia y a promover ciertas reformas positivas con un espíritu nuevo y según una coordinación ideológica deliberadamente aceptada.

Consecuencia de todo lo señalado, fragua en la doctrina penal, criminológica y penitenciaria una necesidad, recogida en los textos internacionales de reconocimiento y protección de los derechos humanos de orientar la pena hacia la reeducación y reinserción social a través de la intervención de un conjunto complejo de ciencias interdisciplinarias que se articula alrededor del concepto tratamiento. Igualmente se consolidó un grupo de notables penalistas y penitenciaristas españoles que, en un contexto político que estableció limitaciones al ejercicio de la crítica y de la libertad de cátedra, supieron transponer a la doctrina interna los novedosos postulados en ebullición.

⁴⁴ La primera proposición de la corriente consiste en promover una nueva concepción de la reacción al fenómeno criminal, decididamente orientada hacia fines sociales con dos objetivos esenciales: la prevención de la criminalidad y el tratamiento de los criminales dirigido hacia su reinserción social. ANCEL, J.P. “*Actualité de la Défense Sociale Nouvelle*”. Cahiers de Défense Sociales. París, 2.005. Pág.26.

A la reforma de la justicia penal propuesta se añade una adecuación profunda del sistema penitenciario que deberá integrar no solamente una acción de reinserción sino también el respeto de los derechos de los privados de libertad considerados como personas titulares de los mismos tanto en la fase de ejecución como a lo largo de todo el proceso penal. Este es el estado doctrinal de la literatura científica en los países de Occidente, conocido y analizado por importantes autores españoles y que van a encontrar acomodo de manera pausada en la legislación y en la realidad penitenciaria de nuestro país⁴⁵.

3.- EL REGLAMENTO PENITENCIARIO DE 1.956

El Decreto de 2 de febrero de 1.956, como disponía la disposición adicional segunda de la Ley de 15 de julio de 1.954, sobre situación de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprueba el Reglamento de los Servicios de Prisiones.

Su artículo primer asigna a las Instituciones Penitenciarias no solo la labor de retención y custodia de detenidos, presos y penados, sino también y primordialmente la de realizar sobre ellos *“Una labor reformadora, con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria”*. *“La misión penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad humana de los reclusos, así como los derechos e intereses jurídicos no afectados por la condena.”*(Párrafo segundo)

3.1.- Clasificación de los Establecimientos

El nuevo Reglamento simplifica la clasificación de los Establecimientos, distinguiendo prisiones preventivas y de corrección, comprendiendo unas y otras Establecimientos para hombres y mujeres (posibilitándose que, en caso de inexistencia de prisiones para mujeres independientes, ocuparan en las de

⁴⁵ Por todos, sirva el análisis que RODRÍGUEZ DEVESA realiza sobre la obra de DEL ROSAL Y FERNÁNDEZ destacando su apoyo a que la pena privativa de libertad postule la readaptación social del delincuente y se restrinja su duración, puesto que más allá de los quince años es perjudicial para la naturaleza humana e ineficaz. RODRÍGUEZ DEVESA, J..M. *“La reforma de la legislación Penal”*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense N° 71. Madrid, 1.985. Pág. 143.

hombres departamentos especialmente habilitados con absoluta separación, con régimen interior y vigilancia propios).

Las prisiones preventivas englobaban a las prisiones provinciales o de partido, donde se ubicaban detenidos o procesados y penados a penas cortas de privación de libertad y los establecimientos de custodia, régimen de trabajo o colonias agrícolas y casas de templanza para el cumplimiento de medidas de seguridad.

Los establecimientos de corrección, también llamados prisiones centrales, estaban destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad, pudiendo ser, según el tratamiento de los penados:

a) Prisiones centrales comunes, organizadas en régimen de trabajo con modalidad industrial, agrícola o mixta, pudiéndose establecer destacamentos penales de trabajo.

b) Prisiones especiales, que comprendía:

- Prisiones Escuelas o Reformatorios para jóvenes.
- Instituto Geriátrico Penitenciario.
- Hospitales Penitenciarios y Sanatorios Antituberculosos y Psiquiátricos para enfermos.
- Establecimientos maternales y de puericultura, penitenciarios.
- Establecimientos para incorregibles, multirreincidentes o inadaptados.

Finalmente se establecía la posibilidad de establecer centros que tuvieran una organización y un tratamiento adecuados a la naturaleza peculiar o caracteres especiales que el delincuente presentara.

3.2.- El Sistema Progresivo. Clasificación en Grados. Redención de penas

Mantuvo las disposiciones del anterior en el tratamiento de los detenidos y presos, de los sometidos a medidas de seguridad y de los penados. También establecía las mismas previsiones para el cumplimiento de la pena de muerte. Según el artículo 47, las penas de prisión se cumplirían en todos los establecimientos conforme determinaba el Art. 84 del Código penal, es decir, conforme al sistema progresivo que, mediante la observación de las

cualidades físicas, morales, psíquicas y psicotécnicas del penado y basado en la obligatoriedad del trabajo o el aprendizaje de oficios condujeran a la reeducación moral y física e instrucción del delincuente. Seguimos hablando en términos de prevención general negativa como fin de la pena enmascarado por la acentuación formal de la prevención especial positiva, entendida como corrección moral del delincuente.

En el nuevo Reglamento los grados del sistema pasaron a denominarse:

1°.- De observación y preparación del penado, en régimen de aislamiento.

2°.- De trabajo en comunidad

3°.- De readaptación social

4°.- De libertad condicional

Conforme a la nueva terminología y según disponía el artículo 49, el primer grado o periodo, dedicado "*a la observación y preparación del penado para su educación penitenciaria posterior*" se subdividía en dos partes, la primera de ella de aislamiento celular absoluto y de corta duración donde se promovía la reflexión y el diálogo interior del interesado mediante conferencias y visitas del personal técnico. En la segunda, también de aislamiento celular aunque atenuado, se intensificaría su instrucción y educación, pudiendo asistir a la lectura en común y a los actos religiosos y de formación moral. Tenían acceso a libros de la biblioteca del establecimiento, podían comunicarse con la familia por primera vez desde su aislamiento, disfrutar de paseo diario en el patio y en silencio, se practicaba instrucción pre-militar y deporte y gimnasia cuando las condiciones físicas y la edad lo permitiera.

Durante todo este primer periodo (en ningún caso inferior a treinta días, diez en la primera y veinte en la segunda) se mantenía la prohibición de consumo de tabaco, vino y cualquier otra alimentación distinta a la reglamentaria.

El segundo (*de trabajo en comunidad*) tenía por objeto promover la actividad laboral de los penados, destinándoles a talleres, granjas o destacamentos, con el principal cuidado del perfeccionamiento del oficio o

el aprendizaje de alguno. La vida era común, pudiendo comunicar habitualmente y adquirir productos en el economato.

El tercero (*de readaptación social*) conllevaba la aplicación asidua al trabajo, la observación habitual de buena conducta y el haber completado la instrucción religiosa y elemental, signos todos ellos de readaptación progresiva. Estos penados ocupaban los cargos de auxiliares, trabajos eventuales y cuantos destinos pudieran conferirse a los reclusos. Los días festivos podían tener comunicaciones orales y escritas, estando autorizados para usar colchones, ropas y mantas de su propiedad.

El cuarto era el de libertad condicional hallándose sometido a los mismos requisitos que en el Reglamento anterior. Se mantenía la liberación condicional de septuagenarios cualquiera que fuese el periodo de tratamiento en el que se encontraran y el tiempo de extinción de las penas, siempre que hubieran dado pruebas de intachable conducta y ofrecieran garantías de hacer vida honrada en libertad. La regulación de la redención de penas por el trabajo y el procedimiento de concesión, conforme disponía el artículo 100 del Código Penal, se mantuvo de forma similar.

3.3.- Régimen Disciplinario

El régimen general disciplinario se regulaba en el Capítulo IX, siendo el eje de la regulación y del funcionamiento de los Establecimientos. La disciplina a observar, tanto por los reclusos como por los funcionarios, constituía la clave de la convivencia. El Art. 115 establecía la prohibición de toda clase de malos tratos.

3.4.- Instrucción, Educación y Asistencia Espiritual. El Trabajo penitenciario

El Capítulo X regulaba el régimen de instrucción, educación y asistencia espiritual. Los tipos de enseñanza eran de tres clases: religiosa (a cargo del capellán del centro, sin perjuicio de que en la escuela el maestro explicara el Catecismo de la Doctrina Cristiana), cultural (dividida en primaria y clases especiales) y de formación profesional. En las prisiones de mujeres se impartían enseñanzas de hogar y artesanía femenina.

La existencia de bibliotecas se establecía en términos imperativos y estaba a cargo de los maestros. Los libros eran sometidos a censura previa tanto de la Delegación Eclesiástica como de la Inspección de Educación de la Dirección General. Con carácter general, no se autorizaban periódicos ni revistas ni aún para los funcionarios o el personal libre, salvo autorización previa de la Dirección General.

La asistencia espiritual se regulaba en el artículo 127: por el Capellán se explicaba el Santo Evangelio los domingos y días festivos, y además, una vez por semana, dirigían la palabra a los reclusos explicándoles el Dogma y la Moral. Dentro del horario establecido, se señalaba una al día para que los reclusos pudieran consultar al capellán sus dudas y exponerle sus aflicciones, ejerciendo este su labor de dirección espiritual.

Por lo tanto, educación, formación religiosa y trabajo se mantienen como aspectos esenciales en 1.956, que en nada modifica el Reglamento anterior. El trabajo podía ser:

- a) Intramuros de la prisión, siendo estos los servicios auxiliares, de carácter gratuito (auxiliares de régimen, destinos y trabajos eventuales) y en talleres, granjas o explotaciones agrícolas anexas, con carácter retribuidos y desarrollados dentro de la Organización “*Trabajos Penitenciarios*”, integrada en el Patronato de Nuestra Señora de la Merced para la Redención de Penas por el Trabajo.
- b) Extramuros del Centro, en régimen de destacamentos penitenciarios.

3.5.- Instituciones de Patronato

Las Instituciones de Patronato permanecen igual respecto al Reglamento anterior. Se configuraban para la protección y tutela de los presos y penados, así como la de sus familiares necesitados, y el patrocinio de los liberados condicionales o definitivos. Formalmente y al margen de su función de control político-social que se ejercía, su finalidad principal era colaborar, sirviendo como complemento al régimen penitenciario en la obra de regeneración y reforma de los delincuentes para su adaptación a la vida

honrada, prestándoles la tutela y el apoyo preciso para apartarles del peligro de la reincidencia⁴⁶.

3.6.- El personal de la Institución

Por Ley de 20 de julio de 1.955 se reformaron las escalas y categorías en los Cuerpos de Prisiones que se habían constituido por Real Decreto de 23 de junio de 1.881⁴⁷. La modificación pretendió intensificar su semejanza con los Cuerpos de la Administración Civil del Estado en general⁴⁸.

El Reglamento de 1.956 contuvo, en el Título Tercero, una completa regulación del status de los funcionarios de la Institución. Los Cuerpos, secciones, categorías y clases, el ingreso y los ascensos, la provisión de puestos de trabajo, traslados, licencias y vacaciones, incompatibilidades, inutilización en actos de servicio, escalafón y jubilaciones, tenían una detallada regulación en el texto normativo. Este Reglamento contiene la estructuración en tres Cuerpos que se refleja en la legislación vigente: Cuerpo Especial (encargadas de las funciones técnicas y directivas, dividido en sección masculina y femenina) auxiliar, dividido en Sección masculina y femenina, encargado de las tareas de vigilancia, y Facultativo, estructurado en cuatro secciones: Religiosa, Sanidad, Educación y Auxiliar de Sanidad, integradas respectivamente por capellanes, médicos, maestros y practicantes.

La selección de los funcionarios se realizaba por oposición y el Reglamento previó el establecimiento de un turno de oposición directa para los cargos de Jefes de Servicios entre licenciados en Derecho (posibilidad

⁴⁶ Respecto a la función de auxilio desde el siglo XIX, GARCÍA VALDÉS señala: “*esta función reformadora no se atribuía en exclusiva a órganos propiamente penitenciarios sino que entidades públicas o privadas asumían una cierta tarea al respecto de forma complementaria*”. GARCÍA VALDÉS, C. *La Ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.006. Pág. 50.

⁴⁷ Respecto a la función pública en el ámbito penitenciario desde esta fecha y hasta el momento previo a la elaboración de la Ley Orgánica General Penitenciaria, ZAPATERO SAGRADO, R. “*En torno a una fecha: el 23 de junio de 1.881*” Revista de Estudios Penitenciarios Nº 216-219. Enero-diciembre 1.977. Escuela de Estudios Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.977. Págs. 335 a 349.

⁴⁸ Sobre la configuración de la administración civil penitenciaria española y su devenir histórico RAMOS VÁZQUEZ, I. “*La Administración Civil Penitenciaria: militarismo y administrativismo*”. Anuario de Historia de Derecho Español. Tomo 82. Ministerio de Justicia. Madrid, 2.012. Págs. 472 a 520.

que quedó suprimida con la entrada en vigor del Estatuto general de Funcionarios de 1.964). Los funcionarios que aprobaran la prueba selectiva debían realizar un curso de formación en la Escuela de Estudios Penitenciarios (cuya duración duraban entre tres y nueve meses).

Es destacable la minuciosidad y detalle de todas las funciones asignadas a los Capellanes en el artículo 381, señalándose en 25 apartados cada una de las obligaciones que, sobre todos los aspectos (meramente religiosos y litúrgicos, censura de libros y publicaciones, examen de penados para acceder a destinos, conocimiento de sus familiares o inventariar los objetos recibidos) tenían encomendados.

Según manifestó BUENO ARÚS⁴⁹, la reforma penitenciaria debía orientarse por el camino de la mejora de los cuadros de personal (estructura y preparación) y la aplicación rigurosa de las normas reglamentarias “(*excelentes en su conjunto*)”, llevando a las últimas consecuencias el sistema progresivo, aprovechando las instalaciones y establecimientos de que pudiera disponerse.

4.- LA REFORMA PENITENCIARIA DE 1.968

Mientras que en España continúan las transformaciones económicas, legislativas y sociales iniciadas en la década anterior, en el contexto internacional la situación y el tratamiento de las personas privadas de libertad constituyen motivo de profunda preocupación que determina la pretensión de consolidar las garantías de un amplio conjunto de derechos humanos derivados de la propia dignidad de la persona.

Pese a que nuestro país no fue admitido en las Naciones Unidas hasta 1.955 y no formó parte del Consejo de Europa hasta el 24 de noviembre de 1.977⁵⁰, estos postulados y principios garantistas recogidos en los textos

⁴⁹ BUENO ARÚS, F. *El Sistema Penitenciario Español*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1.967. Págs. 70 y 71

⁵⁰ La promesa de una futura Carta Magna conforme al Convenio Europeo fue una garantía suficiente para que España fuera el Estado número 20 de esta Institución. El compromiso del Gobierno de Adolfo Suárez, de los presidentes del Congreso y el Senado, (Fernando Álvarez de Miranda y Antonio Fontán) y de los líderes de la oposición de izquierdas Felipe González y Santiago Carrillo fue suficiente para permitir el ingreso. La legalización del

internacionales calaron hondo en un sector importante de la doctrina forense española, cuyos miembros intentaron y supieron trasladar en la medida de las posibilidades que el contexto político permitía.

4.1.- Consolidación y cuestionamiento del concepto tratamiento

De carácter universal, Naciones Unidas aprobó en 1.966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que constituye una referencia permanente en el reconocimiento y protección de las libertades públicas y los derechos ciudadanos. A nivel regional, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos del Consejo de Europa recogieron las inquietudes crecientes de la Comunidad internacional para garantizar los derechos de los reclusos en línea con la preocupación creciente de los países democráticos en el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Junto a este reconocimiento de los derechos comienza a producirse un profundo debate sobre el concepto penitenciario “*tratamiento*”⁵¹, definido por PINATEL como

*“La acción individual emprendida respecto del delincuente, intentando modelar su personalidad, con el fin de alejarlo de la reincidencia y favorecer su reclasificación social”*⁵².

Por un lado se afianzan las posturas garantistas de los derechos humanos plasmados en acuerdos internacionales y la necesidad de intervenir individualmente sobre el penado a través del “*tratamiento*”, cuyo requisito previo es el estudio y conocimiento de la personalidad del delincuente sobre la que se intentará obrar y, según las conclusiones extraídas del análisis, se llevará a cabo una acción, un proceso susceptible de modificar en sentido

partido comunista (PCE) y las elecciones legislativas celebradas cuatro meses antes determinó que la Asamblea Parlamentaria del Consejo aprobara el 12 de octubre de 1977 la Recomendación 820 que daba el visto bueno al ingreso de España en el Consejo de Europa.

⁵¹ El debate es resumido por GARCÍA BASALO, J.C. “*Tratamiento de Seguridad Mínimo*”. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 176-177. Ministerio de Justicia, Madrid, 1.967.

⁵² PINATEL, J y BOUZAT, P. “*Criminologie. Traité de Droit Penal et Criminologie*”. Revue Internationale de Droit Comparé Nº 4. Tomo 15. Octubre-décembre. París, 1.963. Pág. 772.

socialmente aceptable su comportamiento, de modo tal que luego sea capaz de ajustarse, si así lo asume voluntariamente, al mínimo ético-social que protege la ley penal. Esta acción, este proceso correccional, que para ser eficaz demanda la cooperación activa del propio sancionado y, en su momento, de la misma sociedad, tendrá que recurrir al empleo de métodos distintos según las necesidades peculiares y posiblemente cambiantes de cada caso particular.

Estos son los fundamentos científicos y filosóficos de la reforma penitenciaria pendiente debido a la insatisfacción que producía en la doctrina española la situación pre-existente heredada de una realidad histórica y social profundamente modificada. Por otro lado, dentro y fuera de nuestras fronteras, estos planteamientos tratamentales comienzan a ser cuestionados en la literatura desde diversos sectores.

4.2.- Contenido del Decreto 162/1968, de 25 de enero.

Siendo Ministro de Justicia Antonio María de Oriol y Urquijo, el Decreto 162/1.968, de 25 de enero modificó un total de 31 artículos de la normativa anterior, estando considerado como el paso de gigante de la Administración Penitenciaria española y, sobre todo, un deseo de ponerse al día de acuerdo con las orientaciones que la moderna Criminología y Ciencia Penitenciaria demandaban.

Contaba nuestro país en aquel momento con un conjunto destacado de autores interesados en el conocimiento del contexto internacional y que colaboraban, de forma decisiva, a la incorporación de las nuevas corrientes doctrinales a la legislación interna. Estos autores plantearon la necesidad de proceder a importantes reformas en materias esenciales como tratamiento, personal, edificios y centros penitenciarios, centrales de observación, centros de tratamiento, generalización del tratamiento científico de la delincuencia, reformas penales y procesales, medidas de prevención, preparación de la opinión pública y elaboración de estadísticas⁵³.

⁵³ Estas medidas se contienen en los informes elaborados por CASTILLÓN MORA, L.; ALARCÓN BRAVO, J; LAGUÍA ARRAZOLA, A y MARCO PURÓN, A, tras asistir al XV Curso Internacional de Criminología, organizado por la Sociedad Internacional de

La reforma fue calificada de “*revolucionaria*” teniendo en cuenta el escaso papel que jugaban con anterioridad las técnicas criminológicas de observación, clasificación y tratamiento de los presos y penados. Podemos afirmar que las corrientes criminológicas europeas y la idea de tratamiento se incorporan a la legislación nacional en esta reforma permaneciendo con posterioridad en la Ley Orgánica 1/1.979 de manera ampliada⁵⁴.

BUENO ARÚS destacó la importancia de esta reforma que introdujo en nuestro sistema el tratamiento criminológico encaminado a la reforma de interno y señaló:

*“El sistema progresivo, que desde luego no fue un invento de esta ocasión ni tenía una finalidad aflictiva, continuó estando compuesto de cuatro grados...pero adquirió una gran flexibilidad, en cuanto que ni el penado necesitaba pasar por todos ellos, pudiendo ser clasificado directamente en el segundo o tercer grado, ni cada uno de los grados o periodos tenía una duración prefijada de antemano, como en el Reglamento de 1.956, sino que la progresión o regresión había de depender exclusivamente de la evolución de la personalidad (“conducta activa”) del penado. Cada uno de los tres primeros grados se cumpliría en establecimientos o secciones de régimen cerrado, intermedio y abierto, respectivamente”*⁵⁵.

La Exposición de motivos del Decreto que aprueba las modificaciones dice:

Criminología bajo el patrocinio de la UNESCO y celebrado en Roma del 7 al 18 de marzo de 1.966. (publicados en forma de reseña por la Dirección General de Prisiones en ese mismo año).

⁵⁴ Respecto a esta reforma también se ha destacado las resistencias al cambio que se produjeron. Se ha señalado: “*ante el intento de introducir la observación y el tratamiento científicos, se hace patente la resistencia de un sector predominante de funcionarios a la creación de los Equipos de Observación, los Educadores, la Central de Observación y a la diferenciación de los regímenes que exige la nueva clasificación de los establecimientos. En general, impera la inercia y la resistencia del sistema al cambio*” GARCÍA VALDÉS, C. *Introducción a la penología*. Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Criminología. Madrid, 1.981. Pág. 119.

⁵⁵ BUENO ARÚS, F. “*Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días. Evolución, situación actual y reformas necesarias*”. *Historia* 16. Extra VII. Octubre, 1.978. Pág. 118. También enmarca la reforma en una situación que presenta “signos esperanzadores” en: “*Historia del Derecho Penitenciario Español*”. Lecciones de Derecho Penitenciario. Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Madrid, 1.985. Págs. 24 a 26.

“Transcurridos once años desde la entrada en vigor (del Reglamento de 1.956), se viene comprobando la necesidad de mejorarlo en su aspecto técnico, de modo que recoja las nuevas soluciones que la ciencia penitenciaria ofrece, aplicando métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y readaptación social de los delincuentes, todo lo cual resulta aconsejable incorporar a nuestro sistema en forma paulatina, con la necesaria adaptación a las peculiares características de éste”.

Respecto a los fines de la Institución, dispone el apartado 1º del artículo 1:

“Las Instituciones Penitenciarias que se regulan en este Reglamento tienen por objeto no sólo la retención y custodia de detenidos, presos y penados en orden a la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad sino también y primordialmente a realizar sobre ellos una labor reformadora, con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria”⁵⁶.

Esta redacción correlaciona con la Regla 57 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos, establecido por el Congreso de Naciones Unidas de Ginebra de 1.955. Se recoge el principio de legalidad, inspirador del Derecho penal y en especial en lo señalado en el artículo 80 del Código Penal vigente en aquel momento, que establecía:

“No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme. Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto” (garantía en la ejecución)⁵⁷.

De forma paralela, el Art. 990 de la L.E.Cr. dispone:

⁵⁶Desde la perspectiva actual y como análisis que prueba la profundidad de la modificación introducida, destaca la interpretación realizada en su momento por DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J. *Tratado de Derecho Penal Español (Parte general). Vol. II.* Imprenta Aguirre. Madrid 1.972. Pág. 590, que señala *“conforme a la disposición normativa y desde el punto de vista penológico, el fin asignado a la ejecución de la pena privativa de libertad tiene un carácter “mixtum compositum” es decir, aunque se imponga en base al hecho cometido y perdure, por tanto, el sentido retribucionista, da cabida en largo alcance al principio del autor, por cuanto se dirige al mismo para corregirle y adaptarlo a la existencia social, con lo que cobra significación hasta la indeterminación de la pena, ya que las llaves de la cárcel las tiene en sus manos a través de la redención de penas por el trabajo”.*

⁵⁷ Sobre el alcance de esta garantía: CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal I. Vol. I.* Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1971.

“Las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritas en el Código Penal y en los reglamentos”.

De estos preceptos, que implican la consagración del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria, se deriva uno de los derechos específicos del preso: la Administración no puede desviarse en su relación jurídica con el recluso de lo dispuesto en la sentencia judicial, las leyes y los reglamentos, ni restringir la libertad ni emplear la coacción a no ser que sea necesaria para mantener el orden en el establecimiento, y en estos casos ajustándose a las estrictamente necesarias.

El Decreto de 1.968 estableció una reestructuración de los establecimientos penitenciarios partiendo de la distinción básica, fundada en razones procesales y criminológicas, de establecimientos de preventivos o de detención y establecimientos de cumplimiento o de corrección.

En cuanto al tratamiento penitenciario y la aplicación del sistema progresivo, GARRIDO GUZMÁN destacó la importancia esencial de la diversidad de los establecimientos que posibilitara la clasificación en grupos de reclusos apropiados a las aptitudes y necesidades de cada uno de ellos considerados individual y colectivamente.

La clasificación es el punto de partida de todo tratamiento penitenciario, tal como disponía la Regla 8 de las Mínimas aprobadas por Naciones Unidas en 1.955 y el Preámbulo del Decreto de 1.968 que señala:

“En la reestructuración de los establecimientos penitenciarios se parte de la distinción básica, fundada en razones procesales y criminológicas, de establecimientos preventivos o de detención y establecimientos de cumplimiento o de corrección”.

El artículo 84 del Código mantenía el sistema progresivo que se recoge y potencia en el Reglamento. Se establecían tres grados en el tratamiento además de la libertad condicional (de reeducación, de readaptación social y de pre-libertad), que se correspondían con los tres tipos de establecimientos: cerrado, intermedio y abierto.

Según la modificación reglamentaria, el tratamiento se basa en el estudio científico de la personalidad del sujeto, y la progresión en el mismo se hace depender de la conducta activa del interno, entrañando un acrecentamiento en el grado de confianza en él depositado y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes que habrán de comportar una mayor libertad. Sin duda, constituye un postulado claramente perceptible en la legislación actual tanto en la terminología asumida como en la propuesta de ejecución. Señala FERNÁNDEZ BERMEJO,

“Con el decreto de 1.968, el cual reformaba parcialmente al RSP de 1.956, pero otorgándole un sentido más individualizado-flexible-científico-criminológico, el sistema penitenciario, como se desprende de lo aportado por Bueno Arús, “ha ganado el subjetividad y flexibilidad”. En el primer término, porque se manifiesta “una evolución anímica del delincuente”, que ve con buenos ojos el tratamiento aplicado para prepararse al mundo libre y participando en su propio tratamiento para conseguir antes los objetivos que se configuren. En el segundo concepto, porque es la Administración la que puede adoptar un tratamiento específico para cada penado, de forma individualizada, de modo que puedan coexistir tantos tratamientos como personas se hallen en prisión⁵⁸.

La observación de los internos se encomendaba a unos Servicios cualificados integrados en equipos al igual que el diseño y la aplicación de los programas de tratamiento de contenido clínico. Para completar la labor de dichos equipos, orientar e impulsar su funcionamiento, se previó la creación de una Central de Observación⁵⁹.

La reforma estableció, en el Art. 49, los principios que inspiraban el tratamiento:

⁵⁸ FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: *Individualización Científica y Tratamiento en Prisión*. Ministerio del Interior. Madrid, 2.014. Págs. 283-284.

⁵⁹ Respecto a la integración de los equipos: los de observación estaban compuestos por capellán, médico y maestro del centro y el subdirector que ejerce la misión de jefe de equipo, perteneciente al Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias. Su preparación criminológica se efectuaba de acuerdo con diversos cursillos organizados por la Escuela de Estudios Penitenciarios. Como se analizará posteriormente, dos años después y por Ley 39/1.970 se crea el Cuerpo Técnico y serán estos funcionarios especializados quienes realizarán las funciones de observación, clasificación y tratamiento de los internos.

a) Es de carácter continuo y dinámico, dependiente en extremo de las incidencias en evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.

b) Está basado en el estudio científico de la constitución, temperamento, carácter, aptitudes y condicionamiento del sujeto a tratar, con la variable utilización de métodos psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, según la consideración de la personalidad individual de cada interno.

c) La finalidad que se establece del tratamiento era:

En los de régimen cerrado: promover el cambio de la actitud inicial de oposición hacia su tratamiento. En los de régimen intermedio: lograr la mayor aquiescencia y colaboración en su propio tratamiento, perfeccionar sus aptitudes y modificar las actitudes negativas que presente. En los de régimen abierto: cuidar que la actitud favorable no evolucione en sentido negativo o desfavorable.

Respecto a la implantación en España de los equipos de tratamiento, fue valorado en su momento de forma muy positiva por la doctrina. Como señala GARRIDO GUZMÁN,

*“Pese a la especialización de alguno de sus miembros, ha supuesto un avance técnico acorde con el movimiento criminológico mundial”*⁶⁰.

El procedimiento de clasificación constituye un precedente de la legislación actual que recoge los postulados tratamentales dominantes en este momento. Una vez firme la sentencia condenatoria, el Equipo del establecimiento, previa observación del sujeto y con la consiguiente determinación del tipo criminológico, procedía formular la propuesta de destino a alguno de estos centros⁶¹:

⁶⁰ GARRIDO GUZMÁN abogó por la ampliación de sus funciones incorporando sus informes a la valoración del juzgador a la hora de dictar sentencia para una genérica y eficaz política criminal y criminológica. Con ello adelantaba una de las aportaciones y potencialidades actuales de la Criminología largamente propuesta por este sector científico y demandado por un numeroso número de operadores prácticos.

⁶¹ Los datos resultantes del examen de la personalidad se recogían en el protocolo del interno, que consta de tres fases (detención, cumplimiento y reinserción social). RODRÍGUEZ SUÁREZ, L. “*El Protocolo del Interno*” Revista de Estudios Penitenciarios N° 186. Ministerio de Justicia. Madrid 1.969. Pág. 387.

- a) Continuación en el mismo centro por restar menos de 6 meses (salvo destino a centro hospitalario o asistencial).
- b) Traslado a la Central de Observación por estimar difícil o dudosa la clasificación.
- c) Traslado al centro de cumplimiento que corresponda.
- d) Traslado al centro hospitalario o asistencial, existiendo en estos casos un claro predominio de la labor asistencial sobre la penitenciaria. Destaca en este ámbito el destino al centro de psicópatas de los internos que presentasen esta “*anormalidad*” y a establecimientos de “*perversos sexuales: los conocidos como homosexuales genuinos o congénitos y los homosexuales de hábito*”⁶².

Al amparo de esta fórmula se crea en 1.971 un establecimiento específico para el tratamiento de alcohólicos y toxicómanos situado en el complejo penitenciario de Carabanchel de Madrid. En 1.973 se habilitó el Centro penitenciario de Segovia como asistencial para el tratamiento de internos afectados por estas patologías. Nos encontramos ante abordajes primarios y elementales de situaciones complejas en un entorno desfavorable y artificial cuya principal aportación es la traslación al medio carcelario de postulados de naturaleza clínica y terapéutica desarrollados en el exterior.

Con independencia del protocolo del interno, el vocal-médico recogía en una serie de impresos el resultado de su investigación, que abarcaba desde el examen antropológico, tipo constitucional, vida sexual, hasta datos de interés endocrinológico, temperamento y carácter.

Una vez obtenidos todos los datos trasladados resumidamente a un impreso general, a la vista de su contenido, se determinaba el tipo criminológico, siguiendo la tipología seligniana, y se realizaba la propuesta de destino.

⁶² Indica GARRIDO GUZMÁN que nos encontramos ante uno de los problemas más acuciantes y graves que se dan en la práctica penitenciaria: la homosexualidad en los establecimientos. Sobre esta cuestión: CABALLERO ROMERO, J.J. “*Sentido de la homosexualidad en la prisión*”. Cuadernos de Política Criminal Nº 9. Institutos de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid y de Valencia. Madrid, 1.979. Págs. 119 a 129.

La clasificación y destino era realizada por la Dirección General a propuesta de “*unos servicios cualificados*” en terminología del propio preámbulo de la norma, integrados en equipos, bajo cuyo impulso actuarán todos los funcionarios de la plantilla que se encargarán de la necesaria observación de los internos como base para su separación en los grados que se prevén en los establecimientos de ingreso a los fines ulteriores, una vez recaída sentencia firme, de su clasificación y destino al establecimiento de cumplimiento que resulte más idóneo para la aplicación del tratamiento que requieran, también a cargo de equipos especializados⁶³.

La reforma preveía, conforme al sistema progresivo que determinaba el artículo 84 del Código Penal, tres grados en el tratamiento, además de la libertad condicional: de reeducación (centros cerrados), de readaptación social (centros intermedios), con tratamiento dirigido en un clima de confianza y pre-libertad (centro abierto).

Siempre que el sujeto demostrase estar en condiciones para ello, podía ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por el que le precedan. Esta disposición constituye, sin duda, un prelude de lo que posteriormente se ha considerado como el sistema de “*individualización científica*”. Si uno de los argumentos fundamentales empleados para justificar que el sistema actual es una superación del progresivo (posibilidad de clasificación inicial incluso en un grado de pre-libertad en centro abierto) estamos ante un claro precedente asumido por el legislador de 1.979. También aquí hallamos antecedentes próximos a una de las grandes aportaciones de la Ley Orgánica que prueba, en esencia, su impulso decidido de planteamientos novedosos y avanzados

⁶³ Señala GARRIDO GUZMÁN, L. que “*hacen en nuestra legislación aparición de dos clases diferenciadas de equipos; los primeros los equipos de observación, los cuales tienen su sede en los centros de detención, teniendo como misiones principales la observación detenida y completa de la personalidad, la clasificación de acuerdo con criterios criminológicos y penitenciarios y la propuesta de destino al centro ordinario o especial que le corresponde, de acuerdo con los resultados del examen realizado y con el pronóstico sentado. De otra parte, se establecen otros equipos denominados de tratamiento que tienen su asiento en los centros de cumplimiento y que tienen como misión principal dar el tratamiento indicado a los penados al objeto de lograr su readaptación a la sociedad.*” GARRIDO GUZMÁN, L. *Compendio de Ciencia Penitenciaria*. Universidad de Valencia, 1.976. Págs. 138 y ss.

incorporados en el Derecho comparado y en la legislación interna preexistente.

La libertad condicional se configuraba bajo la vigilancia de un delegado de organismos de patronato o de asistencia cuya función era la de dispensar protección moral y material al salir en libertad, sin obviar las funciones de vigilancia y control que también llevaba a cabo, evidenciado en que cualquier cambio de empleo o lugar de residencia requería de la autorización del Patronato de Nuestra Señora de la Merced.

La Reforma de 1.968 estableció el principio celular en los establecimientos de preventivos o de detención y, en todo caso, para su separación se tendría en cuenta lo dispuesto en el Art. 521 L.E.Cr., formándose los siguientes grupos:

- 1.- Los que presentasen anomalías o deficiencias físicas o mentales que les impidiera seguir el régimen normal del establecimiento.
- 2.- Los internos que fueran susceptibles de producir una influencia nociva sobre sus compañeros de internamiento.
- 3.- Los no incluidos en los grupos anteriores. Entre estos debían separarse a los jóvenes de los adultos.

Respecto al tratamiento del ejercicio de la libertad religiosa tras esta modificación, hasta ese año, predominaba la clásica concepción de la religión como un elemento educativo, a tono con la orientación sobre la Religión católica manifestada en el Concordato con la Santa Sede de 1.953. Así, era obligatoria tanto la enseñanza de la religión en la escuela a cargo del capellán del establecimiento como la asistencia a la misa de los domingos y actos de culto, debiéndose recordar que era necesaria “*una educación mínima religiosa para obtener la libertad condicional*” (Arts. 120, 77 y 53 del Reglamento de Servicio de Prisiones de 1.956).

Desde 1.968, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley sobre Libertad Religiosa de 28 de junio de 1.967 (Art. 5.2.), predominó una mayor flexibilidad en esta materia, pasando a ser voluntaria la asistencia a la escuela y a los actos de culto. Incluso se previó la posibilidad de “*reclamar*

la asistencia de un ministro de la propia religión cuando esta no fuese la católica” (Art. 95). Existe por lo tanto un reflejo en el ámbito penitenciario de las modificaciones legales y de la evolución social general del país.

GARRIDO GUZMÁN se pregunta por la adecuación de los establecimientos penales españoles para desarrollar los avanzados principios propugnados en la reforma de 1.968⁶⁴ respondiendo en sentido negativo y aludiendo a las conferencia pronunciada por Zavala y Castella, Director General de Prisiones en 1.973, quien ponía de manifiesto, en su intervención realizada en mayo de ese año en la sede del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de Madrid, que muchos de los establecimientos carcelarios españoles se encontraban en lugares inapropiados y eran anticuados, siendo urgente la necesidad de su renovación y modernización⁶⁵.

Las infraestructuras anticuadas existentes condicionó la aplicación práctica de los postulados establecidos. También alude GARRIDO GUZMÁN a un editorial del diario ABC de Madrid, con motivo del trágico incendio ocurrido en el Centro de Alcalá de Henares en la que perdieron la vida trece personas, donde se indicaba:

*“La política penitenciaria, en este aspecto, ha sido mínima en los últimos lustros. Bien es verdad que el país reclamaba atención urgente hacia otros problemas, y que eran muchos los que esperaban una vivienda digna y muchas las carreteras y los pantanos que se necesitaban. Pero parece llegado el momento de abordar la reforma de los establecimientos penitenciarios, aunque la población reclusa, por todos los conceptos, resulte, afortunadamente, mínima en relación con el resto de los españoles”*⁶⁶.

Queda reconocida en consecuencia la necesidad de una modernización generalizada de la Institución configurándose como asignatura pendiente del

⁶⁴ GARRIDO GUZMÁN, L. *Compendio de Ciencia Penitenciaria*. Universidad de Valencia, 1.976. Pág. 134.

⁶⁵ ZAVALA y CASTELLA, J. *“Reinserción Social del Delincuente”*. Revista de Estudios Penitenciarios 192. Enero-marzo 1.971. Ministerio de Justicia. Págs. 83 a 91.

⁶⁶ Diario ABC de 18 de agosto de 1.974. Pág. 14, donde se refleja la preocupación por la situación penitenciaria del momento y el incremento de la delincuencia.

Estado para los años venideros, conforme recoge TÉLLEZ AGUILERA al señalar:

“Es en el mes de noviembre de 1.975 cuando el Gobierno aprueba el primer programa de necesidades para el sistema penitenciario español. Y es que hasta ese año el capítulo de construcciones de Centros penitenciarios era para la Administración un tema olvidado, como prueba el hecho de que en los tres primeros Planes de desarrollo económico sólo se habían hecho mínimas previsiones que ni siquiera fueron cumplidas, pese a que los Directores Generales del momento proclamaban en diversos foros lo descuidado de nuestras instalaciones penitenciarias”⁶⁷.

5.- CREACIÓN DEL CUERPO TÉCNICO DE II.PP

En este contexto de reforma y modernización y con la constatación de la existencia de considerables carencias materiales y personales, tuvo crucial importancia la creación del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias por la Ley 39/1.970, de 22 de diciembre, sobre reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios.

En la Exposición de motivos se justifica su surgimiento considerando que la estructura de los Cuerpos de prisiones, establecida por la Ley de 16 de julio de 1.949, no resultaba ya adecuada para poder atender a las distintas funciones especializadas encomendadas a la Administración Penitenciaria, que incorporó a su ámbito, en virtud del Decreto 162/1.968, de 25 de enero, la utilización de nuevos métodos para atender a los problemas de reeducación y readaptación social de los delincuentes, lo que supone contar con los oportunos cuadros de especialistas para poder aplicar las nuevas técnicas de observación y tratamiento y las correspondientes a una adecuada asistencia social como complemento necesario de aquellas.

Esta disposición normativa, así como su voluntad de reordenar los medios personales para el fin resocializador, se desarrolló con lentitud. Su creación se produce, como se ha señalado en 1.970, pero no es hasta el año 1.973

⁶⁷ TÉLLEZ AGUILERA, A. *Los Sistemas Penitenciarios y sus Prisiones*. Derecho y Realidad. Edisofer, S.L. Madrid, 1.998. Pág. 119

cuando aparece la primera convocatoria para acceder al nuevo Cuerpo penitenciario.

El texto normativo (vigente en la actualidad) señala las funciones que corresponden a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y, en particular, a quién corresponde desempeñarlas⁶⁸. Así, el Art. 1.1 establece:

“Corresponde a los funcionarios dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias el desempeño de los cometidos propios de las actividades de tal naturaleza en el tratamiento y régimen de quienes ingresen en los establecimientos dependientes de aquélla y las que tienen asignado carácter penitenciario por razón de las circunstancias concurrentes en la función administrativa que les está encomendada”. En el punto segundo del primer artículo se señalaba: *“Para el desempeño de estas funciones, además de los Cuerpos especiales hoy existentes, se crea el Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias”*.

El punto 1º del artículo 2 se refiere a las funciones de los miembros del Cuerpo Técnico:

“Realizarán las funciones propias de su especialidad en materia de observación, clasificación y tratamiento de los internos, así como las de dirección e inspección de las Instituciones y Servicios. Deberán poseer título de Enseñanza Superior Universitaria o Técnica y acreditar los conocimientos de la especialidad de que se trate.”

El 2º aclara cuales serán estos conocimientos especiales: *“Criminología, Psicología, Pedagogía, Psiquiatría, Endocrinología, Sociología y Moral”*.

Comienza a crearse un Cuerpo funcional especializado en los distintos ámbitos del conocimiento que tienen incidencia concreta en el estudio del delito, del delincuente y de las formas de control social en toda su amplitud.

⁶⁸ LÓPEZ ARAUJO, J.F. *“El Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias. 25 años desde su creación. Evolución y perspectivas de futuro”*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia Nº 1.743. Madrid, mayo 1.995. Págs. 2.814 a 2.815.

Se transita hacia una concepción global del hecho delictivo que supera la concepción expiradora y correccionalista anterior.

A las funciones dirigidas exclusivamente al cumplimiento de las penas privativas de libertad, cuyos objetivos aparecerían recogidos más adelante en el artículo 25.2 de la Constitución, se unen las de gestión de la Institución, de tal manera que se pretende dotar a la Administración de un Cuerpo del máximo nivel en el que se compagine la función propia del ejercicio de la especialidad con las labores de dirección y administración

6.- LA TRANSICIÓN POLÍTICA ESPAÑOLA Y SU REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

Desde la segunda mitad de la década de los años cincuenta del siglo XX y hasta los últimos años del franquismo se produjeron un conjunto de normas y disposiciones administrativas caracterizadas por su elevada calidad técnica de las que participaron tanto la reforma penitenciaria de 1.968 como la de 1.977. La intensidad de lo que ha denominado GARRIDO FALLA “*el Estado Administrativo de Derecho*” permitió la promulgación de una serie de grandes leyes (principalmente sobre expropiación forzosa, en 1.954; jurisdicción contencioso-administrativa en 1.956; régimen jurídico de las Administración del Estado en 1.957, y procedimiento administrativo, en 1.958), algunas de ellas todavía vigentes y ninguna del todo superada, que configuraron un verdadero régimen de garantías en cuanto al ejercicio cotidiano de las competencias administrativas. Como ha señalado este autor, “*la política podría seguir siendo arbitraria; pero la Administración no*”⁶⁹. El Estado autoritario era consciente de su precaria legitimidad en una época en que la conciencia democrática se había generalizado en los países próximos por lo que ese innegable déficit político hacía que se diera más importancia a la legalidad formal.

Este proceso de elaboración normativa de alto valor en los años denominados “*tardofranquismo*” coincide con el periodo iniciado con la aprobación del Decreto 162/1.968, de 25 de enero, que modificó diversos artículos del Reglamento de 1.956 y que GARCÍA VALDÉS ha denominado como “*pre-reforma*”. La Institución se orientó hacia nuevos horizontes y su gran logro está constituido por la introducción de la noción de tratamiento a través de la creación del Cuerpo Técnico y de la Central de Observación. Como ha señalado este autor, “*por fin comienza a primar el*

⁶⁹ GARRIDO FALLA, F. *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*. Ed. Civitas. Madrid, 1.993. Pág. 26.

*pensamiento de Salillas frente a los planteamientos técnicos e ideológicos de Cadalso*⁷⁰.

Las modificaciones legales y normativas deben englobarse dentro de una corriente reformadora impulsada desde las élites intelectuales del país. En el aspecto que nos ocupa debemos destacar la emergencia de una corriente penalista crítica con la legislación del momento que propugnó abiertamente modificaciones urgentes en orden a conseguir un Derecho penal mejor. Este sector doctrinal cuestiona decidida y públicamente las tímidas modificaciones parciales introducidas y aboga por una reforma profunda en línea distinta a la efectuada por la Ley 44/1.971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal. GIMBERNAT ORDEIG constata que el Código es,

“Con el delincuente político y con los delincuentes contra la honestidad y contra la propiedad, de una severidad casi despiadada. Ciertamente que mediante la redención de penas por el trabajo y la posibilidad de cumplir en libertad condicional el último periodo de la condena el autor de un delito puede ver reducida a la mitad la pena que el tribunal le impuso... ejerciéndose con ello un cierto modo de derecho de gracia”.

⁷⁰ GARCÍA VALDÉS, C. “El Desarrollo del Sistema Penitenciario en España. Historia de una Transición”. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 249. Ministerio de Justicia. Madrid 2.002. Págs. 13 a 20. En especial GARCÍA VALDÉS, C. *Del Presidio a la Prisión Modular*. Ópera Prima Editorial. 3ª edición. Madrid, 2009. Págs. 28 a 33. Respecto a las aportaciones de Rafael Salillas a la filosofía y al pensamiento criminológico y penitenciario: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Mª D. *El Pensamiento Penitenciario y Criminológico de Rafael Salillas*. Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela Nº 34. Santiago de Compostela, 1.976. Págs. 91 a 201. En esencia, Salillas parte de los criterios positivistas predominantes en su época indicando que todo el mundo debe ver en el delincuente un hombre y un hombre enfermo. Respecto al régimen, huye del modelo celular absoluto (por distintos motivos) a lo largo de todas sus obras y resalta el valor del trabajo como medio de corrección y adaptación, optando por el realizado al aire libre en colonias agrícolas como el mejor método. Fundamenta en la clasificación interior la evitación de la corrupción siendo este el elemento esencial para la disminución del delito, en unos casos por la saludable influencia de una bien entendida educación, en otros por los efectos correccionales de la sanción penal o por la eliminación absoluta o relativa de los elementos incorregibles. La educación intelectual, por el contrario, fue menospreciada por Salillas, considerando que no existe un paralelismo entre el desarrollo intelectual y el moral. Entre el trabajo y la escuela, como medios de reintegración social, opta convencidamente por el primero. Finalmente resalta la importancia de la función del personal penitenciario para la consecución de los fines, siendo esta la primera reforma propuesta en el plano doctrinal en este ámbito.

Considera que la potestad sancionadora planteada con tal volubilidad e incertidumbre es incompatible con el auténtico fin de la sanción. Por ello, añade:

“La severidad de las penas precisa de una corrección, general y válida para todo el mundo, que las rebaje a lo que exigen las auténticas necesidades político-criminales del país. El Estado no es señor absoluto sobre la libertad de sus ciudadanos –tampoco sobre la que aquellos que han delinquido-; las instituciones que hoy en día se utilizan en España para determinar el tiempo definitivo de privación de libertad- principalmente, la del indulto- hacen pensar, sin embargo, que algo tan serio como el número de años – de años de desesperación- que debe pasar una persona encerrada en prisión depende, no de que ello sea absolutamente preciso para el bien común, sino de que una Administración caprichosa estaba en un determinado momento irritada, o bien de buen humor porque iba a celebrarse, por ejemplo, el Congreso Eucarístico de Barcelona”⁷¹.

Pocos años después, durante la llamada Transición política iniciada con el fallecimiento de Francisco Franco el 20 de noviembre de 1.975 y la entronización del Rey Juan Carlos de Borbón, se abre una etapa que en esencia estuvo marcada políticamente en su inicio por los años de gobierno de un conglomerado de partidos bajo las siglas de Unión de Centro Democrático y por la presidencia de Adolfo Suárez González (quien sucede en el cargo a Carlos Arias Navarro), caracterizada por el acometimiento de un conjunto complejo de reformas inaplazables para la configuración de España como un Estado de Derecho homologable a las democracias de su entorno cultural y geográfico lo que requería reconocer y desarrollar los derechos políticos y las libertades públicas que eran seña de identidad de los países occidentales próximos. Ejemplos fueron la Ley de reunión, que amparó el ejercicio de las primeras manifestaciones y concentraciones (Ley

⁷¹GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estudios de Derecho Penal*, 2ª edición. Civitas, 1.980. Págs. 61 y ss. Postura mantenida en la intervención con la que participó en la conferencia-coloquio sobre “la reciente reforma del Código Penal”, organizada por el Centro de Estudios de Problemas Contemporáneos y celebrada el 21 de enero de 1.972 en el Círculo de la Unión Mercantil de Madrid, publicada con posterioridad.

17/1.976, de 29 de mayo), la regularización de las asociaciones, germen de los partidos políticos (Ley 21/1.976, de 14 de junio) y la subsiguiente modificación del Código Penal (Ley 23/1.976, de 19 de julio).

Especial trascendencia y repercusión en el devenir histórico de la Institución penitenciaria y del país en general tuvieron algunas medidas adoptadas en este intenso periodo: la amnistía aprobada por Decreto-Ley de 30 de julio de 1.976; la Ley 1/1.977, de 4 de enero, para la Reforma Política, piedra angular de la Transición; la complicada legalización del Partido Comunista llevada a cabo el 9 de abril de 1.977, el Decreto-Ley de 8 de febrero de 1.977 sobre derecho de asociación política por el que se permitió la primera normativa reguladora de los partidos políticos, las normas electorales de marzo de 1.977, la liberalización del orden público, la marcha hacia la unidad de jurisdicción y el restablecimiento fragmentario pero efectivo de las libertades políticas y laborales. Todas estas reformas se instrumentan jurídicamente en normas del mayor rango, del más alto valor político, investidas con la más enérgica pretensión de validez, aspiración de la que también gozó la norma penitenciaria.

La idea de Transición como espíritu inspirador de todas las modificaciones quedó plasmada en la Ley para la Reforma Política sometida a referéndum el 15 de diciembre de 1.976. Esta norma ha sido considerada *“como un modelo de cambio, distinto de las revoluciones que trastocan todas las instituciones y el orden jurídico precedente”*. No hubo en España una revolución en su sistema político ni en su ordenamiento jurídico. Al contrario, se ha resaltado lo limitado de las reformas realizadas:

*“En ese momento, por la forma específica en que esa estrategia de reforma se estaba realizando, no se modificaban las demás instituciones. Los Tribunales, la Administración central, las Diputaciones y Ayuntamientos y todas las demás instituciones del orden civil, penal y económico”*⁷².

⁷² SÁNCHEZ AGESTA, L. *Sistema Político de la Constitución Española de 1.978. Tercera edición*. Editora Nacional. Madrid, 1.984. Págs.27 a 29.

La Transición se hizo, en terminología ampliamente comentada, “*de la ley a la ley*”, sin quiebra de la cadena de legalidad formal; de modo que si el resultado fue una ruptura con la legitimidad política anterior, la legalidad democrática surgió de la legalidad autoritaria. Este mismo espíritu reformador guió la reforma penitenciaria que tuvo el acierto de recopilar y reforzar las medidas avanzadas en las modificaciones normativas anteriores sin perder los postulados tradicionales del penitenciarismo español.

En este contexto se comienza la elaboración de una verdadera Constitución que fuera fruto del acuerdo global frente a la preeminencia de intereses partidistas determinados. Los ponentes constitucionales, destacadas personalidades de los diversos grupos parlamentarios, abordan esta ingente tarea bajo unas premisas claras de reforma de la legislación con el objetivo de consolidar una moderna democracia vista como lejana en aquel momento. Ha señalado HERRERO DE MIÑÓN que la Transición fue una reforma ineludible en la medida en que las condiciones objetivas de la sociedad española eran tales en la década de los setenta, tras el desarrollo económico de los sesenta, que el Estado autoritario, posible treinta años antes, resultaba anacrónico⁷³. Además, el cambio político, consecuencia del social y de los logros económicos incontestables, constituyó una reforma reivindicada a través de un proceso progresivamente negociado y con resultado pactado. A ello debemos sumar que se diseñó bajo la creación de una posterior necesidad de un amplio consenso para su aplicación y desarrollo que efectivamente existió.

6.1.-De la pre-reforma de 1.968 al Real Decreto 2.273/1.977, de 29 de julio

Siendo Ministro de Justicia Landelino Lavilla Alsina, personaje relevante en toda la Transición en las modificaciones normativas del momento, se procedió a abordar la reforma del Reglamento de Servicios de Prisiones de 1.956, continuando y profundizando la línea que iniciaron los Decretos 2.705/1.964, de 27 de julio (relativo al trabajo penitenciario) y especialmente el Decreto 162/1.968 de 25 de enero.

⁷³ HERRERO DE MIÑÓN, M *El Valor de la Constitución*. Ed. Crítica. Barcelona, 2.003.

Conforme plasmaron los medios de comunicación, la disciplina en las cárceles estaba tan deteriorada que los reclusos no manifestaban ninguna consideración con los funcionarios, a los que a veces se provocaba abiertamente a la vez que se produjeron graves alteraciones del orden interno de los establecimientos manifestadas en forma de motines, incendios, autolesiones, secuestros de funcionarios y fugas⁷⁴.

Las Juntas de Régimen y Administración, órgano colegiado tradicional por excelencia para la ordenación de la convivencia, junto a la indiscutible autoridad que ejercían los directores en una estructura jerarquizada de inspiración militar, se encontraban condicionadas en su efectividad por los movimientos subversivos que surgieron en el interior de las prisiones y por la inadecuación y lentitud de los mecanismos jurídicos para dar respuesta urgente a la creciente problemática.

Ante esta desaparición del orden tradicional propio de prisiones custodiales, los resultados de la reforma de 1.968, con la introducción de la observación y el tratamiento científico como actividad preponderante de la Administración penitenciaria, quedaron desvirtuados o eclipsados en la práctica por la mala situación de los edificios, por problemas de clasificación y traslados y por la escasez de funcionarios especialistas y de medios económicos.

La modernización penitenciaria fue considerada como un instrumento de medición esencial del alcance de las reformas integrales que la legislación requería en numerosos ámbitos y, de forma especial, como manifestación del respeto a los derechos humanos por parte del Estado democrático en consolidación. Esta exigencia deviene ineludible e inaplazable para la superación real del periodo dictatorial anterior convirtiéndose en una cuestión prioritaria para la clase política recientemente surgida y en formación.

La reforma cobró importancia destacada si consideramos la difícil situación económica por la que atravesaba la sociedad española,

⁷⁴ Lo prueba la imposición en 1.976 de más de 9.000 sanciones a presos por faltas graves o muy graves, el doble que el año anterior y casi 3.000 de ellas por cometer actos tumultuosos, plantes o desórdenes graves. Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.977. Págs. 43-44.

realizándose las inversiones proyectadas a costa de soslayar otras necesidades prioritarias para el país⁷⁵. Para este fin se puso en marcha un Plan de mejoras que tuvo como objetivo, de manera primordial, orientar la privación de libertad hacia la reinserción social de los internos y atajar la insoportable conflictividad que se generalizaba en todos los centros. Se incidió sobre las vetustas instalaciones carcelarias con un programa de inversiones del orden de 10.500 millones de pesetas en cuatro años⁷⁶ y sobre el personal penitenciario con el fin de mejorar la prestación de este Servicio esencial. Desde esta perspectiva de adecuación de los recursos personales, debe considerarse la creación del Cuerpo de Ayudantes, la ordenación de los Cuerpos generales y la adecuación de la normativa a la nueva legislación en materia de asociación y sindicación general y funcional conforme analizaremos posteriormente.

⁷⁵ En 1.977 la llamada “crisis del petróleo” desencadenó una espiral inflacionista y socavó los cimientos de la economía. En pleno cambio político, el Gobierno de Suárez se vio forzado a efectuar un duro ajuste basado en la contención salarial y en la disciplina fiscal. En un escenario de alta inflación y elevadas tasas de desempleo se afrontó una inversión desconocida hasta el momento en la adecuación de las infraestructuras carcelarias.

Los antecedentes de la llamada crisis económica de la Transición se han situado en el día 6 de octubre de 1.973, día del Yom Kipur para los judíos, en el que las tropas de los países árabes vecinos lanzaron una ofensiva a gran escala contra Israel. Tras tres semanas de combates, los israelíes apoyados por Estados Unidos lograron restablecer su hegemonía. Esta breve guerra provocó que los países árabes decidieran utilizar el petróleo como arma económica, multiplicándose su precio en muy pocas semanas y poniendo fin a un largo periodo de crecimiento económico iniciado con la Segunda Gran Guerra. A esta crisis global se sumó en España una profunda crisis política y social. Así, el 20 de diciembre del mismo año moría asesinado en Madrid el almirante Luis Carrero Blanco, Presidente del Gobierno y hombre de confianza de Franco. Estos dos acontecimientos marcaron decisivamente la trayectoria española de los siguientes años. Prueba de la dificultad económica lo ofrecen las cifras de inflación (próximas al 20% en 1.976), el déficit de la balanza exterior por cuenta corriente (4.000 millones de dólares) y creciente déficit del Estado. La situación se afrontó siendo Ministro de Economía Fuentes Quintana mediante los llamados “Pactos de la Moncloa”, acuerdos basados en un ajuste económico a corto plazo sustentado en la contención salarial, una política monetaria restrictiva, la reducción del déficit público y la adopción de un sistema de cambios flotantes para la peseta, con su consiguiente devaluación. Además se modernizó el sistema fiscal, se aprobó un nuevo marco legal para las relaciones laborales y se procedió a liberalizar el sistema financiero. Sobre la situación económica del momento: GARCÍA VILLAREJO, A. España ante la actual crisis económica. Colección Politeia. Ed. Labor. Barcelona, 1.977. GARCÍA DÍEZ, J.A. *La Economía de la Transición Española*”. Revista Claves de Razón Práctica nº 18. Madrid, diciembre 1.991. Págs. 32 a 39.

⁷⁶ En el mes de noviembre de 1.975 el Gobierno español aprobó el primer programa de necesidades del sistema penitenciario para el cuatrienio 1.977-1.980, en desarrollo del IV Plan de desarrollo económico. TELLEZ AGUILERA, A. *Los Sistemas Penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*. Edisofer, S.L. Madrid, 1.998. Págs. 119 a 124.

6.2.- El mandato de Haddad Blanco en la Dirección General

Infraestructuras, personal adecuado y normativa acorde con los nuevos principios constituyeron los ejes de este primer abordaje del problema carcelario en la democracia incipiente.

Para llevar a cabo esta reforma, el día 9 de diciembre de 1.977 el Subsecretario del Departamento Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona cesa en su cargo al Director General de Instituciones Penitenciarias Jesús Moreno Moreno y nombra en su lugar a Jesús Haddad Blanco⁷⁷, quien solamente pudo llevar a cabo esta tarea hasta el día 22 de marzo de 1.978, fecha en la que fue asesinado en atentado terrorista cometido por elementos integrantes de la banda armada Grapo.

Esta acción criminal se produjo dentro una espiral de violencia intensa de diverso origen y en un clima de inseguridad ciudadana que condicionó la evolución de la legislación y la situación penitenciaria española de las décadas posteriores.

Con anterioridad, un momento trascendental para comprender la realidad delictiva en España y su repercusión en el ámbito penitenciario lo constituye el hecho de que, en plena dictadura franquista, un escaso número de estudiantes nacionalistas crearon el 1.958 el grupo EKIN (*“acometer”*) y, tras romper con el Partido Nacionalista Vasco, a quienes acusaban de asistir cruzados de brazos a la *“destrucción de la patria vasca”*, constituyeron Euskadi Ta Askatasuna (ETA, Euskadi y libertad). Se conoce también que la reunión constitutiva se celebró el 31 de julio de 1.959, festividad de San Ignacio de Loyola y fecha elegida por Sabino Arana para fundar en 1.895 el Partido Nacionalista Vasco.

⁷⁷ Miembro del Partido Socialdemócrata presidido por Francisco Fernández Ordóñez hasta su disolución en la Unión de Centro Democrático. En distintas entrevistas había dejado claro su planteamiento filosófico resocializador, sirviendo como ejemplo las siguientes palabras: *“Una cárcel debe ser, sencillamente, un pueblo corriente y moliente, que se diferencia de otros porque la vida comunitaria se hace en un espacio físico determinado. Así yo concibo la cárcel en el aspecto físico, porque en el plano moral es una escuela, una escuela de ciudadanía”*. Diario ABC. 23 de marzo de 1.978. Pág. 6.

Diez años después, esta asociación criminal activó una secuencia imparable de acciones delictivas mantenidas hasta fechas recientes. A los crímenes de esta banda delictiva de corte nacionalista radical se fueron sumado diversos grupos extremistas de distinta ideología y objetivos que, de forma más o menos intermitente, han actuado en los últimos cuarenta años en España⁷⁸. Uno de estos es el llamado Grupo Revolucionario Antifascista Primero de Octubre (G.R.A.P.O)⁷⁹, al que pertenecía el comando que segó la vida de Haddad Blanco recién asumida su responsabilidad en la Administración penitenciaria.

⁷⁸ En verano de 1975, el Frente Revolucionario Antifascista y Patriota (FRAP), organización marxista-leninista asesina a 3 personas. Se disolvieron en 1978. También actuaron las Fuerzas Armadas Guanches (FAG, 1976-1978), un grupo independentista canario. En 1978 empezaron las acciones de Terra Lliure, grupo independentista catalán, que no desaparecería hasta 1995. También se produjeron una serie de atentados a cargo de grupúsculos de extrema derecha neofascista, usando nombres como la Alianza Apostólica Anticomunista (AAA o "Triple A"), Antiterrorismo ETA (ATE), Grupos Armados Españoles (GAE), Guerrilleros de Cristo Rey o Batallón Vasco Español (BVE). Sus víctimas mortales, entre 15 y 40 personas, incluyen desde abogados laboristas de izquierdas (la "matanza de Atocha") a militantes de ETA, así como ciudadanos sin relación con la política. Su fracaso en su intento de abortar la transición los abocó a su desaparición definitiva en 1982. A principios de los ochenta, ETA político-militar (rama escindida de ETA) decide renunciar a la violencia y reconvertirse como un partido político. En 1980 surgirá también en Andalucía los Grupos Armados 28 de Febrero (GAVF), cuyos actos no pasaron de daños materiales. Durante el primer Gobierno del socialista Felipe González aparecieron los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL) que actuaron entre 1983 y 1987, principalmente en el País Vasco francés.

⁷⁹ El origen de la organización terrorista GRAPO se remonta a la década de los 60, cuando un grupo de radicales marxistas-leninistas escindidos del PCE y en el exilio se reunieron en Bruselas para fundar la Organización de Marxistas Leninistas Españoles (OMLE), que se autodisolvió en 1975. De ahí surgió el Partido Comunista Español Reconstituido (PCE-r), en cuyo primer congreso, en ese mismo año, se decidió crear una "sección técnica" o brazo armado del partido, los GRAPO. El grupo terrorista abrió su historial delictivo el 2 de agosto de 1975 contra dos guardias civiles en el canódromo de Madrid, uno de los cuales falleció. A lo largo de su violenta carrera eligieron mayoritariamente como blancos a edificios públicos de Madrid, Cataluña, Galicia y Zaragoza. Entre sus acciones más trascendentes, además del asesinato de Jesús Haddad Blanco ordenado por su líder Sánchez Casas, destaca el secuestro del presidente del Consejo de Estado Antonio María de Oriol y Urquijo (11.12.1976), el secuestro del teniente general y presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar Emilio Villaescusa Quilis (24.1.1977), el asesinato del presidente de la Sala VI del Tribunal Supremo Miguel Cruz Cuenca o el atentado contra la cafetería madrileña "California 47" que produjo 8 muertos y 40 heridos (29.5.1979).

Desde aquellos momentos la sociedad española se ha visto amenazada y golpeada por grupos terroristas autóctonos y alóctonos⁸⁰ que ha motivado y modulado la respuesta punitiva del Estado y condicionado la legislación y la práctica penitenciaria hasta la fecha actual, aspecto que se analizará en el Capítulo correspondiente.

Respecto a la realidad objetiva sobre la que el Director General actuó durante los cuatro breves meses en los que ocupó esta alta responsabilidad, es revelador el informe de urgencia elaborado por la Comisión especial constituida en el Senado, presidida por Manuel Iglesias del Corral, encargada de la investigación sobre la situación carcelaria y cuyos resultados fueron analizados en sesión de 28 de marzo de 1.978 y publicado en todos los periódicos nacionales, que entre otros aspectos señalaba:

“La conflictividad actual de las prisiones arranca sus raíces del desajuste existente en la evolución social y política que en 1.975 ha experimentado la vida política española y la situación en las prisiones, donde poco o nada sustancial ha cambiado, salvo la pérdida del orden y disciplina anteriormente impuestos de forma autoritaria y meramente externa.

Esta opinión ha sido corroborada por un sector importante de funcionarios, incluso a nivel de dirección, que muchas veces comparten y otras veces simplemente constatan, la existencia de esta situación.

El interno se encuentra en unas condiciones de vida que tienden a agudizar su marginación social, dificultando su reeducación, readaptación y reabsorción en la sociedad una vez cumplida condena.

Estas condiciones son consecuencia fundamentalmente de:

Falta generalizada en la práctica de una observación, clasificación y tratamiento racionales y científicos, en función de las características de los internos.

⁸⁰ En 1985 se produjo un atentado contra el restaurante madrileño “El Descanso”, frecuentado por militares estadounidenses, que mató a 18 personas e hirió a más de 100, achacándose a grupos islamistas radicales. La posterior investigación no pudo determinar la autoría de los atentados. El 11 de marzo de 2004 un atentado cometido por islamistas en Madrid mató a 191 personas e hirió a más de 2000, siendo este el atentado más sangriento ocurrido en España.

Aglomeración indiscriminada de primarios y reincidentes, preventivos y penados, menores con adultos, psicóticos, homosexuales, drogadictos, etc., lo que motiva situaciones de promiscuidad con todas sus perniciosas consecuencias.

Ruptura del interno con su medio exterior: falta de una comunicación real con su medio familiar y habitual. Imposibilidad de relaciones afectivas a todos los niveles, con el lógico deterioro y degradación de la vida familiar. La desconexión y dificultad de acceso de los internos a los medios de comunicación de masas.

Se comprueba una excesiva intervención en algunos centros con respecto a la entrada de diarios, revistas y libros, careciendo en su mayoría de instalaciones que posibiliten la práctica de deportes y el empleo de tiempo libre en actividades culturales y de todo tipo.

Se observa que no existe en los establecimientos penitenciarios un sistema de enseñanza y de formación profesional acorde con los derechos del ciudadano.

Los talleres no cumplen su misión de centros de formación y de sostén económico del recluso y de su familia, sino que en general se convierten en formas de explotación, no cumpliéndose el principio de asimilación al obrero libre, tanto en lo relativo a salarios como en lo referente a condiciones laborales, y a su inclusión en el régimen de la Seguridad Social.

Se ha comprobado una insuficiencia tanto de medios como, en algunos casos, de dedicación profesional en la asistencia sanitaria. En algunos establecimientos las relaciones con los servicios sanitarios del exterior funcionan todavía en régimen de beneficencia.

Algunos internos han manifestado su opinión de hallarse insuficientemente asistidos en orden a su defensa, en algunos casos por razón de la intervención de sus abogados y, fundamentalmente, en relación a procedimientos y sistemas de enjuiciamiento.

Se ha comprobado la excesiva prolongación en el tiempo (en algunos casos hasta cuatro años) de la situación de preventivos en espera de juicio.

En lo que respecta a los establecimientos dedicados al internamiento de mujeres, se detecta la conveniencia de que sean atendidos por el Cuerpo de

Funcionarios Femeninos, con erradicación de cualquier otra institución que actualmente esté cumpliendo ese cometido, así como de cualquier tipo de discriminación a que se encuentran sometidas.

Las relaciones entre los internos y los funcionarios son conflictivas, en la medida que no se aplican ni se pueden aplicar las reformas del Reglamento, lo cual hace imposible una convivencia estable.

La actual situación ha desbordado las posibilidades del Cuerpo de Funcionarios de Instituciones Penitenciarias, quienes se consideran incapaces de cumplir su misión.

Los funcionarios de prisiones tienen planteadas una serie de reivindicaciones referente a su equiparación al resto de funcionarios públicos al servicio de la Administración Civil del Estado y especialmente en lo que se refiere a jornadas laborales, nocturnidad, seguridad y condiciones de trabajo...

Por otra parte, también se han recibido informes de los funcionarios expresivos del deseo de éstos de que se les conceda el derecho de libre asociación sindical....

En su virtud, se formulan las siguientes conclusiones:

Que la situación penitenciaria, a través de todos sus estadios (disciplina, alcance de los fines de la pena, observancia de una política humanitaria, instalaciones, deberes y derechos de los reclusos y de los funcionarios, vigilancia de los fines sociales, etc.) ofrece una situación lamentable, una quiebra del sistema y de su desarrollo”.

En esta coyuntura eran constantes los conflictos en diversos centros por lo que Jesús Haddad Blanco dictó un conjunto de normas internas de diverso contenido, algunas de carácter restrictivo y otras avanzando medidas aperturistas, adelantando y precipitando soluciones de emergencia.

De forma simultánea el Ministerio de Justicia, ante la difícil situación intramuros, decide acelerar las reformas legislativas emprendidas hasta la configuración de la Constitución insistiendo en la defensa del orden jurídico y la paz social como metas irrenunciables.

La respuesta interna organizada apareció en enero de 1.977 cuando se crea la “*Coordinadora de Presos en Lucha (COPEL)*” que buscó su reconocimiento como interlocutora válida para la defensa de sus demandas⁸¹ obteniendo un tímido apoyo a través de muestras de solidaridad

⁸¹Varias décadas después, sorprende el contenido de las reivindicaciones para la reforma del sistema. Se contemplaba distintos aspectos, como los trabajos penitenciarios, la sanidad e higiene, alimentación, comunicaciones y censura, instalaciones, educación, cultura física, deportes, actividades recreativas y disciplina. Según informó la edición del Periódico “El País” de fecha 30 de julio de 1.977, la COPEL “*califica el sistema penitenciario actual como de continua violación de los derechos del hombre y de su dignidad, pide que el trabajo en las prisiones de España sea formativo, no embrutecedor, y que tienda a la promoción profesional del recluso, a su equiparación sindical y a la supresión del calificativo perpetuo de educando. Asimismo, solicita la participación del recluso-trabajador en la estipulación de salarios, contratación de trabajos, etcétera, y pide que el trabajo sea voluntario, que se supriman los talleres no formativos por otros de formación profesional y que se cree un carnet de paro para el ex recluso en libertad, con prestación económica hasta que encuentre trabajo. Asimismo, se solicitan instalaciones de seguridad y servicios contra incendios, fiscalizados periódicamente.*”

Respecto a las reivindicaciones, este periódico reflejó: “*En el terreno de la sanidad e higiene, el documento de la Coordinadora de Presos en Lucha pide para las prisiones una desinfección y desratización periódicas, una mayor limpieza de comedores y utensilios, revisada por una comisión de presos, depósitos de basura adecuados, duchas de agua caliente y fría, W. C. con agua corriente, educación sanitaria por personal especializado y solución periódica al problema sexual en instalaciones adecuadas. Asimismo, se solicita un reconocimiento médico a fondo, por lo menos una vez al año, vacunación y evitar los diagnósticos a ojo clínico. También se considera la necesidad de que todo centro penitenciario cuente con un equipo médico completo y de que los diagnósticos psiquiátricos los efectúe un equipo médico.*”

“*Por lo que respecta a la alimentación, los reclusos solicitan una mayor variedad en los menús y control para que la comida esté en condiciones higiénicas y sanitarias «ya que se han dado casos de aparecer en las comidas insectos, papeles, piedras, objetos, etcétera». La COPEL pide también que la condena se cumpla en el centro penitenciario más próximo al lugar de residencia de los familiares del recluso, que éste tenga libertad de comunicación con cualquier persona, familiar o no, y la posibilidad de abrazar o besar a la familia como mínimo una vez al mes, además de alargar la duración de las visitas y de recibirlas en condiciones de una mínima comodidad, ya que en algunos centros no hay ni sillas. Con respecto a las comunicaciones legislativas, se pide el contacto directo con los abogados en cualquier circunstancia. Asimismo, se considera indispensable la supresión de la censura en cartas, libros y revistas y se quiere que los cacheos de paquetes- postales se hagan en presencia del recluso.*”

“*El documento de la Coordinadora de Presos en Lucha pide la exterminación del analfabetismo en las prisiones y la posibilidad de redimir condena por cursos de formación cultural, profesional o de idiomas, así como el acceso a todo tipo de libros y la existencia de bibliotecas en las cárceles. La COPEL solicita también instalaciones deportivas en los centros, contratación de películas que interesen a los reclusos, con «desaparición del dirigismo del cura de la prisión.», y derecho a ver un programa informativo de televisión como mínimo.*”

“*En el orden disciplinario, se pide la desaparición de los toques de oración y las imaginarias, la supresión del aislamiento en celdas de castigo y la desaparición del criterio del recluso como colaborador con el orden establecido.*”

Sobre el origen de la Coordinadora de Presos en Lucha, sus fines y los apoyos recibidos: GALVÁN GARCÍA, V. “*Sobre la Abolición de las Cárceles en la Transición Española*”. Haol. Historia Actual On Line. (Edición digital: www.historia-actual.org) número 14. Pág. 127 a 131. LORENZO RUBIO, C. *Cárceles en llamas. El movimiento de presos sociales en la Transición*. Virus Editorial. Barcelona, 2.013.

en el ámbito penitenciario, partidos de extrema-izquierda y familiares y amigos.

Este movimiento, que acoge como propios los planteamientos de FOUCAULT expresados en la obra *“Vigilar y Castigar, el nacimiento de la prisión”* (aparecida en Francia en 1.975 y traducida y publicada inmediatamente después con amplia repercusión en ambientes filosóficos y sociológicos) sumó apoyos de relevantes intelectuales y políticos que, en cierta medida, coadyuvaron a impulsar la reforma proyectada. Alimentado desde colectivos externos y por varios de los grupos políticos surgidos, cuajó en los reclusos el anhelo y la expectativa de obtener prontamente la libertad física y política propiciada por la extensión de la idea de que todos eran víctimas del franquismo y de las estructuras sociales injustas de la sociedad.

6.3.- Las Órdenes Circulares de la Dirección General de II.PP.

Hasta que se aprobó la deseada Ley General Penitenciaria fue preciso atajar el movimiento de insurrección que, además de dejar destrozados más de una treintena de establecimientos, conmocionó a la opinión pública y evidenció la existencia de un sistema punitivo impropio de un país desarrollado⁸². Las soluciones tomadas para combatir la rebelión de los reclusos y encauzar la comprometida reforma consistieron en tres tipos de acciones: concesión de varias de las reivindicaciones reiteradamente solicitadas; aseguramiento progresivo de una ordenada convivencia en el interior de los establecimientos indispensable para el cambio y modificaciones normativas tendentes a cubrir los vacíos producidos por el desajuste entre la realidad social y las normas vigentes.

⁸² Se produjeron de forma coordinada revueltas y motines en las prisiones de Málaga, Las Palmas, Carabanchel, Valencia, Oviedo y Zaragoza, con daños y destrucciones cuantiosas, además de la muerte de dos internos que perecieron carbonizados en la última de las citadas. En el resto de centros la conflictividad creció hasta límites incompatibles con los mínimos requisitos de una ordenada convivencia. El propio Senador Rogelio Borrás Serra, miembro de la Comisión de investigación de los establecimientos señaló: *“seamos conscientes de que si no conseguimos antes de Navidad un indulto bastante generoso, se va a recrudecer la situación en las prisiones españolas hasta extremos insospechados, que pueden originar un estallido general, que va a trastornar la marcha de todo el país, y hemos de procurar evitarlo.”* Diario ABC de 16 de diciembre de 1.977. Pág. 10.

Todas las medidas, algunas previas a la reforma reglamentaria de 1.977 (e incluso a la incorporación de Haddad Blanco) y otras firmadas con posterioridad se establecieron a través de las Órdenes Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Estas importantes disposiciones, carentes de la consideración de fuente de derecho, de carácter inspirador y unificador del funcionamiento de los establecimientos y sus órganos de dirección y de los criterios de actuación de sus profesionales, fueron útiles para adecuar las resoluciones y homogeneizarla actuación de la Administración, dando respuesta a las exigencias del momento y ofreciendo alternativas ponderadas y proporcionadas a las necesidades cambiantes en situaciones extremas⁸³.

Las fechas en las que se dictaron estas Circulares fueron: 13 de abril de 1.977, 14 de octubre de 1.977 (que derogó otras previas de 21 de abril, 29 y 31 de mayo, 6 de junio y 24 de julio) y 3 de febrero, 31 de julio, 1 de septiembre, 16 de noviembre y 29 de diciembre de 1.978.

La Circular de 13 de abril de 1.977, previa en el tiempo a la reforma reglamentaria de ese año y que anticipa su contenido, aborda una serie de cuestiones que establecen la mayor flexibilidad en las comunicaciones y visitas vis a vis de los internos, la supresión de la censura para los libros, prensa o revistas de libre circulación en el territorio nacional, la autorización del uso de transistores y cassetes pedagógicos, la implantación del régimen de cogestión en el establecimiento en lo relativo a cine, juegos recreativos, deportes, limpieza y alimentación, así como la fijación de los horarios de televisión, economato y escuela, pasando por la supresión de imaginarias durante la noche, despenalización de las huelgas de hambre y autolesiones llevadas a cabo de forma pacífica, tolerancia respecto al aspecto físico de los internos, autorización a utilizar el dinero de libre circulación en el exterior, provisión a los centros de ropa de cama, dotación de platos y cubierto completo y concesión de botellines de cerveza durante las comidas.

⁸³ Respecto al valor jurídico de las circulares e instrucciones, tradicionalmente se ha puesto en cuestión su condición de fuente de Derecho administrativo, lo que no era impedimento para que el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1.957, vigente en aquel momento, los citara como tal junto a los Reglamentos y demás disposiciones de carácter general.

En esta misma Circular se hace referencia a determinados aspectos relacionados con los funcionarios como flexibilidad en su uniformidad y aspecto externo, horario laboral y dotación de instalaciones dignas. También se indica de manera decidida el apoyo de la Dirección General a la aspiración al asociacionismo profesional. En consecuencia y con la inmediatez que permitió este instrumento, se da respuesta a las legítimas demandas de este colectivo esencial para alcanzar los resultados deseados de transformación de la realidad carcelaria.

El contenido de las disposiciones establecidas y los ámbitos sobre los que se inciden lleva a considerar la necesidad urgente de actualizar la legislación aplicable, debiéndose aplicar sobre un sistema orientado exclusivamente al control de las personas privadas de libertad carentes de numerosas posibilidades disponibles para el resto de ciudadanos. De igual manera, se realiza un reconocimiento incipiente a los profesionales de la importancia de su labor que parece trascenderá de la mera retención y custodia de los reclusos, siendo convocados y concernidos a una función rehabilitadora y reeducadora más exigente y también más gratificante desde el punto de vista personal y útil socialmente.

La segunda Orden Circular de fecha 14 de octubre de 1.977, una vez en vigor la modificación reglamentaria de ese año, derogó otras anteriores sobre el mismo tema y estableció un ambicioso y matizado plan de concesión de permisos de salida a los internos que servirá para el acercamiento al mundo libre y posterior reinserción social. Se adelanta, en vía administrativa, uno de los aspectos más destacados de la legislación vigente.

Con esta modificación no solo se otorgaron permisos en supuestos de fallecimiento o enfermedad grave de familiares, por matrimonio o nacimiento de hijos de reclusas sino que, previa autorización judicial, también alcanzan a los presos preventivos, destinándose la parte principal de la norma legal a explicar el método de concesión de salidas regulares a penados de duración ordinaria de veinticuatro, cuarenta y ocho horas o siete días y de fines de semana, con mención de los requisitos necesarios para

obtenerlos fundados tanto en criterios objetivos (grado de tratamiento penitenciario y distancia del punto de destino) como subjetivos (conducta observada y necesidades familiares y profesionales); obtención de garantías referidas al apoyo familiar para entregar en su presencia al interno; exigencia del billete de ida y vuelta para el trayecto y estar en posesión del dinero adecuado. Se prevén licencias temporales que operarán de manera automática en los Centros abiertos para todos los días festivos y fines de semana.

La política de concesión de una serie de oportunidades a los reclusos se completa con el Acuerdo del Patronato de Nuestra Señora de la Merced de 9 de mayo de 1.977 que posibilitó que, a propuesta de la Dirección General y a los solos efectos de redención de penas por el trabajo y libertad condicional, se invalidaran las anotaciones de faltas disciplinarias derivadas de motines, plantes y actos de destrucción de los establecimientos llevados a cabo con anterioridad al 31 de marzo⁸⁴. Se trata de una medida generosa que permitió la no consideración de los incidentes acaecidos dentro del contexto de violencia vivido en los meses previos para acceder a las nuevas posibilidades ofrecidas.

Adoptado en el momento más crítico de los conflictos surgidos, tenemos la disposición contenida en la Circular de 29 de mayo de 1.977 (vigente hasta el 14 de octubre) que declaró la excepcionalidad de las excarcelaciones hospitalarias en casos de autolesiones de reclusos procurándose, como regla general, la asistencia sanitaria por el personal y medios de que dispusiera cada centro y reclamándose, si fuese preciso, la cooperación de los médicos forenses o acudiéndose a la contratación de los servicios facultativos complementarios si no dispusiera el establecimiento del personal suficiente.

Se previeron los casos en los que los internos fueran dados de alta por los establecimientos hospitalarios y reingresados en sus centros respectivos. Si

⁸⁴ Un análisis de la situación carcelaria del momento se encuentra en el artículo publicado por CABALLERO ROMERO, J.J. *“La conflictividad en las prisiones españolas: una perspectiva histórica y sociológica”*. Revista de Estudios Penitenciarios. Números 232-235. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.981. Págs. 137 y ss.

se obstinasen en retornar de inmediato a aquellos con nuevas autolesiones, debía procederse de manera que tal deseo no fuera permitido mientras la situación clínica de recluso no sufriera alteraciones. Se recordó a las Juntas de Régimen que, aunque siguieran quedando sin correctivo disciplinario las huelgas de hambre, autolesiones o ingestión de cuerpos extraños que se efectuaran de manera pacífica, sí se impondría la sanción proporcionada a la falta cometida cuando tales conductas se acompañasen de probados insultos o graves vejaciones a funcionarios y personal facultativo, amenazas y coacciones al resto de los internos o destrozo de las instalaciones.

La Circular de 31 de mayo de 1.977 (también vigente hasta el 14 de octubre) estableció criterios de actuación de los funcionarios y se advertía sobre el régimen de cogestión establecido el 13 de abril. Contuvo una prohibición radical de malos tratos a los reclusos y recordaba que, en supuestos de graves alteraciones de la convivencia, indisciplina manifiesta o negativa al cumplimiento de órdenes legales, el Reglamento permitía emplear “*la coacción material dirigida exclusivamente al restablecimiento de la normalidad*”, a la vez que proclamaba como toda falta disciplinaria lleva consigo el proporcionado y razonable castigo. Además se advertía acerca de la diferencia entre el régimen de cogestión y otro de autogestión por parte exclusiva de los reclusos que pretendían imponer su solo deseo en el interior, debiendo ser cortada tal situación pues era incompatible con la alta misión social atribuida a los funcionarios, únicos llamados a dirigir los centros de detención y cumplimiento.

La Circular de 6 de junio de 1.977 (también de corta vigencia) reiteró la obligación que incumbe a los funcionarios de practicar periódicas e intensas requisas y cacheos, con el apoyo y colaboración de la Fuerza Pública si fuera preciso, en orden a garantizar la seguridad de los recintos penitenciarios con el fin realizar los fines de custodia legalmente establecidos.

La de 24 de julio reguló la normativa del régimen interior de las prisiones para poner al alcance de las juntas de régimen todos los medios legales posibles para evitar la transmisión epistolar de consignas de prisión a

prisión, libre correspondencia desde los centros de cartas y misivas firmadas por meras siglas, comunicaciones orales con personas ajenas al círculo legal o familiar y excesos injustificables en la interpretación de las normas que rigen la cogestión, cuanto a la excesiva liberalidad regimental de que disfrutaban, no sólo los internos más peligrosos sino la población reclusa en su práctica totalidad.

La Circular de 3 de febrero de 1.978, tuvo un contenido restrictivo, tendente a contrarrestar la presión de grupos organizadas en los centros que alteraban el orden y la disciplina de manera intolerable, abordando la situación mediante la concentración de sus líderes en la prisión de El Dueso en Santoña.

La Circular de 1 de septiembre reguló, en situaciones de normalidad, la enseñanza en los establecimientos, adaptada a las orientaciones dictadas por el Ministerio de Educación y Ciencia, iniciando la posterior reforma emprendida para establecer una auténtica educación permanente de adultos que, en su día, permitiera a los reclusos responder a las exigencias de participación responsable y promoción social y comunitaria.

Las disposiciones contenidas en esta Circular fueron recogidas en el Capítulo X del Título II de la Ley, que regula la Instrucción y Educación, y responde a los postulados que en materia educación de adultos regían en aquel momento, aspecto que había experimentado un gran aumento debido a las campañas de alfabetización realizadas para erradicar el analfabetismo existente.

La legislación estaba constituida por la Ley de 4 de agosto de 1.970, General de Educación, que estableció la escolaridad obligatoria hasta los catorce años y el graduado escolar como titulación que cerraba con éxito la etapa de la Enseñanza General Básica. Con ella aparece la educación permanente de adultos que sustituye a las escuelas de alfabetización, siendo desarrollada por la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 26 de julio de 1.973 que crea un ámbito de actuación todavía precario en el que lo más característico es, además de la falta de medios materiales y de instalaciones adecuadas, la incapacidad del profesorado para evaluar a los

alumnos. Los maestros preparaban pero no tenían capacidad para conceder títulos, siendo los tribunales constituidos al efecto (que incluían a los maestros que preparaban) los que, tras superar una prueba final, realizaban las correspondientes propuestas de titulación.

Especial significación (por la simbología que tuvo en el contexto de consolidación del proceso democrático) posee la Circular de 16 de noviembre de 1.978, que articuló el ejercicio del derecho al voto de los internos en el Referéndum Constitucional del seis de diciembre, posibilitando que los internos clasificados en tercer grado con acceso al régimen abierto salieran a votar en persona ante la mesa electoral correspondiente y, en los demás casos, condicionado al mantenimiento del derecho de sufragio activo, pudieran realizarlo por correo conforme a la legislación vigente del momento⁸⁵.

La última Circular del año 1.978, fechada el 29 de diciembre, se dictó respondiendo a la normalización alcanzada en la convivencia y abordó las singularidades de los estudios a realizar en los establecimientos, estableciendo disposiciones relativas a la asistencia voluntaria a las clases impartidas, previo informe de los equipos de observación y tratamiento, destinadas a la obtención del certificado de escolaridad y concebido como un requisito para el acceso al mercado laboral.

Estos estudios que comprendían la superación de los dos primeros ciclos de la educación permanente de adultos debían considerarse para la concesión de permisos especiales de salida, progresiones de grado, comunicaciones y reducciones de pena, organización de cursillos monográficos en función a las aficiones y preferencias de los internos y su evaluación final. La Circular eximió definitivamente a los profesores de Enseñanza General Básica de II.PP. del uso del uniforme en el desempeño de su labor profesional⁸⁶.

⁸⁵ Constituida por el Regla 11 del artículo 22 del Real Decreto 2.120/1.978, de 25 de agosto, por el que se elaboraron normas para la celebración de consulta directa a la Nación.

⁸⁶ Aplicando el mandato constitucional que en fechas inmediatas entraría en vigor (Art. 27.1.2º), el Art. 2 de la Ley General de Educación y el 118.2º del Reglamento de Servicio

Analizando el contenido de las medidas dispuestas y valorando el contexto en extremo complejo en el que se produjeron, podemos concluir que se actuó con firme decisión y gran inteligencia, adelantando el sentido propio de la legislación venidera. El orden necesario se consolidó progresivamente y se sentaron las bases seguras de actuación del personal penitenciario, pudiendo radicar en estas normas de carácter interno una parte importante de la modernización del sistema español.

6.4.- Justificación de la reforma del Reglamento penitenciario

Como hemos señalado, la conflictividad existente estaba motivada, fundamentalmente, por una progresiva concienciación de los reclusos en defensa de sus derechos, a la vez que, en muy superior medida, por sentimientos de discriminación creados por la amnistía otorgada a los delincuentes de intencionalidad política y la no concesión de un indulto general para los comunes.

En este momento se habían sucedido dos medidas de hondo calado político futuro: un tímido indulto real, aprobado por Decreto 2.940/1975, de 25 de noviembre, con motivo de la proclamación de S.M. Don Juan Carlos de Borbón como Rey de España y el Real Decreto-Ley 10/1.976, de 30 de julio que concedió la amnistía por todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el Código Penal o en leyes penales especiales⁸⁷.

de Prisiones, así como las conclusiones elaboradas en la Asamblea Nacional de Profesores de E.G.B. de Instituciones Penitenciarias.

⁸⁷El alcance del indulto se establecía en el artículo 1 en los siguientes términos: "1. Se concede amnistía por todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el Código Penal o en leyes penales especiales no mencionadas en el apartado siguiente, en tanto no hayan lesionado la vida o la integridad de las personas o el patrimonio económico de la Nación a través del contrabando monetario, ya se hayan cometido dentro o fuera de España, siempre que la competencia para su conocimiento corresponda a los Tribunales españoles. 2. Se concede también amnistía por los delitos de rebelión y sedición tipificados en el vigente Código de Justicia Militar, así como los previstos en los artículos 315 a 318, ambos inclusive, del propio Código y los equivalentes a cualquiera de ellos en los derogados Códigos de Justicia Militar y Penal de la Marina de Guerra. Respecto de los delitos incluidos en leyes especiales complementarias de tales Códigos, se estará a lo dispuesto en el apartado anterior. 3. Se amnistía igualmente a los prófugos y desertores, sin perjuicio de la situación militar que por su edad les corresponda. 4. También son amnistiados los que por objeción de conciencia se hubieren negado a prestar el servicio militar en los términos previstos en el artículo 383 bis del Código de Justicia Militar. La amnistía no comprenderá, sin embargo, la incapacidad del

Como resaltó GARCÍA VALDÉS, se parte de una situación crítica política y socialmente y convulsa en el ámbito penitenciario. Así lo narra en este texto:

“En este intervalo temporal de intensa actividad política y evolución social la situación en las prisiones permanecía inmodificada en muchos aspectos. Valorando los tibios avances producidos en los últimos años, se consideró que la instrucción y la educación seguían siendo elementales y el trabajo escaso y meramente manipulativo, aunque se hubieran mejorado las retribuciones y la seguridad social. La asistencia religiosa, que formalmente tenía el carácter de absolutamente libre, se desarrollaba en todos los aspectos de la vida diaria y en un contexto cerrado claramente marcado por la pervivencia de usos y esquemas propios de periodos pasados. La alimentación había sido mejorada, aunque persistían deficiencias relacionadas con la falta de personal cualificado para su confección y con la escasez presupuestaria padecida.

En materia de funcionarios también se empiezan a notar las modificaciones legislativas de los años previos, caminándose hacia la reestructuración de los Cuerpos penitenciarios en línea con las modificaciones legales en materia de función pública, que abarcaba desde el reconocimiento del derecho de asociación y sindicación a una mejora en las condiciones laborales y salariales.

Desde el punto de vista científico, la Escuela de Estudios Penitenciarios trató de culminar la consolidación de su estatuto orgánico-administrativo e investigador, en línea con centros semejantes de formación de funcionarios penitenciarios del resto de países, si bien todavía de manera incipiente en cuanto a la producción científica e investigadora, siendo fruto principalmente de la dedicación y entrega de los profesionales que la integraban y no de una modificación radical de los planteamientos gubernativos.

condenado, mientras no se rehabilite, para ingresar al servicio de la Administración Militar y para obtener permiso de tenencia y uso de armas. 5. La amnistía se extiende a los quebrantamientos de condena de los delitos amnistiados y no comprende los delitos de injuria o calumnia perseguidos a instancia del ofendido, salvo que medie perdón de éste. 6. La amnistía de los delitos y faltas mencionadas en los apartados precedentes alcanza a los cometidos con anterioridad al día 30 de julio de 1976.”

La asistencia post-penitenciaria, aspecto clave no integrado en el sistema, seguía siendo poco apreciable por falta de medios personales y especializados”⁸⁸.

Visto con la perspectiva necesaria, la reforma iniciada, gestionada y desarrollada con decisión y mesura, constituyó una brillante respuesta modernizadora de la situación anterior, adoptándose de manera realista frente a la posibilidad de plantear un indulto general para presos sociales, alternativa ponderada y rechazada por la práctica totalidad de miembros del Senado, incluidos los del Partido Comunista, y previo acuerdo de los dos grupos mayoritarios (UCD y PSOE).

Nos hallamos ante una época convulsa y agitada, repleta de carencias y de ilusiones, en la que la reforma de 1.968 no había rendido todas sus posibilidades y se demandaba con insistencia una nueva normativa definitiva optándose por la reforma de la vigente, la potenciación de las novedades introducidas y la refundición y armonización de todas en un solo texto normativo del más alto rango. Así lo expresaba BUENO ARÚS bajo la rúbrica “*final esperanzado*”:

“Partiendo de una Sociedad democrática y de unas leyes penales y procesales justas, de un sistema de Seguridad Social omnicompreensivo, de unas instituciones públicas y privadas representativas, y de la necesidad (de momento insoslayable) de mantener la pena de prisión, un sistema penitenciario que persigue la humanización del castigo y la reinserción social del hombre en una Sociedad renovada, y que pone en marcha para conseguirlo una renovación profunda de establecimientos, medios de tratamiento, personal y búsqueda de oportunidades es, sin duda, un buen principio, pese a los inconvenientes y a los nubarrones”⁸⁹.

⁸⁸ GARCÍA VALDÉS, C. “*Un año de reforma penitenciaria*”. Cuadernos de Política Criminal Nº 7. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1.979. Págs. 46 y 47.

⁸⁹ BUENO ARÚS, F. “*Aspectos Positivos y Negativos de la Legislación Penitenciaria Española*”. Cuadernos de Política Criminal Nº 7. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1.979. Pág. 27

7.- EL REAL DECRETO 2.273/1.977, DE 29 DE JULIO

La reforma de 1.977 configura un conjunto complejo y completo de derechos y obligaciones de los internos que aportan una sólida base jurídica delimitadora de su status de persona privada de libertad y sometida especialmente a los poderes del Estado⁹⁰. Se concreta lo que posteriormente dispuso el artículo 9.3 de la Constitución (Principios de legalidad y de seguridad jurídica) y en el Título primero de la norma penitenciaria en elaboración creando la estructura de lo que será el nuevo sistema penitenciario en democracia.

Gran aportación del notable grupo de juristas de alto nivel técnico que integraban la Institución es la opción tomada a favor del reconocimiento expreso de un status jurídico a favor del recluso en esta condición y como ciudadano perteneciente a la comunidad a la que aspira a reintegrarse en igualdad de condiciones y oportunidades. Desde la visión de la bilateralidad de las relaciones jurídicas, se catalogan los derechos y se limitan las obligaciones concretas surgidas mientras persista esta situación.

Como revela PÉREZ CEPEDA, el esquema trazado en 1.977 respecto a la regulación expresa y precisa de los derechos y obligaciones de los internos, en línea con los tratados internacionales existentes, es objeto de incorporación al Ordenamiento jurídico interno y a los textos iniciales de lo que será la futura Constitución⁹¹.

En el ámbito estrictamente penitenciario, la reforma del Reglamento recoge los derechos siguientes:

a) A la vida, integridad y salud, por las cuales debe velar la Administración penitenciaria. Consecuencia de este reconocimiento son los derechos a la alimentación, vestido, higiene y asistencia sanitaria, así como la prohibición de malos tratos e incluso la obligación de impedir las huelgas de hambre⁹² o

⁹⁰ Es interesante considerar la teoría de la relación jurídica de sujeción especial desde el prisma de la construcción dominante en la época manejada profusamente por la doctrina penitenciaria que sirvió, como se analizará con posterioridad, para fundamentar y justificar el establecimiento de restricciones y limitaciones sobre los derechos de los reclusos.

⁹¹ PÉREZ CEPEDA, A.I: *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario.* (VV.AA). Iustel, Madrid, 2.010. Págs.72-83.

⁹² Esta obligación expresa de preservar la vida de los reclusos que pesa sobre la Administración penitenciaria (no olvidemos el momento en que se produce la norma en el

de aislar en celdas o establecimientos de máxima seguridad a quienes representen un peligro para sus compañeros.

b) Al honor, que conlleva utilizar y ser designado por su propio nombre y apellidos, así como a ser tratado correctamente, sin que pueda ser objeto de ningún acto vejatorio para su dignidad personal.

c) A la progresión de grado como consecuencia de su evolución y de su conducta activa, cuya apreciación es una actividad técnica de la Administración pero no discrecional ni arbitraria.

d) A la redención de penas por el trabajo, cuando se reúnan los requisitos establecidos en la norma penal material.

e) A comunicaciones orales y escritas, incluyéndose expresamente el derecho a remitir y recibir correspondencia.

f) Asistencia médica, moral, religiosa, educativa, formativa y laboral en semejantes condiciones a las de la vida libre.

g) Recibir libros, revistas y periódicos del exterior, de libre circulación en España.

h) Presentar solicitudes y reclamaciones, a utilizar los recursos establecidos en las leyes, a recibir información sobre sus derechos y deberes, y a ejercitar el derecho de petición ante las autoridades⁹³.

i) A una ayuda económica cuando se trate de liberados sin medios suficientes (*“los liberados recibirán una ayuda en metálico proporcional a los días que haya de invertir hasta llegar a su residencia, una cantidad para*

que las huelgas de hambre y las autolesiones graves eran modo habitual de reivindicación y protesta) provocó un debate doctrinal tratado con profusión por diversos autores, cobrando especial intensidad cuando la negativa a ingerir alimentos fue empleada como medida de chantaje al Gobierno y la Administración por miembros de bandas armadas, sirviendo como ejemplo las llevadas a cabo por numerosos integrantes del grapo como respuesta a la medida de dispersión adoptada en el año 1.987 o la protagonizada por el etarra de Juana Chaos en demanda de la progresión de grado a efectos de acceder a la libertad condicional en el año 2.005. Entre otros análisis: LUZÓN PEÑA, D.M. *“Estado de Necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión”*. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 238. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1.987. Págs. 47 a 70.

⁹³ En el momento de elaborarse el texto normativo el derecho de petición se hallaba regulado por la Ley de 22 de diciembre de 1.960, no siendo hasta la aprobación de la Ley Orgánica 4/2.001, de 12 de noviembre, cuando se adecua y actualiza este derecho fundamental desde una perspectiva constitucional. La Disposición adicional tercera de esta Ley Orgánica remite a la Ley Orgánica General Penitenciaria las peticiones formuladas por los internos en el ámbito regulado por la misma.

primeros gastos, y el correspondiente billete, si carecen de medios suficientes para trasladarse al punto donde hayan fijado su residencia”).

De igual manera, el Reglamento recoge un conjunto de obligaciones que pesan sobre los internos estableciendo una especie de relación jurídica sinalagmática en la que los derechos fundamentan las obligaciones y viceversa. El artículo 3 LOGP y el 5 RP establecen los deberes mínimos y su incumplimiento acarrea una responsabilidad administrativa disciplinaria. En esencia, los internos deberán:

a) Cumplir la condena impuesta, permaneciendo en el establecimiento hasta el momento de su liberación, cuyo incumplimiento lleva consigo incurrir en responsabilidad penal.

b) Aceptar el tratamiento penitenciario, cuya finalidad es la reforma y la reinserción. Sin embargo, la propia legislación requiere la colaboración voluntaria del interesado, por lo que el tratamiento exige la aceptación previa del interno, que tiene derecho a rechazarlo. En consecuencia, la negativa sólo podía significar que acaso perdiera los llamados beneficios penitenciarios (progresión de grado, prisión abierta, redención de penas, libertad condicional) si no alcanzara las condiciones exigidas para su concesión o autorización, pero no podía ser sancionable por ello. Se recoge aquí una de las cuestiones que motivó una abierta polémica doctrinal respecto a la obligatoriedad o voluntariedad del tratamiento penitenciario que perduró con la aprobación de la Ley Orgánica posterior y que será abordado en el Título dedicado a este aspecto.

c) Acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento, y cumplir las sanciones disciplinarias impuestas. Ello conlleva mantener una actitud de respeto y obediencia hacia los funcionarios. La reforma deroga la *“exigencia de actitud de firmes y descubiertos”*, así como en lo relativo a los toques de aviso cuando entre en el establecimiento una autoridad, toques sustituidos por las *“correspondientes medidas de respeto y consideración”*.

Se superaron los aspectos pseudo-militares que ha inspirado el funcionamiento de la organización carcelaria desde sus orígenes y que se articula en la obediencia incuestionable a las órdenes recibidas, lo que

secularmente ha posibilitado la creación de un espacio propicio a la arbitrariedad y al despotismo. Respeto y consideración son principios que pasan a presidir la convivencia entre personas que conviven civilizadamente en un lugar cerrado y se despoja a la relación de las forzosas manifestaciones externas de aparente sumisión, fundadas en el temor al castigo.

7.1.- Nuevo régimen disciplinario: recompensas y sanciones

La modificación reglamentaria pretendió establecer un reformado sistema sancionador respetuoso en la forma y en el contenido con los derechos humanos basado en la intangibilidad de la dignidad de las personas. El nuevo artículo 104.2 refundió y matizó los anteriores artículos 115 y 104.2 del Reglamento de 1.956 que prohibía toda clase de malos tratos, salvo *“la coacción material necesaria”* para mantener la disciplina; disponiendo desde este momento:

“Los internos no podrán ser objeto de malos tratos. Solo en supuestos de alteración individual o colectiva del orden, agotados otros recursos, cabrá la coacción material dirigida exclusivamente al restablecimiento de la normalidad”.

Se añade que la coacción material debe ir acompañado de la prestación de *“la debida e inmediata asistencia facultativa, si la misma resultase necesaria”.*

Aspecto también positivo en la modificación del régimen es el refuerzo a través de las recompensas de las conductas y comportamientos *“que pongan de relieve buena conducta y espíritu de trabajo”.* Se constituye un adecuado sistema de estímulos actualizado ampliado respecto al existente con anterioridad, de la manera siguiente:

- a) Mantiene la concesión extraordinaria de comunicaciones y los premios en metálico.
- b) Suprime la exención de servicios mecánicos, el desempeño de destino y el adelantamiento del período penitenciario, al entender que ni el trabajo ni su exención deben considerarse como un premio dado el sentido formativo

de la actividad laboral y la obligación de que todos los reclusos cooperen a la limpieza del establecimiento.

c) Elimina el adelantamiento del período penitenciario porque la progresión de grado estará en función de las consecuencias del tratamiento, no debiendo tener naturaleza premial.

d) Añade a la lista de recompensas los permisos de salida, las redenciones especiales o extraordinarias o cualesquiera análogas que no contradigan los preceptos reglamentarios.

Las correcciones disciplinarias también se modifican atenuando el rigor anterior de tal forma que algunas conductas del catálogo de faltas muy graves pasaron a ser graves. Se reforma el contenido de las sanciones suprimiéndose la privación de comida no reglamentaria y del disfrute del peculio, la pérdida del destino y el retroceso en periodo penitenciario. Se añadió la privación de permisos o la prohibición de obtenerlos y el aislamiento de fin de semana. Como corrección accesoria de las faltas muy graves, se incluyó la posibilidad de proponer traslado a otro centro *“en razón a la contumacia y rebeldía del interno.”*

En cuanto a su aplicación y al procedimiento sancionador, se establecieron límites a su duración, dictándose reglas sobre el concurso de infracciones (con igual criterio que lo establecido en el Código Penal de 1.973 entonces en vigor), el trámite para su imposición y la invalidación y cancelación de las anotaciones de las faltas en los expedientes de los recursos. También se reguló la reincidencia y la doble reincidencia en la comisión de faltas que permitía incrementar la duración de la sanción.

Un aspecto esencial en cuanto al respeto de los derechos se refiere a la regulación y ejecución de las sanciones de aislamiento en celda (ya no en *“celdas de castigo”*, denominación que posee claras connotaciones denigrantes de la condición humana) hasta un máximo de 16 días (no 40, como señalaba el reglamento de 1.956). Por la vía de la regulación del límite del cumplimiento sucesivo de sanciones y en aplicación de las reglas del Código Penal en materia de concurso de infracciones no podría tener en

ningún caso más de 96 días de duración (triplo de 32, que era el máximo correspondiente a una falta muy grave con doble reincidencia)⁹⁴.

Su forma de cumplimiento se regulaba con minuciosidad: se aplazará por enfermedad del sancionado, será visitado diariamente por el médico, podrá recibir libros, revistas y periódicos y comunicación, escrita de acuerdo con el régimen ordinario salvo circunstancias excepcionales, disfrutará de paseos aisladamente del resto de la población y podrá ser visitado semanalmente por un familiar durante un tiempo no inferior a cinco ni superior a diez minutos.

La delimitación temporal establecida y la humanización de su cumplimiento revelan un ánimo regulador en línea con los incipientes valores democráticos asumidos, anticipando también en este ámbito los postulados dignificantes recogidos en la Ley con posterioridad.

Respecto al procedimiento para exigir la responsabilidad disciplinaria, lo que constituye un aspecto esencial en la limitación de la potestad sancionadora de la Administración, el Art. 115 configuró un sistema de carácter escrito, en el que era preceptiva la audiencia previa al inculpado y a quién habrá de notificársele tanto el acuerdo sancionador como los recursos que procedan. Se superan los acuerdos sumarísimos, al margen de cualquier garantía, que caracterizaron periodos pretéritos. Salvo casos especiales, se podría autorizar a un educador o a otro funcionario para que informara en la sesión en que hubiera de resolverse el expediente.

Todo lo señalado constituyó un avance importante en el aspecto procedimental introduciéndose principios y criterios inexistentes con anterioridad y acercó también aquí el procedimiento sancionador a las exigencias jurídicas emergentes.

Las sanciones eran reducibles por decisión de la Junta de Régimen y cuando se advirtiera error en la aplicación de un correctivo, lo que también

⁹⁴ BUENO ARÚS, F. *“Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días. Evolución, situación actual y reformas necesarias”*. Historia 16. Extra VII. Octubre, 1.978. Pág. 119.

supuso una cierta flexibilización del rigorismo anterior introduciéndose criterios correctores importantes.

El punto 5 del artículo 115 regulaba la aplicación coercitiva e inmediata del aislamiento en celda al margen de su vinculación a una sanción disciplinaria (aunque el hecho causal sí se vinculó a un hecho corregible) de la siguiente manera:

“Cuando por tratarse de un acto de indisciplina grave, la corrección no deba demorarse, el funcionario que intervenga podrá llevar a efecto la inmediata reclusión del interno en celda de aislamiento, dando el correspondiente parte al Director, que ratificará o no la medida adoptada”.

Estas modificaciones en el sistema de sanciones y recompensas son los aspectos de la reforma reglamentaria más destacados por SOSA WARNER, resaltando el empleo incentivador del buen comportamiento y de la participación en la oferta realizada por la Administración a través del incremento de los contactos con las personas del entorno del recluso y el establecimiento de salidas al exterior como reconocimiento del esfuerzo⁹⁵. También es necesario resaltar el acogimiento de los principios sancionadores básicos en el procedimiento para tal fin que implica la restricción del ius puniendi en el ámbito administrativo con una delimitación mayor de sus facultades disciplinarias y de la regulación de las condiciones de cumplimiento de las sanciones impuestas. Se avanza hacia el planteamiento formulado por BUENO ARÚS, quien consideró

“La disciplina no debe tener un sentido exclusivamente negativo, represivo: el mantenimiento del orden por procedimientos negativos. Por el contrario, ha de tener un sentido ejemplar creando, con los premios y castigos, una actitud de respeto hacia los valores esenciales para la convivencia social. (Aunque sería seguramente preferible sustituir esta Ética de premios y castigos por una Ética de libertad, que de ningún modo

⁹⁵ SOSA WARNER, F. “Actualización del Régimen Penitenciario”. Revista Española de Derecho Administrativo N° 15. Ed. Civitas. Madrid, 1.977. Pág. 593.

puede ser descuidada; los premios y castigos son, en el ambiente de un establecimiento penitenciario, inevitables.)”⁹⁶.

7.2.- Clasificación de los Centros

La modificación reglamentaria actualizó la clasificación de los establecimientos superando la anterior división entre centros de preventivos o de detención y los de cumplimiento o corrección y adoptó una nueva terminología que distinguía entre establecimientos de diligencias, de detención y de cumplimiento.

El artículo 52 del Decreto mantuvo la vinculación entre los tipos de centros de cumplimiento y su finalidad rehabilitadora, estableciendo:

“Para la aplicación del tratamiento se dispondrá en cada Establecimiento de un servicio especialmente cualificado, integrado en equipos”.

En supuestos especiales de internos cuya clasificación fuera difícil o dudosa o para los casos de grupos homogéneos de internos que conviniera estudiar unitariamente *“existirá una Central de Observación, directamente dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias”⁹⁷.*

7.3.- Comunicaciones y visitas. Salidas al exterior

La reforma flexibiliza el régimen de comunicaciones, distinguiendo los siguientes tipos de contactos con el exterior:

a) Orales: La frecuencia se establece en función de la situación procesal y penal del interno y de su clasificación en grado, y todas por motivos justificados en cada caso. Eran ordinarias o con carácter extraordinario. La duración no podía ser inferior a quince minutos ni superior a treinta y el número de personas que simultáneamente podían comunicar con el interno era de cuatro.

b) Escritas: Se permitían este tipo de comunicaciones en número semanal variable en función del grado de clasificación (una comunicación en primer

⁹⁶ BUENO ARÚS, F. *“Aspectos Positivos y Negativos de la Legislación Penitenciaria Española”*. Cuadernos de Política Criminal Nº 7. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 1.979. Pág. 9.

⁹⁷ La Central Penitenciaria de Observación fue creada por Orden de 17 de octubre de 1.967, dándose rango reglamentario a su existencia por la reforma señalada.

grado, dos en segundo y tres en tercero). La censura de la correspondencia, que se configuraba con gran amplitud en el Reglamento anterior, se hace ahora de manera menos extensa, suprimiéndose para los reclusos en régimen abierto y se mantiene con carácter excepcional para los que se hallasen en régimen cerrado o internado, previéndose expresamente la posibilidad de recurso contra esta medida ante la Dirección General.

Las comunicaciones escritas no se limitaban cuando el interno cumpliera una sanción disciplinaria excepto la de celda de aislamiento.

c) Visitas de familiares: Una novedad importante lo constituyó la previsión del punto 6º del Art. 109 que reguló las visitas de familiares dentro del establecimiento penitenciario de esposos, hijos o padres, con una duración no superior a cinco horas. Debía respetarse la intimidad familiar, concediéndose a los reclusos que no disfrutasen de permisos de salida.

Se posibilitaron los contactos íntimos llamados posteriormente “*vis a vis*” al objeto de abordar el llamado problema sexual de las personas privadas de libertad, ofreciendo también en este aspecto una solución en términos de normalización con respecto al medio libre⁹⁸.

La reforma no previó la posibilidad de comunicaciones telefónicas que sí estaba admitida, por ejemplo, en la legislación italiana aprobada en igual época.

d) Respecto a las salidas al exterior, el Reglamento de 1.956 preveía esta posibilidad con carácter rigurosamente excepcional en supuestos de fallecimiento o enfermedad grave de algún familiar. El nuevo texto amplió estas salidas y las configura como recompensas que reconocen actos que ponen de relieve buena conducta y espíritu de trabajo, sirviendo como estímulo de los mismos. Desde 1.977 estas salidas podían consistir en excarcelaciones temporales de una duración de ocho horas en domingos y fiestas a la localidad en la que se ubicara el centro o en salidas de hasta una semana, cualquiera que fuera el grado en el que se encontrara el recluso,

⁹⁸ Resulta interesante la reflexión planteada en aquel momento por el ex preso político y exiliado SAGASETA DE ILLURDOZ, S. *La Angustia Sexual en las Prisiones*. Ediciones de la Torre. Madrid, 1.978.

salvo el primero, que no podría exceder de cuarenta y ocho horas. Estos permisos eran extensivos a los internos preventivos⁹⁹.

La propuesta de concesión y su duración correspondía a las Junta de Régimen y Administración (*“en atención a las circunstancias concurrentes y especialmente a la calidad de los méritos contraídos y al grado penitenciario de los reclusos”*) y su aprobación a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

En el supuesto de internos preventivos la autorización competía a la autoridad o autoridades judiciales a cuya disposición se hallara el interno. En todo caso, se previó la adopción de medidas oportunas en garantía del cumplimiento de las obligaciones de buen comportamiento exterior y de reintegro al establecimiento en día y la hora señalados.

Como hemos señalado, poco después de esta reforma reglamentaria surgió la Orden Circular de 21 de abril de 1978 analizada con anterioridad. De ella es preciso destacar la asunción por parte de su redactor de que:

“La situación de preso preventivo es, en principio, incompatible con un permiso de salida al exterior, puesto que, si la autoridad judicial ha decretado aquella situación, es porque, en virtud de los datos obrantes en el sumario o en las diligencias correspondientes, estima que debe mantenerse como medida precautoria”.

Partiendo de esta fundamental premisa, la Dirección General establecía que solamente en casos excepcionales debían formularse propuestas razonadas de permisos a los presos preventivos, entendiendo que podían *“existir supuestos en que la prisión preventiva no resultase incompatible con la concesión de un permiso de salida, atendidas las circunstancias del interno”*.

Las razones que pudieron impulsar a los redactores del Real Decreto de 1.977 y de la citada Circular a extender esta salida a los cautelarmente

⁹⁹ La concesión de permisos ordinarios a internos preventivos constituye una posibilidad difícilmente comprensible atendiendo a la excepcionalidad de la adopción de esta medida cautelar de tipo personal. Esta previsión de la reforma reglamentaria de 1.977 se mantuvo en la redacción de la Ley Orgánica en su artículo 48, estableciéndose que *“los permisos a que se refiere el artículo anterior (es decir, extraordinarios y ordinarios) podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial correspondiente”*.

privados de libertad no ha sido nunca explicitadas ni existe literatura al respecto. Se ha señalado por RENAT GARCÍA:

“Atendiendo al contexto sociopolítico en que se produjo, entender esta medida como la materialización de una decidida voluntad aperturista dirigida a insuflar las instituciones penitenciarias de mayores cotas de transigencia y de innovación o, incluso, en el posible deseo de ampliar, por esta vía, los aún escuetos supuestos extraordinarios que seguía previendo el Art. 375.9 del Reglamento de Servicios de Prisiones de 1.956”¹⁰⁰.

No puede descartarse la eventual instrumentalización de esta previsión como medida apaciguadora de las convulsas cárceles del momento si tenemos en consideración el importante porcentaje de reclusos en situación de prisión preventiva y la ausencia de unos límites precisos en su duración.

7.4.- Acceso a libros, periódicos y revistas. Actividades y participación de los internos.

El Decreto abordó el problema del acceso a libros, revistas y periódicos para los internos admitiendo su uso intramuros siempre que fueran de libre circulación en España y manteniendo la facultad del director de prohibir su acceso cuando circunstancias especiales así lo aconsejaban, previa audiencia a la Junta de Régimen, mediante resolución motivada y comunicación a la Dirección General, que la ratificaría o no. Esta posibilidad debe ser considerada en el contexto ideológico de fuerte reivindicación de la libertad de expresión y prensa, reconocida meses más tarde en el artículo 20 de la Constitución y con los antecedentes de la existencia de unos medios de comunicación controlados en su totalidad por la dictadura. Con esta reforma se viene a dejar atrás el monopolio que ostentaba la revista “Redención” y se equipara la prisión, aunque sin soslayar algunas cautelas, al medio externo.

Con referencia a las publicaciones de libre circulación en la sociedad y su posible restricción en las prisiones surgió también el debate respecto a la introducción de productos pornográficos y su repercusión en el

¹⁰⁰ RENART GARCÍA, F. *Los Permisos de Salida en el Derecho Comparado*. Colección Premios Victoria Kent. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. Madrid, 2.012. Págs. 77-78.

comportamiento de los reclusos¹⁰¹, trasladándose un debate social al interior de estos centros.

La reforma pretendió consolidar el fomento de la participación en actividades artísticas, culturales y deportivas y en su planificación, iniciación, organización y desarrollo por los propios internos (principio de cogestión), así como la instalación de aparatos de radio, cine y televisión (lo que chocaba con graves dificultades arquitectónicas e incluso de suministro de corriente eléctrica en las celdas de los reclusos). El Reglamento, cuya ejecución se impulsó en sus aspectos principales por las Órdenes circulares señaladas con anterioridad, incidió en la coparticipación en las actividades por parte de los reclusos, recogiendo un modelo mucho más respetuoso con el individuo que el existente hasta ese momento. Se buscó crear en espacios cerrados y alienantes ámbitos de participación plural y de co-responsabilización, planteamiento que requirió ciertas correcciones posteriores en su aplicación como hemos analizado. El acceso de la ciudadanía a todas las esferas en una sociedad múltiple y diversa que impregnó la Constitución y la legislación del momento, tuvo en esta reforma reglamentaria su repercusión.

7.5.- Trabajo penitenciario y estudios

En materia de trabajo penitenciario, la doctrina aparece dividida respecto al alcance de la reforma. SOSA WAGNER considera que el Real Decreto “*no establece mayores modificaciones*”, limitándose a señalar que donde se establecía una equiparación de los trabajadores del Organismo Autónomo “*Trabajos Penitenciarios*” a los trabajadores libres, con la reforma se señala que se procurará que en “*el trabajo se produzca una completa asimilación al obrero libre*”.

Por el contrario, BUENO ARÚS¹⁰² calificó la reforma en este aspecto como “*breve pero intensa*” y fundamenta su importancia en la sustitución

¹⁰¹ Es preciso considerar la rápida modificación de la moral y de las costumbres sociales que se produjeron en los años analizados con una súbita aparición y difusión de materiales de contenido sexual y pornográfico por diversos medios audiovisuales. Surgieron también valoraciones científicas sobre las consecuencias de estos cambios desde el punto de vista psicológico y social. Sirva como ejemplo la obra: EYSENCK, H.J. *Uso y Abuso de la Pornografía*. Alianza Editorial. Madrid, 1.979.

del apartado d) del artículo 50, (que hacía referencia a la obligatoriedad del trabajo y su orientación a la formación profesional del sujeto) por los nuevos apartados c) y d), que atribuyeron al trabajo los siguientes caracteres:

1.- No tendría nunca carácter aflictivo, es decir, no será forzado o forzoso, en el sentido del Convenio 105 de la Organización Internacional del Trabajo, texto normativo considerado de referencia en el proceso de absorción de estas disposiciones de carácter internacional en nuestro Ordenamiento jurídico¹⁰³.

2.- Será un trabajo productivo y formativo, suficiente para ocupar adecuadamente al interno durante la totalidad o la mayor parte de la jornada, en función de la aptitud física o mental (vocacional) y que contribuya en la máxima medida posible a crear, mantener o aumentar su capacidad laboral para situarle en las condiciones más favorables en el momento de su liberación, resaltando con ello su sentido resocializador.

3.- Coordinación de la organización y funcionamiento de los talleres penitenciarios con el tratamiento de los reclusos, que debe tener carácter preferente, dadas las finalidades de la pena, como también debe tener carácter prioritaria, en su caso, la instrucción de los analfabetos y los carentes de educación general básica.

4.- Principio de asimilación del trabajo penitenciario al trabajo del obrero libre tanto en lo relativo a salarios, en función de su rendimiento, como en

¹⁰² BUENO ARÚS, F. “*El Real Decreto 2.273/1.979, de 28 de julio, por el que se modifica el Reglamento de los servicios de Instituciones Penitenciarias*”. Revista de Estudios Penitenciarios N° 220-223. 1.978. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.978. Pág. 98.

¹⁰³ El Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), es un instrumento fundamental de esta Organización. En él se especifica que no se puede recurrir nunca al trabajo forzoso con fines de fomento económico, como medio de educación política o como medida de discriminación, de disciplina en el trabajo o de castigo por haber participado en huelgas (artículo 1). En este Convenio se explicitan algunos fines para los que nunca se puede recurrir al trabajo forzoso, pero no se altera la definición básica del concepto según el Derecho internacional.

Según este Convenio, el trabajo forzoso no puede equipararse simplemente con salarios bajos o con condiciones de trabajo precarias. Constituye una grave violación de los derechos humanos y una restricción de la libertad personal, según la definición contenida en los convenios de la OIT relativos a este tema y en otros instrumentos internacionales conexos relativos a la esclavitud, a las prácticas análogas a la esclavitud, a la servidumbre por deudas y a la condición de siervo.

cuanto a las demás condiciones laborales incluido el régimen de la Seguridad Social. En el mismo sentido, el Reglamento estableció la obligación de la Administración penitenciaria de asistir al recluso o autorizar las gestiones necesarias para que aquél pueda ejercitar los derechos laborales que hubiese adquirido extra-penitenciariamente.

En cuanto a los estudios, el artículo 117 estableció:

“Para la instrucción y educación de los reclusos habrá Escuelas en todos los establecimientos penitenciarios, servidas por funcionarios del Cuerpo de Profesores de Enseñanza General Básica de Instituciones Penitenciarias. Estos Profesores podrán ser auxiliados en su labor por reclusos designados por la Junta de Régimen y Administración, entre los que tengan cursados y aprobados estudios que les capaciten para estas funciones, siempre que observen intachable conducta y no tengan antecedentes incompatibles con las obligaciones que han de cumplir. La enseñanza se ajustará, en lo posible, al régimen fijado con carácter general por el Ministerio de Educación y Ciencia”¹⁰⁴.

Considerando la importancia que tradicionalmente se ha concedido por la legislación penitenciaria española, debemos resaltar la trascendencia de esta disposición que permitió superar su consideración básica de simple transmisión de conocimientos y añadir los modernos postulados emergentes que concebían la educación en lugares de privación de libertad como acción fundamental de la sociedad y responsabilidad esencial del Estado en orden a la distribución de capital cultural y socialización de las personas conforme a los valores compartidos.

Como señalamos al analizar la Circular que anticipa estas disposiciones, el analfabetismo en un porcentaje relevante de la población adulta constituía un problema a afrontar por la Administración, situación agravada en colectivos marginados y desfavorecidos como el analizado.

Respecto a la Formación profesional, estas enseñanzas se impartirían a los reclusos que hubieran completado la Enseñanza General Básica y se ajustarían a las normas dictadas por la Dirección General.

De los estudios cursados y calificaciones obtenidas las escuelas de los establecimientos se expedirían certificaciones, recogiendo una incipiente medida de acreditación de los conocimientos adquiridos para su utilización una vez obtenida la excarcelación. El Decreto reguló la posibilidad de autorizar la entrada en el Establecimiento al tribunal o profesor respectivo para la práctica de exámenes presenciales y evaluaciones escritas que serían remitidas en sobre cerrado a las autoridades académicas con la firma del funcionario que presenció su realización. Esta previsión legal constituye otro importante avance en la apertura de la Institución y su exposición a la mirada crítica de otros colectivos de la sociedad, debiendo ser valorada en forma altamente positiva. El aula o escuela de la prisión se torna (aunque sea por momentos) en un espacio académico en el que el alumno y los profesores interactúan en un clima de relativa normalidad que convierte esta breve situación en un esbozo de libertad.

El trabajo intelectual era tenido en cuenta por las Juntas de Régimen y Administración en orden a la propuesta de redención extraordinaria de penas por el esfuerzo realizado, cuyo aprovechamiento sería también valorado a efectos de permisos para nuevos exámenes.

En cuanto a las bibliotecas, se estableció que la constitución e incremento del fondo bibliográfico de cada Establecimiento se regularía por la Inspección de Cultura de la Dirección General a propuesta de los respectivos directores.

7.6.- Garantías jurisdiccionales de los internos

Las garantías para la protección de los derechos de los internos se reforzaron en este periodo preconstitucional, siendo este uno de los aspectos básicos para la homologación de la legislación y de la praxis penitenciaria de nuestro país en esta época de transición hasta un Estado de Derecho. Si el reconocimiento teórico de derechos de las personas sometidas con especial

intensidad a la actuación de los poderes públicos no estuviera reforzado por un conjunto de medidas que garantizaran su efectividad, podríamos concluir que su finalidad no era la proclamada en la norma sino, simplemente, crear una apariencia formal carente de verificación externa que pretendía hacer presentable y defendible el modelo en vigor pero inconsistente ante los análisis que pudieran efectuarse por diversos órganos de control independientes o internacionales.

Los criterios y posibilidades que para su análisis pueden ser utilizados se hallan en la existencia de un conjunto complejo de medidas protectoras que la doctrina situaba en aspectos relevantes como la posibilidad de enviar solicitudes y reclamaciones al Director del Centro o a un Inspector de la Dirección General en el curso de una inspección, la capacidad para interponer los recursos establecidos en la ley, la posibilidad de recibir información, ejercitar el derecho de petición o de recurrir las resoluciones de regresión o progresión de grado, la intervención de comunicaciones, la censura de correspondencia, la recepción de publicaciones o la extensión y fijación de recompensas.

Este análisis de la reforma fue realizado y criticado por la doctrina de nuestro país, surgiendo un debate intenso sobre la necesidad de incorporar en el sistema protector la figura del juez de ejecución de penas.

Manteniendo una postura minoritaria, SOSA WARNER se mostró contrario a esta posibilidad aludiendo a *“las continuas tensiones existentes en Italia entre el juez de ejecución y autoridades penitenciarias”*¹⁰⁵ abogando por reforzar los derechos de los reclusos mediante:

1.- Una mayor especialización y tecnificación de los funcionarios de prisiones. Se trata de que el personal penitenciario abandone los restos de mentalidad que aún puedan quedar de cuerpo represivo. Y ello sólo se consigue *“a través de un adiestramiento dirigido a formar personas más cercanas al médico que al guardia”*.

¹⁰⁵ SOSA WARNER, F. *“Actualización del Régimen Penitenciario”*. Revista Española de Derecho Administrativo Nº 15. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1.977. Págs. 9 a 11.

2.- La fijación de la tabla de derechos y deberes de los reclusos limitando las amplias facultades de directores y Junta de Régimen.

3.- El establecimiento de un sistema de recursos que permita llegar con celeridad al Juez y obtener con prontitud un pronunciamiento.

Por el contrario, un buen número de autores consideraron imprescindible la incorporación de esta figura jurisdiccional existente en ordenamientos jurídicos comparados (Brasil, 1.922; Italia, 1.930; Finlandia, 1.932; Portugal, 1.944 o Francia, 1.957), aspecto que será tratado con posterioridad.

7.7.- Análisis crítico de la modificación reglamentaria

El articulado de la reforma incidió en los mejores postulados correccionalistas recogidos en el Decreto de 25 de enero de 1.968 al considerar que las Instituciones Penitenciarias tienen como tarea principal la intervención sobre el delincuente y la total reinserción social de los sentenciados a penas y medidas privativas de libertad. Su alcance fue amplio y sus fines ambiciosos, aunque se presentó a sí misma

“Relativamente limitada en su extensión, pues sólo abarca algunas zonas del Reglamento (aquellas que se han considerado más urgentes y de más inmediata efectividad) y en su intensidad, en espera de que en un futuro próximo pueda elaborarse una Ley General Penitenciaria, que, con una visión y ambición profundamente generalizadoras, contemple el problema en todas sus dimensiones.” (Exposición de motivos)

Por cuanto anticipaba medidas largamente demandadas, fue recibida y comentada con numerosos elogios por un sector importante de la doctrina. Sin duda, en los aspectos nucleares de la ejecución penal y en la dignificación del trato prestado a los internos (sin olvidar la consideración dada al personal penitenciario) se adelantaron unas nuevas concepciones que habían alcanzado la consideración de inaplazables y se da continuidad a las reformas iniciadas en 1.968 conforme a los postulados de un eminente grupo de penitenciaristas en línea con las profundas reformas políticas,

sociales y jurídicas abordadas en este periodo apasionante de la historia contemporánea. Como señala la exposición de motivos,

“Se configura de una forma sólida un status jurídico del recluso partiendo de su más profunda significación de persona, con lo mucho que esta palabra supone y arrastra en el campo del Derecho y especialmente dentro del Derecho penal y de la consideración de que el interno no está en ninguna manera excluido o marginado de la sociedad, sino que continúa formando parte de ella”

La reforma también incorporó los principios establecidos en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Ginebras, 1.955) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), ratificado por España en el periodo estudiado y en el que también se acogieron los planteamientos ius-filosóficos y humanistas contenidos con un conjunto importante de Pactos y Acuerdos internacionales de reconocimiento y protección de derechos humanos también suscritos.

Desde el punto de vista práctico, sirvió de instrumento de pacificación del difícil momento vivido. Según señaló SOSA WAGNER,

“Supone una respuesta del Ejecutivo ante las acciones de protesta producidas por los reclusos en todos los centros penitenciarios, de carácter parcial, que diseña las grandes líneas maestras sobre las que se va a aprobar la Ley General Penitenciaria anunciada en su exposición de motivos”¹⁰⁶.

El mensaje a la sociedad fue claro y colocó la situación penitenciaria en primera línea de las preocupaciones de los responsables políticos de la Transición, respondiendo estos de manera admirable al asumir el compromiso de abordar inmediata y definitivamente este aspecto nuclear del sistema punitivo del Estado, en profunda revisión.

¹⁰⁶ SOSA WARNER, F. “Actualización del Régimen Penitenciario”. Revista Española de Derecho Administrativo. Número 15. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1.977. Págs. 1 a 11.

BUENO ARÚS, aportando sus elevados conocimientos técnicos y su visión desde la praxis diaria dentro de la Institución, resaltó como fines y logros concretos de esta reforma:

“Actualización de la terminología. Modificación de plazos para obtener mayor celeridad y seguridad en el sistema penitenciario. Regulación más amplia de la redención de penas por el trabajo. Tratamiento de los internos basado más acentuadamente en la presunción de lealtad del recluso al sistema penitenciario. Mayor reconocimiento de la importante función de la abogacía. Recortamiento del sistema de sanciones y ampliación del de premios. Íntegro sometimiento del sistema penitenciario a la Ley como corresponde a un Estado de Derecho. Mayor intervención de los jueces y tribunales en la ejecución de las penas privativas de libertad. Prudente armonización del sistema progresivo conjugando los intereses individuales de los internos con los de la propia Administración penitenciaria”¹⁰⁷.

Valora tanto la importancia que tuvieron las numerosas modificaciones introducidas como los aspectos que quedaron por incluir. Así, indica:

“Quizá se hubiera podido aprovechar la ocasión para introducir toda una serie de novedades reclamadas por la doctrina y por los propios reclusos: desarrollo del principio de cogestión y...del Juez de Ejecución de Penas..., regulación de las prisiones abiertas, desarrollo de las normas de asistencia a los liberados con participación de la Sociedad, etc.”, añadiendo como valoración personal:

“En resumen, tomando en consideración los pros y los contras, estimo que el Real Decreto de 29 de julio de 1.977 mejora notablemente los artículos a que afecta y, en consecuencia, merece una opinión favorable. En ningún caso se puede decir que esta reforma ha sido escrita “más con porra que con pluma”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ BUENO ARÚS, F. “Notas sobre la Ley General Penitenciaria” (separata). Revista de Estudios Penitenciarios, números 220 a 223. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.977. Págs. 75 a 112.

¹⁰⁸ BUENO ARÚS, F. “El Real Decreto 2.273/1.979, de 28 de julio, por el que se modifica el Reglamento de los servicios de Instituciones Penitenciarias”. Revista de Estudios Penitenciarios N° 220-223. Enero-diciembre 1.978. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.978. Págs.110-111.

CAPITULO II: ELABORACIÓN DE LA LEY PENITENCIARIA

Una vez consolidada la reforma del Reglamento en 1.977 y con el establecimiento de las medidas de pacificación de los establecimientos a través de Órdenes internas, el Director General HADDAD BLANCO programa el 7 de febrero de 1.978 el inicio y desarrollo de los trabajos para la elaboración del Anteproyecto de Ley General Penitenciaria. Como planteamiento de base y estimando que no existía de inicio un apremio temporal considerable, se procuró una amplia participación de los sectores profesionales o de opinión interesados en la materia: profesores de Universidad, letrados del Ministerio de Justicia, funcionarios de la Institución y miembros de asociaciones de ex-reclusos u otras preocupadas por el tema. El propósito fue redactar unas normas fundamentales apoyadas en la realidad penitenciaria y en las técnicas predominantes en el momento que pudieran constituir, con la aportación de la doctrina legislativa, la jurisprudencia y la doctrina científica, el sustrato en el que replantear el sistema penitenciario.

Los temas iniciales sobre los que trabajaron los grupos de trabajo constituidos fueron: edificios y medios materiales, internos, trabajo penitenciario, organización de la Administración penitenciaria y asistencia post-penitenciaria.

Prueba del interés político y periodístico suscitado por la situación carcelaria es que tres días después, el 10 de febrero, el Senado rechazó, por 128 votos en contra, 16 a favor y tres abstenciones, la proposición de indulto presentada a favor de 27 internos participantes en las recientes revueltas.

Tras esta decisión senatorial, el día 18 de febrero de 1.978, HADDAD BLANCO publica un artículo en el diario ABC con el título “*El problema penitenciario*” que constituyó todo un programa de futuro en el que, entre otras reflexiones, señaló:

“...nosotros estamos empeñados en modificar el sistema penitenciario bajo las siguientes directrices:

En primer lugar, eliminar las macro-prisiones, ya que la experiencia ha demostrado su absoluta inadecuación para organizar una convivencia ordenada, para mantener una clasificación aceptable y para desarrollar un programa de tratamiento, así como los graves riesgos que comportan en orden al gobierno de las mismas¹⁰⁹. El convencimiento que la total reincorporación del interno a la sociedad podrá lograrse más fácilmente si el cumplimiento de la pena no supone una ruptura con el hábitat normal en el que se haya desarrollado el proceso de socialización, nos lleva a marcar como línea básica de actuación en el futuro la localización regional de los establecimientos, que permita al interno cumplir su condena sin que se produzca el desarraigo de los núcleos familiar, laboral, educativo...

En segundo lugar, potenciar al máximo la existencia de establecimientos de régimen abierto; determinando, por exclusión, qué tipo de delincuentes no deben ser destinados inicialmente a estos centros, bien por sus características personales, bien por su comportamiento nocivo o violento en el establecimiento penitenciario ordinario. Este tipo de delincuente, muy minoritario, tendrá que cumplir su condena, en un primer momento, en centros del régimen cerrado, de los que a medida que el tratamiento produzca sus efectos, irá progresando hasta su destino en centros abiertos en situación de pre-libertad.

En tercer lugar, dedicar una especial atención a los jóvenes mediante la creación de centros que recibirán el nombre de institutos para jóvenes, en los que un régimen penitenciario especial deberá servir de marco adecuado para llevar a cabo el tratamiento individualizado, basado en la formación integral del joven, en la que ocupará lugar destacado la enseñanza en sus distintos niveles (EGB, BUP, superior universitaria) y la Formación Profesional en sus tres grados y en las especialidades que demanden las actitudes o intereses de cada joven interno.

Para desarrollar esa política necesitaremos no sólo medios materiales, sino lo que posiblemente es más importante, medios humanos más

¹⁰⁹ Debemos considerar la importancia de los grandes centros penitenciarios existentes en aquel momento en cuanto a su capacidad y carga simbólica como lugares de represión, de los que destacamos los de Carabanchel en Madrid, Valencia y Barcelona.

adecuados a las nuevas fórmulas de tratamiento, dando una nueva orientación a la selección y formación de los diferentes cuerpos, a través de la Escuela de Estudios Penitenciarios, en la que se desarrollarán también cursos de perfeccionamiento orientados a conseguir un elevado nivel profesional y el espíritu de servicio que requiere una profesión tan delicada como es la penitenciaria”.

Cuando el artículo se publica en la prensa, los internos ya tenían en su poder una carta personal del Director General que a todos y cada uno les había remitido cinco días antes, y en la que anunciaba una serie de medidas concretas, previas a la reforma, con estas palabras:

“Independientemente de la reforma del sistema penitenciario, se va a llevar a cabo otra serie de reformas que, sin duda, van a producir un efecto directo importante sobre la población interna, en orden a la consecuencia de su puesta en libertad.

Estas medidas pueden ser, entre otras, la reforma de una serie de leyes o de preceptos de naturaleza penal, algunos ya en las Cortes y otros en estudio muy avanzado, con una importante incidencia en el mundo penitenciario:

... 4.- La actualización del sistema de clasificación en sentido de otorgar mayor fijeza a la misma, lo que influirá en la libertad condicional.

5.- La reforma en profundidad del Código Penal, avanzada ya en varias ocasiones por el Excmo. Sr. Ministro de Justicia”.

Pese al compromiso mostrado por HADDAD BLANCO, en los meses de febrero y marzo, el centro de detención de hombres de Barcelona estalló en motín y se autolesionaron centenares de internos, lo que a su vez imitaron en Málaga, Palma de Mallorca, Zamora, Cartagena, Ocaña y San Sebastián, además de provocarse otra serie de graves perturbaciones del orden en el resto.

La situación de tensión máxima se produce en el centro de Carabanchel el 14 de marzo de 1.978 donde ocurre la muerte violenta del recluso Agustín Rueda, miembro de la Copel, que desencadenó el consiguiente procesamiento y encarcelamiento de varios funcionarios implicados. La

crítica situación alcanzó su momento extremo el día 22 de ese mismo mes con el asesinato en atentado terrorista de Haddad Blanco.

La reacción de todas las Instituciones ante el desafío criminal fue unánime y su repercusión práctica en orden a acelerar y profundizar las reformas previstas también. Valga como ejemplo el editorial del Periódico “*El País*” respecto al proyecto del Director General:

“Sus asesinos no le han dado la oportunidad de revalidar sus compromisos contraídos con la sociedad. La mano en el gatillo, movida por el odio y la venganza ciega, ha sido más rápida que la máquina administrativa que trataba de poner en orden y al día el nuevo director general... Si de esta triste jornada hubiera que extraer alguna lección - superada la indignación y el lamento- habría que pensar en acelerar el proceso de renovación en Instituciones Penitenciarias. Las dos muertes recientes (en referencia también a la de Agustín Rueda), ambas alevosas e inútiles, no pueden ser el freno de una recuperación, sino el acicate”¹¹⁰.

En esta complicada situación se produce el nombramiento de Carlos GARCÍA VALDÉS como nuevo Director General, tomando posesión en fecha 30 de ese mes¹¹¹. Entre ambas fechas (22 y 30 de marzo de 1.978) la Ponencia primera de las dos que componían la Comisión Especial de Investigación de Establecimientos penitenciarios constituida en el Senado emitiría el durísimo informe sobre la situación en nuestras cárceles ya analizado con anterioridad y que certificaba la situación límite.

El joven Director General, asumiendo los informes de los órganos especializados constituidos ad hoc para su análisis, lidera un equipo de prestigiosos juristas del momento, decididos partidarios de las reformas

¹¹⁰ Editorial del periódico “*El País*” de 23 de marzo de 1.978. Igualmente el periódico ABC, en su artículo de 24 de marzo, resalta “*el profundo pesar causado al Presidente Adolfo Suárez, quien reconoció la labor que el director general comenzó a desarrollar desde su puesto, consciente de la reforma que necesitaban las instituciones penitenciarias*”.

¹¹¹ Describe sus experiencias durante este periodo en: GARCÍA VALDÉS, C. “*Sobre la Transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)*”. Revista de Estudios Penitenciarios. Extra 2.013. Ministerio del Interior. Madrid, 2.013. Págs. 51 a 68.

recientemente producidas: RUIZ VADILLO¹¹², SERRANO GÓMEZ¹¹³, GARRIDO GUZMÁN¹¹⁴ o BUENO ARÚS¹¹⁵ y se vuelca con decisión y entusiasmo en la ingente y apasionante tarea de llevar a España a un Estado democrático de derecho también en el ámbito penitenciario.

En este momento merece destacarse las primeras palabras como Director General que pronunció en su toma de posesión realizada en el Despacho del Ministro de Justicia, en las que señaló:

“Prometo continuar, concluir y llevar a la práctica la reforma penitenciaria, iniciada por mi antecesor, Jesús Haddad, para lo cual necesito el apoyo incondicional no sólo de cuantos amigos y altos cargos hoy me acompañan, sino también, especialmente, del más humilde de los funcionarios que honestamente trabaja en cualquiera de nuestras prisiones”.

Ante los medios de comunicación reconoció la difícil situación de las cárceles y su clima enrarecido. Se comprometió a visitar las prisiones más conflictivas y subrayó que le preocupaba la reivindicación social y económica de los funcionarios de prisiones. Respecto al tratamiento de los presos indicó que impondría

“Un sistema progresivo, de forma que a partir de la clasificación inicial de los presos se pueda ir a una prisión en régimen abierto, hasta el punto de que entre un 40 y un 50 por 100 de los presos podrían beneficiarse del mismo.”

Finalmente expresó su esperanza que contenía un compromiso:

¹¹² RUIZ VADILLO, E. “Comentarios a la reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias”. Documentación Jurídica 15, julio-septiembre 1.977. Págs. 615 y ss.

¹¹³ SERRANO GÓMEZ, A: “Reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias”, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. (Primera etapa), Madrid, 1.977.

¹¹⁴ GARRIDO GUZMÁN, L. “La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias”. Cuadernos de Política Criminal Nº 3. Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1.977. Págs. 218 y ss.

¹¹⁵ BUENO ARÚS, F. “El Real Decreto 2.273/1.977, de 29 de julio y la redención de penas por el trabajo”. Cuadernos de Política Criminal Nº 3. Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1.977. Págs. 203 y ss.

“Que el 15 de mayo o, a lo más, a finales de ese mes, pueda presentar la ley general penitenciaria”¹¹⁶.

1.- TRABAJOS PREPARATORIOS

Como hemos indicado, días antes de la toma de posesión del nuevo Director General se hizo público el Dictamen de la Comisión del Senado que resumió los elaborados por la Primera y la Segunda Ponencia, estableciendo unos principios que constituyen unos axiomas irrenunciables para la construcción y consolidación del nuevo sistema punitivo de la democracia española. Los puntos son:

“I. El hombre y la mujer privados de libertad son esencial y primordialmente seres humanos investidos de dignidad y ciudadanos sujetos de Derecho. Solamente después son, además, hombres y ciudadanos presos.

II. La prisión no es la única respuesta que puede dar la sociedad frente a quienes infringen la ley penal, y la pérdida de libertad debe reservarse tan solo para infracciones graves.

III. En los supuestos de imposición de penas de privación de libertad, éstas deben cumplirse, normalmente, en el llamado régimen abierto, y a los excepcionales supuestos a los que se reserve el régimen cerrado, debe concedérseles razonables esperanzas de pasar, en plazo no dilatado, a la situación más beneficiosa.

IV. Los reclusos son personas no privadas de su derecho a la afectividad y a la sexualidad, cuyo ejercicio y desarrollo deben quedar garantizados en todo caso.

V. Las penas de privación de libertad solamente tienen justificación en su eficacia preventiva y, por ello, la ejecución de las mismas y la reintegración del delincuente a la vida social constituyen un proceso único.

VI. En el control del cumplimiento de las penas y en la gestión del Centro Penitenciario intervendrán, además de los entes públicos, los propios

¹¹⁶ Información publicada en el periódico “ABC” de fecha 1 de abril de 1.978. Pág. 5.

presos y las organizaciones ciudadanas. Régimen penitenciario y sociedad jamás deben estar disociados.

VII. La asistencia post-carcelaria es indispensable, y no debe excluir la ayuda económica temporal si ésta fuere necesaria. En este sentido, debe permitirse todo tipo de organizaciones integradas por familiares, amigos de presos y excarcelados que se establezcan con esta específica finalidad.

VIII. La pena no está determinada por venganza o desquite social y tiene su fundamento en la educación y preparación del preso para la vida futura, sin que la fe en el hombre desaparezca en ningún caso.

IX. El reconocimiento de la singularidad y diversidad de las conductas humanas debe constituir piedra angular de nuestro Derecho penal, y en consecuencia, en todo tratamiento se extremará el respeto a la personalidad específica del individuo. La noción de tratamiento debe sustituir a la de expiación en el régimen penitenciario; el interno será sujeto activo de su propia rehabilitación.

X. Especial atención merece, a juicio de la Comisión, la adecuada preparación del personal dedicado a la custodia y reeducación de los reclusos, tanto en lo que respecta al apropiado entendimiento de la función social que le está confiada, como en lo que concierne a su capacitación profesional; estos equipos técnicos deberán ser ampliados considerablemente y sus retribuciones aumentadas en relación con las responsabilidades derivadas de una reforma penitenciaria progresiva, todo lo cual representará para ellos una más alta consideración por parte de la Sociedad.

Los fundamentos ideológicos que inspiraron a la Comisión están constituidos por las bases que acabamos de enumerar, así como por la convicción de que, dada la correlación entre Sociedad y Criminalidad, la existencia de una estructura social más justa, en la que la enseñanza sea obligatoria desde la niñez y todo ciudadano tenga un efectivo derecho al puesto de trabajo, reducirá la problemática penal.

La Comisión cree que si los principios doctrinales de la reforma penitenciaria que se ofrecen al Pleno se convierten en normas legales y realizaciones prácticas, España habrá dado un paso importante en la

construcción de un régimen penitenciario justo y podremos enorgullecernos de poseer un de los sistemas más progresivos de nuestro tiempo”.

Las presentes conclusiones constatan y deja patente la existencia en el ámbito político y parlamentario de un sólido fundamento alineado con los valores constitucionales en construcción que compromete de forma unánime a todos los miembros de las Cámaras sobre los que se asentará la nueva y anhelada Ley General.

2.- PRINCIPIOS INCORPORADOS A LA LEY ORGÁNICA

Una vez asumida la intolerable realidad del momento, asentados los principios democráticos e ideológicos a asumir y comprometidos los mejores especialistas en la materia, comienzan los trabajos programados. Se parte del antecedente inmediato de la reforma reglamentaria culminada y que constituye el substrato sobre el que se elabora el nuevo texto.

Los principios generales de la reforma reglamentaria de 1.977 que se incorporaron a la futura Ley Penitenciaria fueron:

1.- Finalidad resocializadora de la pena de privación de libertad. La reforma resalta el carácter primordial del fin de reforma y reinserción social respecto de la retención y custodia de detenidos, presos y sentenciados. La reinserción social o resocialización del delincuente constituye, con diversos matices, la finalidad esencial de la pena para la Ciencia penitenciaria del momento.

En coincidente tramitación y según redacción dada por GARCÍA VALDÉS, este principio alcanzó rango constitucional en punto segundo del Art. 25 del texto refrendado por los españoles el seis de diciembre de 1.978, sentándose las bases desde la Norma Suprema de todo el sistema de ejecución penal de nuestro Ordenamiento jurídico. Su consecución se condiciona, en el desarrollo legal, en la organización del tratamiento y en la colaboración de la sociedad para la aceptación como miembros activos de los penados y liberados sin discriminaciones.

2.- Principio de legalidad, reconocido expresamente en el Art. 1.1.:

“La actividad de las Instituciones penitenciarias se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por las leyes, reglamentos y resoluciones judiciales”.

El principio de legalidad penitenciaria o ejecutiva constituye una aplicación concreta del principio penal en su conjunto y forma un pilar y presupuesto del Estado de Derecho y de la legitimidad del ius puniendi ejercido que excluye la práctica de cualquier conducta arbitraria en este ámbito que afecta a los derechos humanos¹¹⁷.

3.- Respeto de la personalidad y derechos del recluso: El Real Decreto estableció este principio así como la obligación de la Administración penitenciaria de proteger de una manera activa *“Los derechos e intereses legítimos de los internos en el orden penal, civil, mercantil, laboral, social y otros análogos.”*

El punto 3º del artículo 1 insiste en el papel activo que corresponde a la Administración, no limitándose a un mero cumplimiento de las garantías jurídicas de los internos sino también y principalmente asistiendo y ayudando a los internos y liberados en todo el proceso.

Este aspecto es resaltado por BUENO ARÚS al señalar que existe una obligación de dar o hacer por parte de la Administración, en clara alusión a lo que constituiría después el contenido del artículo 9.2 del texto constitucional en elaboración , que estableció una trascendente declaración en orden a

“la remoción de cuantos obstáculos existan que impidan o dificulten en plenitud la real y efectiva libertad e igualdad de los individuos y la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

4.- Principio de igualdad: la misión penitenciaria se ejerce sin diferencia alguna por razón de raza, opinión, creencia religiosa, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga significación.

¹¹⁷ MATA Y MARTÍN, R. *“El Principio de Legalidad Penal en el Ámbito Penitenciario”*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Alcalá de Henares, 2.011. Págs. 253 a 293.

5.- Principio de Intervención mínima: siguiendo los principios tradicionales del Derecho penal y aplicándolos a la ejecución material de la sanción, se proclama el carácter fragmentario y subsidiario de este sector del Ordenamiento jurídico. Expresamente se afirma:

“El cumplimiento de las penas o medidas privativas de libertad no ocasionará al interno otras privaciones o limitaciones que las que se deriven de la necesidad de alcanzar los fines atribuidos a aquéllas y las que exijan el buen orden y régimen del establecimiento”.

6.- Principio de pertenencia a la sociedad: el Reglamento de Servicio de Prisiones, tras reforma de 1.977, estableció en el punto tercero del Art. 10:

“Principio cardinal será la consideración de que el interno no está excluido o marginado de la sociedad, sino que continúa formando parte de ella”

El interno ostentará los derechos y obligaciones que corresponden a todo ciudadano por el hecho de serlo en tanto no sean incompatibles con la condena. Además se le ha de prestar las debidas asistencias médica, religiosa, social, educativa, formativa y laboral en semejantes condiciones a las de la vida libre.

3.- REFORMA FRENTE A RUPTURA EN LA LEGISLACIÓN PENAL Y PENITENCIARIA

La reforma del Reglamento de 1.977 y la Ley en tramitación constituye la respuesta reformista del Gobierno de Adolfo Suárez González a la situación carcelaria vivida y es opuesta a los postulados rupturistas surgidos en su momento que incluso llegaron a ser objeto de análisis, defensa y debate en el Parlamento.

Reforma frente a ruptura constituye, también aquí, uno de los ejes que han caracterizado a la Transición política española. Prueba de ello lo constituye la proposición de ley sobre indulto de penas impuestas por la comisión de delitos sociales y medidas adoptadas al amparo de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social que fue debatida y votada en el Senado el día 19 de febrero de 1.978.

La iniciativa parlamentaria, defendida con vehemencia por Bandrés Molet y Xirinacs Damián, fue suscrita por 27 senadores de cuatro grupos parlamentarios distintos¹¹⁸. En esencia, plantean la necesidad de aprobar un indulto general a favor todos los autores de hechos delictivos cometidos con anterioridad al 14 de octubre de 1.977, fecha de la aprobación de la Ley de Amnistía Política, por considerar que fueron penados por unas leyes nacidas de una situación política en revisión que serían próximamente modificadas y que tipificaban y castigaban de forma injusta y desproporcionada conductas como el adulterio, el amancebamiento, el aborto o la anticoncepción.

Los argumentos aducidos en su defensa aluden a cuestiones tanto de justicia como políticas, señalando:

“El cambio social y político que todos juntos tratamos de realizar, después del 20 de noviembre de 1.975, no puede aprovechar solamente a una parte de la sociedad, sino que tiene que aprovechar a todos, y también a los presos, porque los presos también son ciudadanos españoles”.

Estas propuestas también se apoyaron en el discurso de coronación de S.M. El Rey D. Juan Carlos I pronunciado ante las Cortes el 22 de noviembre de 1.975 en el que aludió a la oportunidad de participar en la nueva sociedad que tendrían todos los españoles en el nuevo periodo abierto bajo su reinado¹¹⁹.

Sometida a votación la moción que recogía la principal reivindicación de la activa Coordinadora de presos en lucha (Copel), fue rechazada por 128 votos en contra, 16 a favor y tres abstenciones. Aspecto fundamental para la no admisión de la proposición lo constituyó la perspectiva mantenida por los grupos parlamentarios mayoritarios de elaborar inmediatamente una Ley penitenciaria; la derogación, que no reforma, de la Ley de Peligrosidad Social y la redacción de un nuevo Código Penal con nueva escala de penas.

¹¹⁸ La proposición está publicada en el Diario Oficial de las Cortes de fecha 3.2.1.978 y el debate de totalidad del proyecto de ley en el Diario de sesiones del Senado de 10 de febrero.

¹¹⁹ Las palabras pronunciadas en el discurso real que fueron referidas por estos parlamentarios fueron: *“que nadie tema que su causa sea olvidada... Juntos podremos hacerlo todo si a todos damos su justa oportunidad”*. Juan Carlos I. Discursos 1.975/1.995. Ed. Congreso de los Diputados y Senado. 1ª edición. 1.996. Vol. I, Pág. 15.

Destaca la participación en el debate parlamentario del entonces Ministro de Justicia Lavilla Alsina que incidió en la necesidad de reforma de la legislación penal y argumentó como elemento contrario a la concesión de un indulto generalizado la propia conflictividad en las prisiones que supondría, caso de accederse a la medida *“la abdicación del poder público y abandono de funciones esenciales en cuanto a la garantía y la seguridad misma de los ciudadanos”*.

En este mismo debate se aludió a la situación de inseguridad ciudadana y alta criminalidad que caracterizó a los primeros años de la transición y que erosionó la confianza en el naciente sistema democrático¹²⁰. Como prueba de sensibilidad y compromiso, el Ministro anunció la modificación de una serie de leyes y la revisión total del sistema penitenciario,

“cuya última fase se ha iniciado y que abarca tanto el régimen penitenciario como a las propias instalaciones, así como al sistema de trabajo penitenciario y la asistencia post-carcelaria, con objeto de que la programación del tratamiento penitenciario, orientada a la rehabilitación y reinserción, pueda conseguir sus últimos objetivos mediante el logro efectivo de la reinserción en la sociedad, para lo cual la tarea de la propia sociedad es y debe ser de primera magnitud”.

Lavilla Alsina defendió la reforma penal y penitenciaria frente a la ruptura ofrecida y respondió a *“los que querrían ver las cárceles vacías, y algunas destruidas, si tal pudiera ser”*, con las siguientes palabras:

“Resulta harto fácil caer en la tentación de la irresponsabilidad, pero el problema quedaría intacto y volvería a plantearse al poco tiempo en un clima de deterioro mucho más grave... Un periodo de transición es difícil y complicado, no tiene las ventajas propias de otras formas de enfocar la transformación de un sistema político; pero tiene otras ventajas como la de poder construir la dinámica y la dialéctica política, proyectándolo entre

¹²⁰ Durante los primeros años de la transición democrática se produjo un importante incremento de las cifras de delincuencia y de la sensación de inseguridad ciudadana imputándose esta situación a los cambios políticos que se estaban produciendo y a la pérdida del orden anterior. HURTADO MARTÍNEZ, M^a del C. *La Inseguridad Ciudadana de la Transición a una Sociedad Democrática: España. 1.977-1.989*. Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1.999. Págs. 168 y ss.

*todos hacia el futuro y procurando desligarnos de una dialéctica estéril respecto del pasado, cuando en términos tan fecundos pueden construirse, y desde tantos supuestos, dialécticas que nos permitan a todos seguir hacia delante y construir esa España capaz para todos los españoles enlazados, unidos, y con la fortaleza que da la unión”*¹²¹.

Como conclusión podemos indicar que la reforma de las estructuras sancionadoras del Estado y especialmente la reforma penal y penitenciaria, cuya imperiosa necesidad no se cuestionó, constituyó uno de los elementos propios e identificadores de la Transición política cuya materialización corrió diversa suerte, deviniendo la reforma de la ejecución de las penas privativas de libertad en emblema del espíritu de consenso imperante¹²².

3- LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978

En el constitucionalismo español cada modificación en su régimen político ha sido acompañada por un nuevo Código Penal o, por lo menos, un nuevo texto refundido, revisado o reformado¹²³.

Respecto al periodo analizado, remarca FERNÁNDEZ ALBOR que el cambio político español tiene su origen y característica principal en “*la disparidad existente entre la sociedad y las normas que la regían*”¹²⁴. Desde el punto de vista jurídico, es un momento de ebullición normativa y de amplia y enjundiosa producción científica que pone de relieve el innegable e imparable cambio social acaecido en la última década y el surgimiento de una situación que se debe acometer y gestionar con decisión e inteligencia, afrontando un apasionante reto para los Poderes públicos que se ven obligados a acomodar la normativa y sus resoluciones a lo que

¹²¹ Diario de Sesiones del Senado de 10 de febrero de 1.978 N° 7. Pág. 358.

¹²² Sobre su tramitación parlamentaria: GARCÍA VALDÉS, C. “*Ley Penitenciaria y Parlamento*”. Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, 1.989. Págs. 1.025 a 1.035.

¹²³ Así, por ejemplo, la Constitución de 1.812, los movimientos de 1.848, la Constitución de 1.869, la Dictadura de 1.923, la Constitución de 1.931, el régimen dictatorial que surge tras la Guerra de 1.936 conlleva la promulgación de los Códigos Penales de 1.822, 1.848, 1.870, 1.928, 1.932 y 1.944.

¹²⁴ FERNÁNDEZ ALBOR, A. “*Los Fines de la Ejecución de la Pena Privativa de Libertad*”. I Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. Sevilla, 1.983. Págs. 13 y ss.

demanda la nueva realidad social y política. Este reto tiene también y de forma intensa su repercusión en el ámbito jurídico penal que debe transformar unas estructuras sólidamente arraigadas en el Estado totalitario anterior y transitar hacia los postulados sociales y democráticos en construcción.

3.1.- Repercusión de la Constitución en la ejecución penal. El Artículo 25.2.

Como señala GONZÁLEZ RUS, a cada sociedad le corresponde un derecho penal propio, de manera que:

“Los presupuestos ideológicos y filosóficos que la fundamentan serán los que informen la función y significado último de las valoraciones penales, y si cada sociedad se hace “a medida” su ordenamiento penal, el ineludible punto de partida ha de ser la Constitución vigente en cada momento histórico, por encontrarse en ella los elementos necesarios para su elaboración conceptual”¹²⁵.

Según este autor, la relación entre el Derecho penal con los planteamientos constitucionales es íntima: el más técnico de sus conceptos adquiere una dimensión distinta según sea la función político-criminal que se les reconozca, de manera acorde con el sistema penal en el que pretenden ser operativos y los postulados ideológico-políticos y filosófico-científicos que están en la base de cada modelo. También es íntima la relación entre la función del Derecho penal y las transformaciones sociales y, en consecuencia, está notablemente condicionado por la Constitución, siendo el obligado punto de partida en la construcción del ordenamiento penal tanto desde el planteamiento jurídico como político.

¹²⁵ GONZÁLEZ RUS, J.J. *“El Papel de la Constitución en la Teoría de la Pena”*. Estudios Penales VII. Universidad de Santiago de Compostela. Págs. 223 a 280. Este planteamiento se recoge en la Exposición de motivos del Código vigente aprobado por L.O. 10/1.995, de 23 de noviembre: *“El Código Penal define a los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de “Constitución negativa”*”.

La Constitución es la norma fundamental a la que deben acomodarse el resto de las que conforman el Ordenamiento jurídico. También lo es desde el aspecto político ya que su procedimiento de elaboración y contenido la hace el instrumento más fiable al que acudir en busca de los principios y valores socialmente compartidos y a los que deber responder un Derecho penal que quiera reflejar adecuadamente las características básicas de la comunidad en la que ha de aplicarse.

Analizando la evolución histórica de la sanción en el constitucionalismo español, podemos concluir que la pena está conectada a la evolución del concepto de Estado y su estructura jurídica y política, reflejada con especial nitidez en el texto definitivo actual.

En el ámbito penitenciario, desde el proyecto de 1.873, ninguna Carta magna incluyó expresamente los fines de la pena. Se hizo en este proyecto¹²⁶ y en la de 1.812¹²⁷. Tampoco las Constituciones de otros países, salvo Italia, han hecho estas referencias específicas a los fines de la pena. Por lo tanto, la elevación a rango constitucional de la finalidad penológica representa una novedad en nuestra historia constitucional y en el Derecho comparado.

La Constitución de 1.978 establece en el artículo 25.2.:

“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están 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

¹²⁶ El Proyecto de Constitución Federal de la República Española presentado a las Cortes Constituyentes el 17 de julio de 1.873 señalaba que *“Toda persona encuentra asegurado en la República...el derecho a ser jurado a a ser juzgado por los jurados; el derecho a la defensa libérrima en juicio; el derecho, en caso de caer en culpa o delito, a la corrección y a la purificación por medio de la pena”*. FARIAS GARCÍA, P. *Breve Historia Constitucional de España 1.808-1.978*. Editorial Latina, S.A. Madrid, 1.981. Pág. 265.

¹²⁷ Art. 297 de la Constitución de 1.812: *“Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar, y no para molestar a los presos; así, el alcaide tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación; pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos”*. Sobre el articulado constitucional de 1.812: MATA Y MARTÍN, R. *“Aproximación a Jovellanos Penalista: Magistrado, Hospicios, Prevención de la Delincuencia y su Influencia en la Constitución de 1.812”*. VV.AA.: *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Ed Constitutio Criminalis Carolina. 2.013. Págs. 425 a 446.

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 el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

MAPELLI CAFFARENA¹²⁸ ha señalado que esta redacción contiene tres declaraciones de distinto alcance:

- 1.- Las penas están orientadas hacia la reinserción social y la reeducación, es decir, hacia la resocialización.
- 2.- La actividad penitenciaria no podrá nunca orientarse de manera que impida u obstaculice los derechos fundamentales de los reclusos y, en concreto, no podrá imponérseles trabajos forzados. No se reconocen estos derechos expresamente puesto que ya están contemplados sino que establece un marco de actuación para la Administración penitenciaria determinado y delimitado por el fallo condenatorio, en cuanto a la duración máxima de la privación de libertad; la naturaleza de la pena, en cuanto que su imposición afecta a todos los derechos fundamentales relacionados con la libertad ambulatoria que no son plenamente practicables sin dicha libertad y la propia Ley penitenciaria.
- 3.- La Constitución incluye el status jurídico mínimo del recluso. Tiene, en todo caso, derecho a un trabajo remunerado y a la Seguridad social correspondiente, y también el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Al margen del artículo concreto y realizando un análisis sistemático que atienda a lo dispuesto en el Art. 10.1 de la Carta Magna¹²⁹, consideramos que el resto de derechos constitucionales establecidos deben ser inexorablemente salvaguardados para la persona del recluso, estableciéndose la necesidad de potenciar otros derechos que puedan favorecer la orientación resocializadora. Esta visión es capital en la medida

¹²⁸MAPELLI CAFFARENA, B. Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona 1.983. Págs. 132 y 133.

¹²⁹ Art. 10.1 C.E.: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

en que la resocialización de los privados de libertad no se establece solamente en el artículo específico de la Norma suprema sino en el más amplio desarrollo y ejercicio de todo su articulado. Del pleno ejercicio de las libertades y derechos reconocidos y del desenvolvimiento de los principios contenidos depende, en buena medida, la consecución del postulado contenido en el artículo 25.2.

Desde esta perspectiva y siguiendo a HERNÁNDEZ GIL, la referencia constitucional a la dignidad de la persona contiene un valor incluso supra-constitucional en el sentido de que inspira y legitima a todo el Ordenamiento Jurídico y, especialmente, a la legislación penitenciaria. Este autor afirma:

“Decir que la dignidad de la persona es el fundamento del orden político y de la paz social, no es sólo formular un precepto con fuerza obligatoria para los ciudadanos y los poderes públicos, sino mostrar al exterior, en términos reflexivos y esclarecedores, cómo entiende el legislador constituyente el fundamento del orden político y de la paz social.... Cuando la Constitución establece que la dignidad de la persona es fundamento de la paz social, pone de manifiesto que ésta no es conseguible sin la dignidad de la persona, o lo que es lo mismo: no hay paz social sin dignidad de la persona y no hay dignidad de la persona si falta la paz social”¹³⁰.

Podemos colegir que la Institución penitenciaria es reorientada en su finalidad, estableciéndose un mandato a todos los Poderes públicos que debe preterir la función sancionadora y punitiva conferida desde su origen, asignando una nueva finalidad para la que no fue concebida estableciendo unos objetivos en un entorno segregado y cerrado que en buena medida imposibilita alcanzarlo.

Desde una perspectiva integradora consideramos debe remarcar que la labor de reeducación y reinserción de los penados constituye una obligación y una misión de todos los ámbitos sociales y de las instituciones en las que se articula la colectividad y no es, en consecuencia, monopolio de la

¹³⁰ HERNÁNDEZ GIL, A. *El cambio político español y la Constitución*. Ed. Planeta. Barcelona, 1.982. Págs.418 a 431

Administración penitenciaria aunque sí su fin primordial. Bajo estas premisas, los ataques a la dignidad personal del privado de libertad o la vulneración de sus derechos que en cualquiera de sus manifestaciones se produzcan conlleva, indefectiblemente, una depreciación de la paz social fundada en la justicia y la igualdad. En este sentido, lo señalado por GARCÍA VALDÉS cobra toda su dimensión cuando señala:

“La orientación es clara. La prisión es el marco real de la pena, pero no debe añadir desocialización mayor. La tarea no es simple: resocializar es partir del pensamiento de una inserción comunitaria del sujeto previa al ingreso, y ello, en muchas ocasiones, no es cierto. Y, por otro lado, la institución carcelaria no puede optar, ni conformarse, con permanecer impasible ante el deterioro de quien tiene obligación legal de ayudar a integrarse, después, en el mundo libre. Esa es su lealtad constitucional”¹³¹.

3.2.-La reeducación y la reinserción social proclamados en la Constitución

Respecto a la finalidad de reeducación y reinserción social de la pena privativa de libertad, la doctrina penal mayoritaria se ha mostrado proclive a que la pena de prisión no puede agotarse en su función represiva, en un acto vindicativo institucionalizado¹³². Por ello, en el origen mismo de la doctrina penitenciaria española, de hondas raíces humanistas y cristianas, encontramos destacados autores que buscan modificar la imagen del recluso que consume a la par su vida y su pena en una celda.

Históricamente relacionada con los sistemas desarrollados desde el Siglo XVIII en América del Norte y Europa, la resocialización se ha visto como un proceso expiatorio. Desde esta concepción, la pena de prisión tiene un carácter liberador, de reconciliación del delincuente consigo mismo y de forma de saldar su teórica deuda con la sociedad. La disciplina, la rigurosidad en el trato y el sentido religioso exteriorizado en el trabajo para

¹³¹ GARCÍA VALDÉS, C. *Del presidio a la prisión Modular*. Ópera Prima editorial. Madrid, 2.009. Pág. 54.

¹³² BOIX REIG, J. *“Significación jurídico penal del Art. 25.2 de la Constitución (La reeducación y reinserción social del condenado)”*. Escritos Penales. Publicaciones de la Universidad de Valencia. Valencia 1.979. Págs. 107 y ss.

potenciar la autodisciplina y el aislamiento celular favorecedor de la reflexión y evitador de la contaminación, son sistemas con componentes de inspiración monacal que han marcado la concepción penitenciaria de Norteamérica¹³³.

Desde las últimas décadas del Siglo XIX, SALILLAS Y PANZANO propugnó en España la intervención sobre la persona asumiendo un planteamiento crítico y reformista difundiendo las modernas teorías sobre el delito y los delincuentes aparecidas en Europa a través de la Revista Penitenciaria fundada por él. Procuró un modelo de desarrollo penitenciario propio consistente en mejorar las condiciones del recluso en la medida en que se fueran consiguiendo una serie de objetivos previamente establecidos¹³⁴. También el correccionalismo español ofreció una nueva visión de la resocialización. SALDAÑA GARCÍA-RUBIO señaló que la pena debía entenderse como pedagogía correccional preventiva, que no es otra cosa que pedagogía social. Se educa al corrigiendo no para que no vuelva a delinquir sino preparándole a un régimen económico en que no sea preciso hacerlo¹³⁵. Esta misma visión le llevó a imaginar a DORADO MONTERO que en el futuro el Derecho penal dejaría su puesto a la medicina social y los jueces habrían de ser reemplazados por nuevos funcionarios a los que llamaría “*médicos sociales*”. El delincuente es un sujeto necesitado de educación. Es necesario corregirlo y mejorarlo.

¹³³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi. Cizur-Menor (Navarra). 2.011. Págs. 199 a 216. MIR PUIG, C.: *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Atelier. 2011. Págs. 25 a 30. TÉLLEZ AGUILERA, A. *Los Sistemas penitenciarios y sus prisiones*. Edisofer. Madrid, 1.988. Págs. 60 a 94.

¹³⁴ Con motivo del centenario del nacimiento de Concepción Arenal, el día 17 de enero de 1.920 SALILLAS, entonces Director de la Escuela de Criminología, pronunció una conferencia en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia bajo el título “*Inspiradores de Doña Concepción Arenal*” en la que, partiendo de postulados Ilustrados analiza las reformas penitenciarias del sistema americano y la de Howard y su introducción en Europa, destacando la labor realizada en España por Ramón de la Sagra y la propia Concepción Arenal, especialmente en el ramo de los presidios. Conferencia publicada en: SALILLAS Y PANZANO, R. “*Inspiradores de Doña Concepción Arenal*” Revista de Estudios Penitenciarios Nº 200-203. Enero-diciembre 1.973. Ministerio de Justicia, 1.973. Págs. 180 a 213. Sobre la importancia de la obra de Salillas: GARCÍA VALDÉS, C. *Del Presidio a la Prisión Modular*. Ópera Prima. 3ª edición. Madrid, 2.009. Págs.7-8 y 28 a 31.

¹³⁵ Sobre el pensamiento penal y criminológico de Quintiliano Saldaña: LÓPEZ REY Y ARROJO, M. *Introducción a la Criminología*. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1.981. Págs. 48-49.

SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER sintetiza el pensamiento de DORADO MONTERO en los siguientes puntos:

“Reconoce Dorado Montero como origen del correccionalismo las que no duda en calificar de “grandiosas concepciones metafísico-orgánicas de los filósofos germanos, particularmente de la krausista”, que hubo de enfrentar el reto del movimiento positivista y determinista. Citando a Giner de los Ríos, Dorado Montero deslinda en la teoría correccionalista estas tres tesis básicas: “el delincuente es un individuo inferior que necesita ser atendido”; “el delito no es más que un síntoma de aquella inferioridad” y finalmente, “la manera más acertada de ejercer la función penal es atacar la causa, la raíz de delito...y este procedimiento no puede menos de redundar en beneficio de la sociedad misma, la cual por eso tiene el deber de ejercitar la función penal (que nunca será un “mal”), y el reo, el individuo inferior, el derecho a que se imponga la pena, que no es un mal, un castigo, sino un verdadero bien para el que la sufre (aunque él no lo estime así), por ser una forma de tutela, de protección, que consiguientemente, la función penal debe ser preventiva, no represiva”¹³⁶.

Como señala GARCÍA VALDÉS

“Frente a los siglos pasivos, indolentes y atrasados de penas históricas propiamente utilitarias..., descontadas en lugares sumideros de personas, sin participación directa del conjunto de los operadores penitenciarios en lo referido a la enmienda de los condenados, marginados pues de lo que no fuera vigilancia y estricta custodia, estos nuevos tiempos configuran una etapa, ocaso de la anterior, activa y ambiciosa que se caracteriza precisamente por lo contrario: por la intervención estimulante sobre la conciencia moral de los reclusos, en un primitivo momento, tratando de modificar así los comportamientos contrarios a la ley; y, después, por incidir en su corrección y tratamiento correccional de cara a su futuro retorno a la sociedad. Ése buscar algo más, ése digno hacer frente al simple estar, ajeno a la casualidad, ha sido la esencia manifiesta y sostenida de

¹³⁶ SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, G. *Pedro Dorado Montero, un penalista salmantino*. Junta de Castilla y León, 1.990. Arts. 133-134.

*nuestro penitenciarismo, en el periodo que se viene analizando, que jamás fue dilapidada”*¹³⁷.

La resocialización a través de la privación de libertad tiene un claro componente pedagógico, incluso en el empleo del término “reeducación”. Se prejuzga, en buena medida, un déficit educacional de tipo social entendido como adaptación a las normas sociales.

Varias décadas después, en el momento de elaboración y aprobación de la Constitución nuevos postulados tuvieron gran predicamento. La Criminología realizó una importante aportación al estudio en general de las Ciencias penales y amplió su objeto hasta la víctima y las formas de control social, que hasta ese momento había estado centrado en el delito y en el delincuente¹³⁸. La Dogmática jurídico penal, como elemento central de las ciencias penales, se vio complementada con nuevos conocimientos provenientes de otras ciencias sociales¹³⁹.

Estas novedosas perspectivas llegaron a un sector minoritario de los expertos de nuestro país. MAPELLI CAFFARENA considera que la resocialización que contempla la Constitución española es un índice corrector de la intensidad del castigo en manos de la administración penitenciaria, es decir, un principio de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en virtud del cual estas deben de adaptarse a las condiciones generales de la vida en sociedad (“*principio de atenuación*”) y contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad (“*principio de nil nocere*”). Aproximar la prisión al medio libre y minimizar los efectos nocivos del internamiento forzado pasan a constituir objetivos realizables conforme a lo dispuesto en la Norma suprema¹⁴⁰.

¹³⁷ GARCÍA VALDÉS, C. *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del Siglo XIX*. Edisofer. Madrid, 2.006. Págs.28.

¹³⁸ GÖPPINGER, H. *Criminología*. Reus, S.A. Madrid, 1.975. Págs 21 a 56. ORELLANA WIARCO, A. *Manual de Criminología*. Ed. Porrúa. México, 1985. Págs. 63 a 75.

¹³⁹ Para el estudio de la evolución de la Criminología y de la ampliación, relativización y problematización de su concepto es fundamental la obra de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Espasa-Universidad. Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1.988.

¹⁴⁰ MAPELLI CAFFARENA, B. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona 1.983. Págs. 91 a 99.

La terminología “*reeducción y reinserción social*” que emplea el texto constitucional también ha sido y es analizada con reiteración e intensidad¹⁴¹. La finalidad resocializadora se cumple a través de ambos conceptos pero su significado no es igual. Existe una primera interpretación acientífica fácilmente asumible y utilizada con amplitud en ámbitos coloquiales que, en ocasiones, ha derivado en una justificación para vaciar de contenido a la pena partiendo de la consecuencia desocializadora que conlleva apartar a una persona de su entorno social natural¹⁴². Esta interpretación inicial cuestiona la actuación e incluso la necesidad de la existencia de la Institución por considerar que supone la negación de esta finalidad (y no uno de sus instrumentos) y colige que la reincidencia en el delito constituye el fracaso de la prisión para la consecución de sus nuevos fines y objetivos.

La dimensión jurídica del concepto resocialización que acoge la Carta Magna agrupa la solución constitucional italiana y la experiencia penitenciaria alemana. El constituyente español eludió el concepto amplio y optó por emplear el término reeducación como compensación de las carencias del recluso frente a las que posee el hombre en el medio libre mediante el ofrecimiento de posibilidades para el acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad. Esta es una obligación del Estado español para todas las personas que aparece reconocida en el art. 9.2 (*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas y de la misma manera debe remover los obstáculos que impidan o dificulten esta labor, a la vez que tiene la obligación de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*). Es incuestionable que, en un entorno tan limitativo como son los centros penitenciarios, esta obligación cobra especial intensidad precisamente por su dificultad.

¹⁴¹ Prueba de ello es la obra publicada por SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, M.I. *El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social*. Ed. Dikynson. Madrid, 2.012

¹⁴² Esta indeterminación y vaguedad es considerada por MUÑOZ CONDE como clave de su éxito, siendo también su principal defecto, porque no permite ni un control racional, ni un análisis serio de su contenido. MUÑOZ CONDE, F. “*La Prisión como problema. Resocialización versus resocialización*”. Derecho Penal y Control Social. Fundación Universitaria de Jerez. Jerez de la Frontera, Cádiz. 1.985. Págs. 89 a 118.

La reinserción constituye el proceso de introducción del individuo en la sociedad. La partícula “*re*” acentúa la extracción que se ha producido con la ejecución de la pena y no alude a la situación previa en la que se encontraba el individuo antes de su ingreso carcelario. De esta obligación de la Administración deriva el favorecimiento de todas las relaciones del recluso con el exterior y la necesidad de evitar que devenga en un marginado una vez obtenida la libertad.

Como señala MAPELLI CAFFARENA, reeducación y reinserción se mueven en dos niveles distintos complementándose conjuntamente. Mientras que la primera aspira a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, la segunda atenúa la nocividad de la privación de libertad en la esfera de las relaciones materiales individuo/sociedad¹⁴³.

Consideramos que nos encontramos ante un principio imperativo, eficaz directa e inmediatamente, ubicado entre los derechos y las libertades fundamentales¹⁴⁴ que busca una prevención “*compensadora*”, “*integradora*” o “*estabilizadora*” de la conciencia jurídica general¹⁴⁵.

Ha llamado la atención de la doctrina la no coincidencia entre la disposición constitucional (el Art. 25.2 señala que el condenado “*gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo (el II del Título I) a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo*”

¹⁴³ MAPELLI CAFFARENA, B. Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona 1.983. Págs. 151-152.

¹⁴⁴ Y en consecuencia susceptible de protección conforme a lo dispuesto en el punto primero del artículo 53.2 del texto constitucional: “*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.*” El procedimiento ante los Tribunales ordinarios se prevé en la actualidad y tras derogación de los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona, en el Capítulo V (“*Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona*”) del Título V (“*Procedimientos especiales*”) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio; sin perjuicio de que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vincule a todos los poderes públicos conforme dispone el artículo 53.1 C.E.

¹⁴⁵ GONZÁLEZ RUS, J.J. “*Teoría de la Pena y Constitución*”. Estudios Penales y Criminológicos VII. Universidad de Santiago de Compostela. 1.984. Pág. 268.

condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”), y la Ley Orgánica, al referirse a los “*derechos constitucionales*”, sin restricción alguna en función de su ubicación. Al margen de la sistemática de la Constitución, numerosos autores han aludido a la dignidad de la persona reconocida expresamente en su artículo 10 como límite de la intervención administrativa (alusión que se repite en el artículo 3 de la Ley y en el 3.1º del R.P. de 1.981)¹⁴⁶ y que hemos señalado con anterioridad.

Con ello se recoge lo previsto en la Regla 22 de las Mínimas del Consejo de Europa e incorpora las disposiciones del artículo 1 de la Ley Penitenciaria italiana que rechaza todo tipo de experiencias médicas o científicas sobre los reclusos, el artículo D-380 del Código de Procedimiento Penal francés y el artículo 96.5º de la Ley de Ejecución portuguesa, estableciéndose la interdicción de prácticas médicas atentatorias contra esta consideración inherente a todo ser humano aunque no siempre aparezcan definidas unánimemente por los autores.

4.- CONTEXTO IDEOLÓGICO EN EL QUE SURGE LA LEY

4.1.-Crisis de la privación de libertad

Como ha señalado GARCÍA GARCÍA¹⁴⁷, el modelo de reinserción social por el que optó la Constitución responde a la criminología positivista y la criminología clínica, modelos cuestionados en Europa a partir de la década de los setenta. Nuestro planteamiento asume la premisa de que la reinserción es posible a través de la pura intervención sobre el delincuente que cumple una pena privativa de libertad, la cual, incluso, llega a justificarse por dicho fin.

Este modelo reinsertador se hallaba sometido a diferentes y profundas críticas en el momento de elaborarse la Constitución española y la Ley penitenciaria que procedían de los siguientes sectores:

¹⁴⁶ GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1.982. Pág. 194.

¹⁴⁷ GARCÍA GARCÍA, J. “*La Reforma Penitenciaria Española: Actualidad y Futuro*”. Primeras Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. Sevilla, 1.983. Págs. 51 a 80.

1.- La postura conservadora lo devalúa desde una preocupación exclusiva por la defensa social, manteniendo el predominio de los intereses de orden, control y custodia sobre los de tratamiento. Para sus postulados, el tratamiento afecta e interfiere a los fines de seguridad que son prevalentes.

2.- Desde la postura liberal, se considera que la meta resocializadora puede ser rechazable por lo que significa de manipulación de la personalidad y de negación de la libertad humana, al imponer al penado unos determinados valores coincidentes con los de la clase dominante.

3.- El modelo de Justicia critica la pena privativa de libertad al entender que es impropia de los tiempos actuales tachándola de inhumana, injusta e ineficaz. La atroz experiencia vivida por la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial y el abuso del Derecho penal en el castigo e incluso en la eliminación física de grupos humanos enteros constituyó un revulsivo determinante para el renacimiento de ideas humanísticas de honda raíz cristiana e ilustrada.

La prisión, bajo este prisma, es una Institución injusta porque somete al interno a privaciones de derechos y sufrimientos a los que no ha sido condenado (privación del desarrollo de su normal actividad sexual, pérdida de su puesto laboral, separación de su entorno, convivencia en una organización con un orden jerárquico de valores distinto...) y somete también a la familia y allegados a privaciones inmerecidas. Además es ineficaz porque no consigue intimidar a los destinatarios de la norma y resocializar a los que se someten a ella¹⁴⁸.

Por la repercusión de los postulados abolicionistas del sistema penal y, en consecuencia de la Institución penitenciaria, destacamos la teoría elaborada por el holandés Louk HULSMAN que tuvo amplia repercusión en sectores

¹⁴⁸ MAPELLI CAFFARENA señala a los penitenciaristas clásicos Bernardino de Sandoval y Calixto Cerdán de Tallada como precursores del pensamiento humanista. Vincula este principio con los modelos contemporáneos de la política criminal, la finalidad resocializadora de las penas privativas de libertad y las disposiciones que pretenden salvaguardar la dignidad de las personas. MAPELLI CAFFARENA, B. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra) 2011. Pág. 33-35.

doctrinales. En defensa de la abolición de todo el sistema y bajo el título “una visión desde dentro” se refirió a la prisión en los siguientes términos:

“Esforcémonos en imaginar e interiorizar lo que es el encierro en la prisión. Se nos ha enseñado a pensar en la prisión desde un punto de vista puramente abstracto. Son puestos en primer lugar “el orden”, el “interés general”, la “seguridad pública”, “la defensa de los valores sociales”... - se nos hace creer- y es sólo una alusión siniestra- que para ponernos al abrigo de las “acciones de la delincuencia” es necesario, ¡y suficiente!, meter en la cárcel a algunas decenas de miles de personas. De la gente encerrada en nuestro nombre, se nos habla muy poco...

No es poca cosa privar a alguien de su libertad. El solo hecho de estar encerrado, de no poder ir y venir, al aire libre, a donde nos plazca, de no poder encontrar a quien tenemos ganas de encontrar, ¿no es esto, de suyo, un mal extremadamente penoso? El encarcelamiento es esto, desde luego.

Pero es también un castigo corporal. Se dice que los castigos corporales han sido abolidos, pero no es verdad. He ahí la prisión, que degrada la incolumidad corporal: la privación de aire, de sol, de luz, de espacio, el confinamiento entre cuatro muros estrechos, el paseo entre rejas, la promiscuidad con compañeros no deseados, en condiciones sanitarias humillantes, el olor, el color de la prisión, las comidas siempre frías, en que predominan las féculas hervidas...; tales sufrimientos físicos implican una lesión corporal que deteriora lentamente.

A este primer mal hay que añadir una cadena de otros que alcanzan al detenido, al perder su libertad, en todos los niveles de la vida personal. El que vive de un salario y tenía un empleo, pierde éste de inmediato. Pierde asimismo la posibilidad de conservar su casa y asumir las cargas de su familia. Se encuentra separado de ésta, con todos los problemas morales que tal tipo de separación entraña: su mujer o compañera, expuesta a fuerzas hostiles... sus hijos, marcados en adelante por el estigma. “su padre ha estado en la cárcel”. Bruscamente desconectado del mundo, el reo experimenta un alejamiento total de lo que ha conocido y amado.

El condenado a prisión penetra en un universo alienante en el cual toda relación está falseada, ya que la prisión es mucho más todavía que la privación de libertad y sus secuelas. No consiste sólo en retirarse del mundo normal de la actividad y del afecto; es también, sobre todo, la entrada en un universo artificial donde todo es negativo. Tal es lo que hace de la prisión un mal social específico: es un sufrimiento estéril.

Todo sufrimiento no es necesariamente un mal; hay sufrimientos benéficos que hacen progresar en el conocimiento de uno mismo y abren nuevas vías que nos reconcilian y hacen mejores. La prisión es un sufrimiento no creador, carente de sentido. Este sufrimiento es un contrasentido.

Las ciencias humanas nos dan una idea de la extensión del mal. Comprueban que ningún beneficio puede obtenerse de la prisión, no para aquel a quien se encierra, ni para su familia, ni para “la sociedad”. Las reglas de vida en la prisión hacen prevalecer las relaciones de pasividad-agresividad y de dependencia-dominación, no dejan prácticamente lugar alguno para la iniciativa y el diálogo; dichas reglas alimentan el desprecio de la persona y son infantilizantes. El hecho de que, durante el encierro, los impulsos sexuales sólo puedan expresarse en la forma de los sucedáneos fantasmales, la masturbación o la homosexualidad, acrecientan el aislamiento interior. El omnipresente clima de coerción desvaloriza la estima de uno mismo, hace olvidar la comunicación auténtica con los otros, paraliza la elaboración de actitudes y comportamientos que resulten socialmente aceptables para el día de la liberación. En la prisión pierden los hombres su personalidad y su sociabilidad”¹⁴⁹.

4.- El modelo del labelling y la Criminología crítica establecen que la privación de libertad resulta de la reacción de las clases dominantes hacia los miembros de la sociedad más desfavorecidos para mantener el “status quo”. De origen norteamericano, estas teorías sitúan la explicación del comportamiento desviado del individuo en el medio ambiente. En esencia se

¹⁴⁹ HULSMAN, L. y BERNAT DE CELIS, J. *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1.984. Págs. 49 a 51.

admite que grandes capas de la población en algún momento de su vida han infringido las normas, incluso las penales. La conducta delictiva no es atributo exclusivo de los delincuentes sino que muchos ciudadanos, la gran mayoría, han contravenido la legalidad penal. La diferencia no es que unos ciudadanos cometen hechos tipificados como delitos y otros no sino que unos han sido detectados por los sistema de control y el resto no¹⁵⁰.

Con estas teorías la ciencia gira su interés desde las causas del comportamiento delictivo- la etiología de la delincuencia- hacia los criterios por los cuales los órganos de control distribuyen el estigma de la delincuencia. El dato de la comisión de un hecho delictivo no puede asociar inevitablemente la idea resocializadora pedagógica. No cabe, desde esta visión, deducirse la peligrosidad o inadaptación cuando ocurre un hecho delictivo. Tampoco cabe emitir un pronóstico de personalidad global en función de una concreta manifestación de la misma, prescindiendo del análisis total de las situaciones y articular toda una respuesta penitenciaria en torno al concepto tratamiento.

Para las tesis socialistas de la época, la criminalidad es un problema enraizado en las estructuras y dinámicas de la sociedad capitalista, por lo que la única solución aceptable pasa por el cambio radical de la sociedad. Respectos a los postulados en nuestro país estos planteamientos son defendidos por DE SOLA DUEÑAS, quien critica la situación del momento consecuencia de los largos años de la dictadura franquista y sus consecuencias y generadora de delincuencia y marginación juvenil (*“desajustes sociales, regionales, urbanísticos, culturales (agraviados por nuestro desarrollo capitalista)... crisis económica general de los países capitalistas agravados en España por la incapacidad del franquismo declinante para tomar medidas de contención o, al menos, de previsión de sus efectos...”*)¹⁵¹.

¹⁵⁰ Sobre el enfoque interaccionista del Labelling Approach, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Espasa-Universidad. Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1.988. Págs. 581 a 609.

¹⁵¹ DE SOLA DUEÑAS, A. *Socialismo y Delincuencia*. Editorial Fontamara. Barcelona, 1.979. Págs. 34-35.

5.- Desde el criterio de la eficacia, las tasas de reincidencia se mantienen en porcentajes muy altos entre los individuos sometidos a estas penas. Los resultados medidos y constatados, en consecuencia, son empleados para intentar evidenciar la inutilidad de la privación de libertad.

6.- La prisión es una medida destructiva que somete al condenado a un intolerable aislamiento que destruye su persona, tiene efectos alienantes, crea el riesgo de las “*psicosis carcelarias*” y el estigma de la estancia en prisión que le limitará en su vida personal y social y le hará permanente sospechoso ante los organismos de control social, lo que terminará por impulsarle a cometer nuevos delitos.

En 1.940 CLEMMER fue el primero que se refirió con este significado al efecto “*prisionización*”. Su planteamiento surge a partir de investigaciones empíricas realizadas en establecimientos norteamericanos siendo concebido este concepto en términos de proceso de asimilación por los internos de hábitos, usos, costumbres y cultura propios e inherentes a la prisión, así como una disminución general del repertorio de conducta de los mismos por efecto de su estancia prolongada en el centro. La línea investigadora iniciada por CLEMMER es continuada por PINATEL o GOFFMAN, autores estudiados y seguidos por sectores importantes de la doctrina en España.

Estos autores argumentaron la existencia de una relación lineal y ascendiente entre la duración del internamiento carcelario y el proceso de prisionización. Entre las consecuencias peyorativas más destacables se encontrarían los siguientes:

a) Aumento del grado de dependencia de los sujetos encarcelados, debido al amplio control conductual al que se ven sometidos. La mayoría de las decisiones que afectan a su vida diaria le son impuestas, escapando a su propio control. Supone un regreso importante en la autonomía de las personas que se ven sometidos a una Institución que les pauta todos los aspectos de la vida cotidiana. Así evaluando lo que se ha llamado «*localización del control*» (que puede ser interna o externa) se produciría en

ellos un desplazamiento hacia el polo «*externalista*». Esto es, atribuirían la causación de su propio comportamiento y sus consecuencias a factores externos, fuera de ellos mismos y de su ámbito de decisión. Así se produce una negación permanente de la responsabilidad por los actos propios y su traslación a decisiones o situaciones ajenas a su persona.

b) Devaluación de la propia imagen y disminución de la autoestima, concebidas como la apreciación que el individuo realiza y mantiene sobre su persona. En términos generales, se ha sugerido que el «*sistema social informal*» de la prisión influenciaría negativamente la autoestima y la autopercepción de los sujetos, constituyendo estos efectos un componente cercenador de sus posibilidades futuras.

c) Aumento de los niveles de dogmatismo y autoritarismo de los presos que se traduciría en su mayor adhesión a valores carcelarios.

d) Por último, y desde el punto de vista psicológico, el proceso conlleva un aumento en el nivel de ansiedad de los encarcelados generando un profundo malestar emocional con repercusiones somáticas.

Esta teoría explicativa aparece repleta de sólidos argumentos que incidieron en la formación de una visión deshumanizada del medio. Sin embargo y atenuando su visión demoledora se ha indicado que estos factores integrantes del proceso de prisionización son el resultado de investigaciones realizadas en cárceles norteamericanas, entre cuyas características se encontraría la presencia de elementos de gran rigidez y privación de los internos establecidos bajo fuertes criterios de seguridad, (por ejemplo, el uso de uniforme y numeración) no extrapolables necesariamente a centros europeos¹⁵².

¹⁵² Desde una perspectiva metodológica, muchos de los estudios que sirvieron de base a las conclusiones sobre prisionización fueron relativizados al contener alguna de las siguientes carencias importantes: no tomaron medidas sobre el nivel que los sujetos tenían en este tipo de variables («locus de control», «autoestima», etc.), con anterioridad a su entrada en prisión, limitándose a efectuar una sola evaluación transversal, que, en el mejor de los casos, se comparan con poblaciones no carcelarias como la tipología y gravedad de los delitos cometidos por los sujetos, la duración de las condenas, sus carreras delictivas, o los

Como conclusión podemos señalar que coincidiendo en el tiempo con la reforma penitenciaria española se produjo en los países europeos y en la doctrina sociológica norteamericana el momento de mayor cuestionamiento de los fines de la prisión. Esta situación de revisión de sus propios fundamentos es inédita ya que, desde su origen como pena en el S. XVIII, se consideró que la privación de libertad, sin ser tan cruel como la de muerte o los castigos corporales, permitía satisfacer las demandas de retribución y de prevención general a través de su dureza, además de neutralizar a los delincuentes más peligrosos. Solamente con el correccionalismo se vinculó una finalidad superior al simple castigo, siendo anecdóticas las posturas abolicionistas previas a la Segunda Guerra Mundial. Es a partir de estos momentos en los que surgen los planteamientos avanzados más elaborados que recogen este postulado como necesidad: la pena de prisión debe ser suprimida. Este objetivo, sin embargo, siempre se consideró inalcanzable a corto y medio plazo, lo que posiblemente motivó con gran realismo su inclusión en la exposición de motivos del texto definitivo de la Ley española¹⁵³.

4.2.- Cuestionamiento del tratamiento

Un aspecto esencial de la crítica a la privación de libertad como principal reacción social ante el delito es que de forma paralela se produce el cuestionamiento del tratamiento como instrumento para alcanzar el objetivo de la reinserción social.

Podemos apuntar el surgimiento una corriente que propone renunciar a la idea de que la reinserción social es el único fin o el fin primordial de la pena

contextos exteriores de los que provenían. Al respecto: PÉREZ FERNÁNDEZ, E. y REDONDO ILLESCAS, S. “Efectos psicológicos de la Estancia en Prisión”. Papeles del Psicólogo N° 48.Revista del Consejo General del Colegio Oficial de Psicólogos. VV.AA. Madrid, 1.991.

¹⁵³ Cuyo párrafo tercero dispone: “Las prisiones son un mal necesario y, no obstante la indiscutible crisis de las penas de privación de libertad, previsiblemente habrán de seguirlo siendo por muchos años. Los cambios de las estructuras sociales y de los regímenes políticos determinarán, sin duda, modificaciones esenciales en la concepción y realidad sociológica de la delincuencia, así como en las sanciones legales encaminadas a su prevención y castigo, pero es difícil imaginar el momento en que la pena de privación de libertad, predominante hoy día en los ordenamientos penales de todos los países, pueda ser sustituida por otra de distinta naturaleza, que, evitando los males y defectos a la reclusión, pueda servir en la misma o en mejor medida a las necesidades requeridas por la defensa social.”

de prisión, debiéndose aceptar que la prisión cumple otros fines (disuasión, expiación, segregación, etc.) que equivale a admitir que la prisión se justifica por otras razones distintas al fin resocializador. Esto no es incompatible con que la estancia en prisión debe aprovecharse para el tratamiento si el encarcelado voluntariamente se somete a él. En este supuesto la resocialización que se intente no debe ser nunca la que propugnan los programas máximos (una resocialización valorativa, que trate de conseguir que el recluso acoja en su voluntad, interiorice, los valores morales y sociales predominantes en la sociedad que lo ha condenado) sino la que pretenden los programas mínimos: se trata de conseguir que el individuo adapte su conducta externa a la legalidad formal, en definitiva, que respete las normas de convivencia.

Diez años de la promulgación de la Ley Orgánica, BUENO ARÚS se interroga sobre el concepto tratamiento¹⁵⁴. De forma sintética, analiza las distintas críticas que se vienen formulando desde los principios morales y ius-filosóficos que contiene la norma y defiende la legislación vigente con un argumento básico: el tratamiento pretende mejorar las relaciones en una sociedad que es, efectivamente, injusta y egoísta. Además, la pena privativa en ejecutada en los términos previstos avanza en la humanización del poder y responde a necesidades objetivas para garantizar la convivencia conforme a un ordenamiento jurídico democrático. Desde la decidida defensa del concepto y destacando la previsión legal que constriñe los aspectos regimentales al mínimo imprescindible para garantizar el orden y la seguridad y los subordina en su finalidad al establecimiento de una ordenada convivencia que posibilite la realización de las actividades tratamentales y la satisfacción de cuantos derechos se reconocen a los internos, denuncia la ausencia de recursos materiales y personales suficientes que impide la aplicación de los medios científicos necesarios para intentar alcanzar los ambiciosos fines previstos.

¹⁵⁴ BUENO ARÚS, F. *¿Tratamiento?* Revista Eguzkilore. Número extraordinario 2. San Sebastián. Octubre, 1.989. Págs. 89 a 98

4.3.- Políticas y estrategias penitenciarias dominantes

En el plano internacional, las posturas existentes se hallaban comprendidas en un amplio marco ideológico. Como hemos indicado, en el planteamiento más lejano en el cuestionamiento de esta pena están algunos representantes de las nuevas corrientes de la Sociología criminal. El canadiense GOFFMAN entiende que la clasificación dentro de las instituciones totales forma parte de un fenómeno más amplio y complejo que denomina gráficamente “*ceremonia de degradación*”. En esencia señala que la clasificación de los reclusos es más un elemento de distribución, estigmatización o marginación que un instrumento potenciador de las relaciones del condenado con su grupo facilitador de la resocialización.

En el otro extremo, considerando la alternativa que entre seguridad o socialización (lo que es también aplicable a la prevención general o prevención especial) se entiende que el sistema penitenciario moderno ha optado por lo segundo, siendo el establecimiento de “*terapia social*” el modelo ideal que debería culminar todo un sistema pensado para la resocialización del delincuente. Con ello, el sistema penitenciario concebido en la segunda mitad del Siglo XX habría llegado a un punto en el que la idea de sufrimiento y castigo estaba definitivamente abandonada o sustituida por otra más humana de recuperación de delincuente para la sociedad.

Este es el eje de coordenadas en el que debe redactarse la nueva Ley española que, junto a los antecedentes fácticos y legislativos existentes, condicionó su resultado.

Como señaló GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, la Criminología occidental ha utilizado prácticamente todos los esquemas imaginables para ofrecer una explicación generalizadora y convincente del delito, habiéndose agotado el arsenal de explicaciones teóricas del crimen. Las teorías mono-causales habían fracasado lo que conllevó la relativización del delito y de la reacción social ante el mismo. La investigación se había desplazado hacia planteamientos sociológicos frente a las perspectivas biológicas o psicológicas anteriores lo que tuvo también su repercusión en el abordaje

penitenciario de los protagonistas del comportamiento delictivo. Además la ampliación de los estudios criminológicos a aspectos hasta los años sesenta no considerados (víctimas del delito, denunciante, Policía, procedimiento penal...) y la relativización del concepto “delito” devalúan el concepto “culpabilidad” y cuestionan el dogma de la igualdad de todos ante la ley desbordando la fines tratamentales de la prisión y resaltan los efectos estigmatizantes y desociadores de la pena que puede llevar a potenciar la desviación perpetuando a quien lo padece en el papel de delincuente que se le asigna¹⁵⁵.

GARCÍA GARCÍA, persona clave en el equipo de expertos que acompañaron a GARCÍA VALDÉS en su tarea, consideraba que debía impulsarse una política de estrategia diferenciada para la pequeña y mediana criminalidad, en cuyo caso se sustituirá la prisión por medidas alternativas que impidieran la reclusión continua en centros penitenciarios. Para la gran criminalidad debería mantenerse la privación de libertad que se cumpliría en instituciones de régimen abierto y semilibertad para los que lo toleraran, y en instituciones cerradas, de máxima seguridad, para aquellos a los que no resulte indicado este régimen. Aún para estos últimos debería intentarse un tratamiento no coactivo, que no condicionara la liberación anticipada a los éxitos con él conseguidos y que pretendiera una reinserción en el sentido que esta tiene en los programas mínimos resocializadores.

Para este penitenciarista, debía crearse y establecerse un sistema de penas y medidas alternativas que pudieran imponerse en función de la gravedad de los hechos cometidos y de las características del autor. Destacan de entre las diversas medidas posibles la pena pecuniaria (sistema de días multa), el arresto de fin de semana, los trabajos gratuitos en beneficio de la comunidad o la reprensión pública o privada. Todas estas sanciones se establecerían conforme a la cláusula de la última ratio de la pena de prisión de corta duración. Junto a ellas coexistirían un conjunto de medidas a aplicar en la fase que va desde que se inicia la persecución del delito hasta un momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la sentencia: suspensión de

¹⁵⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Manual de Criminología. Introducción y Teorías de la Criminalidad*. Espasa-Universidad. Espasa Calpe. Madrid, 1.988. Págs. 665 a 696.

la persecución, transacción, suspensión del fallo, descargo absoluto o condicional, perdón judicial; u otras disposiciones que pueden aplicarse en un momento posterior a la resolución judicial pero anterior al inicio de la ejecución: probation anglosajona y sursis o remisión condicional francesa. Por lo tanto, tenemos trazada toda una línea a desarrollar tanto por la Institución penitenciaria española como por su sistema penal en las próximas décadas¹⁵⁶.

Desde otro punto de vista avanzaba GARCÍA GARCÍA una propuesta muy interesante dentro del contexto de reparto político territorial que se configuró en el Título VIII de la Constitución: la colaboración de las comunidades autónomas que se estaban creando y de las administraciones locales en la rehabilitación de los penados, argumento justificado en que pueden conseguir desde la proximidad lo que al Estado le resulta muy difícil o imposible alcanzar. Su más reducido ámbito espacial y su mayor apego al justiciable podrían ser aprovechados para organizar una infraestructura de trabajo social a favor de la comunidad o estructurar una red de centros de cumplimiento de los arrestos discontinuos que posibilitaría la eficacia de las medidas¹⁵⁷.

En esta misma línea y vinculado a lo que denominó *intervención preventiva* de la política criminal deseable, DE SOLA DUEÑAS apuntaba a la intervención de los entes locales en la recuperación post-carcelaria y la instrucción profesional y asistencia sanitaria. Expresamente propugna que

“La gestión de una serie de servicios, en general para todos los ciudadanos del territorio, a cargo de aquéllos (entes locales) no justifica que, para reclusos y marginados, siga manteniéndose la dependencia “central”, pues ello, aparte de una duplicidad costosa e innecesaria, no contribuye sino a mantener el “etiquetamiento”, como si no fueran

¹⁵⁶ Este mismo planteamiento fue defendido por BUENO ARÚS, F. “Aspectos Positivos y Negativos de la Legislación Penitenciaria Española”. Cuadernos de Política Criminal Nº 7. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1.979. Págs. 16 y 17.

¹⁵⁷ GARCÍA GARCÍA, J. “El Tratamiento Penitenciario” Primeras Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. Sevilla, 1.983. Págs. 51 a 62. Se dibuja una eventual aplicación de la legislación penitenciaria en concordancia con el incipiente Estado autonómico en construcción, previéndose ámbitos de corresponsabilidad no desarrollados en la actualidad.

ciudadanos iguales con los mismos problemas de las clases desatendidas. Paro, deficiencias de alojamiento y escolarización, etc”¹⁵⁸.

4.4.- Primeras críticas a la Norma Española

Poco tiempo después de ser aprobada la Ley aparecen puntos de vista complementarios a la perspectiva asumida. Los postulados doctrinales criticaron las líneas maestras recogidas en el texto legal desde los siguientes aspectos:

1.- Se resalta la inadecuación del criterio de clasificación de los centros penitenciarios que establecía la Ley. En síntesis, entendían los críticos que la legislación española se incorpora tarde a la evolución humanística vivida en otros países próximos a nuestra cultura jurídica y cuando por fin se produce esta evolución se hace asumiendo dos principios del derecho penitenciario severamente cuestionados: el mito del tratamiento y la idea de la reinserción social del delincuente. Además entienden que existe un insuficiente contraste de estos fundamentos científicos con la realidad carcelaria y la función real que cumple la privación de libertad dentro de los sistemas sancionatorios y de control social predominantes.

Desde esta perspectiva la clasificación de los centros que establece la LOGP en su artículo 7¹⁵⁹, bajo una apariencia neutra y descriptiva, encerraría realmente toda una filosofía del sistema que enmascara en la separación de los distintos tipos de reclusos su esencia y finalidad y consideran que esta agrupación taxonómica de las personas presas es uno de los presupuestos básicos de la concepción del tratamiento como medio para alcanzar la “*reeducación y reinserción social*” que se cuestiona.

Podemos así afirmar que la clasificación de los internos es la herramienta fundamental de la Administración para intentar la intervención tratamental, siendo este postulado el que se halla en cuestión. En efecto, la clasificación

¹⁵⁸ DE SOLA DUEÑAS, G. *Socialismo y Delincuencia*. Editorial Fontamara. Barcelona, 1.979. Pág. 108.

¹⁵⁹ Establece el artículo 7 de la Ley Orgánica, que es el inicial del Título Primero de la Ley Orgánica (*de los establecimientos y medios materiales*): “*Los establecimientos penitenciarios comprenderán: a) Establecimientos de preventivos. b) Establecimientos de cumplimiento de penas. c) Establecimientos especiales.*”

incorporada a la legislación ya se encontraba recogida en la Regla 8 de las Mínimas de Ginebra de 1.955 y era entendida como una exigencia doctrinal cuyo fundamento estaba en la pretensión de clasificar a los condenados para que cada uno pueda tener un tratamiento individualizado que le permita su reeducación y reinserción social, es decir, su resocialización¹⁶⁰.

2.- Se critica el alejamiento ideal o teórico del contenido en la Ley con la realidad social a la que debe aplicarse, que difiere sustancialmente por los siguientes motivos:

a) La resocialización, que desde los tiempos de Von Liszt y de los correccionalistas españoles, había sido considerada como la función más elevada y principal que se puede atribuir a todo el sistema penitenciario moderno. En esos momentos destacados autores europeos ya hablaban del “*mito de la resocialización*”, lo que se considera una utopía o espejismo engañoso al que nunca se podrá llegar. Estas posturas evolucionan hacia la Crítica del Derecho Penal (practicada por PAVARINI) o los planteamientos de PETERS, fundador de la corriente de la pedagogía criminal, firme defensor de una configuración resocializadora de la pena y responsable esencial en el acondicionamiento de las prisiones alemanas de los años 50, quien señaló que no era motivo de satisfacción la acogida de la idea de resocialización en nuestra legislación considerando los cambios éticos y espirituales que se habían producido en las distintas sociedades occidentales¹⁶¹.

MUÑOZ CONDE considera que el éxito que tuvo el concepto “*resocializador*” estaba precisamente en la falta de contenido concreto y determinado, porque todo el mundo puede aceptar el término, aunque

¹⁶⁰ Garrido Guzmán entendía que la diversificación de establecimientos refleja “*el avance que han supuesto, frente a la clásica concepción de la cárcel única, como lugar donde se albergan toda clase de delincuentes, las modernas orientaciones penitenciarias que demandan una individualización del tratamiento, lo que significa una clasificación en grupos de reclusos en establecimientos apropiados a las aptitudes y necesidades de los mismos*”. GARRIDO GUZMÁN, L. *Compendio de Ciencia Penitenciaria*. Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia. Valencia, 1.976. Págs. 130 y 131.

¹⁶¹ Conforme señala MUÑOZ CONDE, F. “*La Prisión como problema: Resocialización versus resocialización*”. Derecho Penal y Control Social. Fundación Universitaria de Jerez. Jerez de la Frontera, Cádiz, 1.985. Pág. 94.

después cada uno le atribuye un contenido y finalidad distinta de acuerdo con su personal ideología. Esta misma indeterminación es, al mismo tiempo, su principal defecto porque no permite ni un control racional ni un análisis serio de su contenido. Es una palabra de moda que todo el mundo emplea pero sin que se sepa muy bien que es lo que se quiere decir con él¹⁶².

b) Se debe resaltar la actitud pesimista sobre la filosofía del tratamiento que acaba dominando la doctrina: en una situación de falta de libertad no puede educarse para ella, al contrario, esa misma privación es negativa para conseguir lo que se pretende. La subcultura carcelaria, donde coexisten las normas legales que disciplinan la vida en la cárcel y el sistema no oficial que rige en realidad la vida de los reclusos y sus relaciones entre sí, constituye un medio donde la educación deviene imposible. Como hemos señalado, peso importante tienen en esta consideración los estudios de CLEMMER (prisionización) y GOFFMAN (enculturación) sobre la adaptación al medio y que resaltan los efectos negativos inevitables que para la resocialización se presentan con la privación de libertad y que anulan la posibilidad de aplicar el tratamiento. Conforme a estos postulados, una persona encerrada no solamente no aprende a vivir en sociedad libremente, sino que, por el contrario, prosigue y perfecciona su carrera criminal a través del contacto y las relaciones con otros delincuentes. La cárcel no enseña valores positivos sino negativos para la vida en sociedad. Le hace perder facultades vitales y sociales mínimas exigibles para llevar la vida libre y le da, en cambio, una actitud negativa frente a la colectividad. La prisión deviene en un factor eminentemente criminógeno.

c) Analizando la voluntariedad, se considera al tratamiento un derecho del penado pero no una obligación. El “*derecho a no ser tratado*” es parte integrante del “*derecho a ser diferente*” que toda sociedad pluralista y democrática debe reconocer. Este requisito previo vinculado con las ideas de dignidad humana y pluralismo social condiciona cualquier intervención que los poderes públicos puedan pretender respecto a los privados de

¹⁶² MUÑOZ CONDE, F. “*La Prisión como problema: Resocialización versus resocialización*”. Derecho Penal y Control Social. Fundación Universitaria de Jerez. Jerez de la Frontera, 1.985. Pág. 95.

libertad poniendo en cuestión cualquier sistema de incentivos, sanciones, recompensas o consecuencias jurídicas asociadas a la participación o no en el tratamiento. Se rechaza así lo que se puede considerar un cambio de personalidad de manera inducida o forzada como contrario a los principios éticos más elementales.

3.- En cuanto a la dotación de medios personales y materiales, existía coincidencia en considerar que el problema fundamental con el que debía enfrentarse la Ley Penitenciaria era la ausencia de dotaciones adecuadas y especialistas técnicos cualificados. Es preciso recordar el contexto de crisis económica en el momento la aplicación de la Ley de 1.979 a lo que se sumaba la falta de conciencia en la opinión pública de que los establecimientos penitenciarios deben ser mejorados y de que su reforma y modernización era tan importante como la construcción de hospitales y escuelas. Como señaló BUENO ARÚS,

“El pueblo solamente podría aceptar la presión tributaria que la financiación de la reforma penitenciaria hará precisa cuando se le convenciera de que la pena debe organizarse como un tratamiento y no como un escarmiento de los delincuentes. Es imprescindible, por ello, una tarea de mentalización de los ciudadanos, con el fin de hacerles comprender y compartir la finalidad preventiva que creemos debe asignarse a la pena, el principio de pertenencia de los condenados a la Sociedad y el deber social de participar en la imposición (los jurados) y en la ejecución (patronatos) de las penas de privación de libertad”¹⁶³.

4.- Desde el punto de vista de la praxis penitenciaria, MUÑOZ CONDE señalaba que es muy fácil decir que el delincuente debe ser tratado; pero ya no lo es tanto decir cómo debe serlo. Cuando se habla de terapia social, se da a entender que las cárceles son modernos hospitales en donde el delincuente es tratado por un equipo de especialistas, con toda clase de

¹⁶³ BUENO ARÚS, F. “Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española”. Cuadernos de Política Criminal Nº 7. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 1.979. Pág. 26.

miramientos y con los medios más sofisticados de terapia. Tampoco están muy claras las metas que se deben proponer y alcanzar con el tratamiento¹⁶⁴.

Consciente de las dificultades y de las sólidas críticas vertidas por sectores doctrinales relevantes es destacable la abundante e intensa obra de GARCÍA VALDÉS en defensa del trabajo realizado. Este protagonista del momento conoce la realidad de nuestro país y domina los postulados penológicos del momento por lo que rehúye la polémica y comparte numerosos planteamientos críticos que convirtió en acicate para modificar la realidad¹⁶⁵.

Como síntesis de su planteamiento, podemos considerar que el resultado alcanzado es realista en la valoración de las condiciones existentes, ambicioso en el planteamiento y posibilista en los objetivos a alcanzar, todo ello dentro de un adverso contexto económico, social y político. De esta forma, maneja inteligentemente las situaciones siguiendo estas claves:

1.- Toma como punto de partida la crisis del internamiento clásico debido a los efectos negativos que conlleva y que se resumen en el denominado fenómeno de la prisionización y de la subcultura penitenciaria o factor criminógeno del internamiento. También admite el preocupante porcentaje de reincidencia que se puede advertir en los excarcelados. Resulta evidente que desde la perspectiva humanitaria la defensa de la privación de libertad constituye una misión imposible. Asume el análisis crítico dominante y adopta una postura realista que tiene en el fracaso del sistema y en la negatividad de los resultados obtenidos su punto inicial y su principal argumento.

Si esto es así se plantea: ¿por qué no abolir la prisión? El mismo fundamento empleado para realizar el análisis de la situación sirve para la búsqueda de la solución, lo que le lleva a la reforma de la Institución. Construye un proyecto que, según indica, no es ni inmovilista ni

¹⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F. “*La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*”. Cuadernos de Política Criminal 7. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1.979. Págs. 91 a 106.

¹⁶⁵ Sirva como resumen de sus postulados GARCÍA VALDÉS, C. “*Reforma Penitenciaria*”. Derecho Penitenciario (Escritos, 1.982-1989). Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.989. Págs. 247 a 286.

revolucionario. Ante el dilema de la ejecución clásica y la abolición, opta por la reforma de la Institución. (Usando sus propias palabras, aspiró “*a cambiar el Derecho penitenciario, no de Derecho penitenciario*”). Este planteamiento se resume cuando señala:

“Entiendo que no es hora de cerrar las prisiones, como titula algún autor en su obra, ni creo que sean los consejos de fábrica, las asociaciones obreras ni las comunidades de vecinos los exclusivos elementos posibles y válidos de reinserción social, como pretenden los modernos penalistas de Bolonia. Tales formulaciones son hoy utópicas, desconectadas de la realidad y sin reflejo en país o sistema político alguno.” “Si la cárcel es un factor criminógeno, abrir sus puertas o derruir sus muros lo sería más”¹⁶⁶.

2.- La reforma planteada es concebida por GARCÍA VALDÉS como un paso más en la larga evolución de la privación de libertad donde las penas se acortan y se humaniza en su cumplimiento, se introduce la idea del tratamiento con la previa observación y clasificación de los reclusos, se enarbola la idea de la resocialización, el trabajo penitenciario se adapta, lo más posible, al desarrollado en libertad y se erigen nuevos y modernos establecimientos penitenciarios con inversiones costosísimas. Se cumple con ello el planteamiento de MARC ANCEL: “*de la venganza expiatoria al tratamiento de los delincuentes*”. Entre estas dos ideas se condensa toda la historia del ordenamiento jurídico punitivo hasta el momento que se detiene con la asunción y desarrollo de la noción del tratamiento resocializador¹⁶⁷.

3.- El reto de la reinserción social era un deber y una obligación del penitenciarismo de la época de la Transición derivado directamente de la propia Constitución. De lo que se trata no es de reeducar al interno para una

¹⁶⁶ GARCÍA VALDÉS, C. “*La prisión, ayer y hoy*”. Derecho Penitenciario (Escritos, 1.982-1989). Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1.989. Pág.26. También emplea esta expresión “*cambiar el Derecho penitenciario, no de Derecho penitenciario*” (apoyando la reforma de la Institución frente a las posturas abolicionistas) en su participación en las Primeras Jornadas Penitenciarias Andaluzas (13 de noviembre de 1.982). Publicada a en: GARCÍA VALDÉS, C. “*La prisión, ayer y hoy*”. I Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. Sevilla, 1.983. Pág. 113.

¹⁶⁷ GARCÍA VALDÉS, C. “*Reforma Penitenciaria*”. Derecho Penitenciario (Escritos, 1.982-1989). Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1.989. Págs. 231 a 286.

sociedad que le rechaza o que aquel no acepta, sino ofrecerle la posibilidad de ser capaz de llevar una vida sin delito y subvenir a sus necesidades. Esta es la idea central a la que ha de unirse el principio de la humanización y liberalización en la ejecución. Medidas como los permisos transitorios de salida al exterior o el régimen abierto tienen una superior eficacia, a los efectos de prevención especial, que un encierro sin imaginación, pues los vínculos familiares, afectivos, laborales y sociales quedan asegurados y se convierten en sólidas ataduras para en el futuro alejar a los internos de la delincuencia. La prisión debe transformarse en herramienta inteligente para evitar la reincidencia.

4.5.- Consideración actual

Varias décadas después de aplicación de la Ley Orgánica perviven las dudas y contradicciones suscitadas por el ideal rehabilitador. Sirva como síntesis de la persistencia de las incertidumbres apuntadas que desde el ejercicio de la Judicatura en el ámbito penitenciario realiza DEL TORO MARZAL:

“Como observó Beristain, en septiembre de 1.975 (V Congreso de la ONU para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, Ginebra), un informe norteamericano mostró alto escepticismo sobre el modelo mismo de Tratamiento penitenciario resocializador. Esta vuelta atrás alcanzó a persistentes partidarios del Tratamiento como KARL PETERS. Como señala Roxin, en América comenzó a predominar la “no intervención”.

Las objeciones pueden resumirse a partir de los conocidos trabajos de Muñoz Conde, Bergalli, García Pablos y Norwal Morris que a su vez citan otros importantes de Sack, Schellhos, Baratta, Bricola y Francis Allen:

De ser técnicamente decente el tratamiento para reinsertar a un infractor ¿resulta lógico hacerlo? El contexto social donde se pretende reinsertar, o mejor insertar, responde hoy, en la mayoría de los países civilizados, a un modelo democrático políticamente partidista y económicamente capitalista, que favorece como productos de mercado, la drogadicción, la prostitución hasta infantil, el crimen organizado a quien se confían extorsiones

impropias de la política oficial, se cultivan las áreas de pobreza, existen millones de parados, se dificulta la instrucción y se entorpece la sanidad, mientras la justicia se halla en crisis y el Derecho es una lejana esperanza para los desheredados.

Si lo anterior fuera exagerado o falso, y si los objetivos y medios sociales fueran admirables y perseguibles, cabe suponer que se interioricen por el preso que se convierte en un rehabilitando que abandona la cárcel con magnífica disposición psicoética debida al tratamiento a su originario núcleo criminoso, pues difícil que el tratamiento convierta a un obrero sociópata en brillante ejecutivo o a un yupie cocainómano en honesto granjero. El tratamiento podrá motivar al reinsertando para la vida pacífica, pero no se proporcionará empleo más grato que el que provocó su pena, no trocará su personalidad básica, que también influyó en su delito, ni dulcificará su acogida en un tejido social mortalmente competitivo, insolidario y egoísta. Este tejido responde a la axiología de la clase dominante y será heroico para el resocializando luchar contra ello. Tampoco parece lícito obligarle a aceptar aquella axiología, aunque parezca válida, que no lo es. Igualmente se ha comprobado que criminales importantes, caso de cumplir su pena sin tratamiento, se reintegran perfectamente a la sociedad. Además, los mayores refractarios a un buen reajuste social son los delincuentes profesionales contra la propiedad, que comparten plenamente la aspiración al triunfo, o a la sobrevivencia, en el sentido crematístico que la economía de mercado propone. Sus valores, como señaló Debuyst, no difieren de la mayoría. El problema es que estos delincuentes no quieren, no saben o no pueden utilizar vías de ganancia más lentas, más inteligentes, más resignadas, más competitivas y menos groseras del común ciudadano.

La expresión tratamiento penitenciario empezó a utilizarse sistemáticamente a partir de las terapias médicas, físicas y morales, y pedagógicas, de BROCKWAY en su reforma de Elmira de New York, fundado en 1.876, sobre inspiraciones lombrosianas.

Esta concepción de tratamiento, de origen psicoterapéutico o biológico, identifica al delincuente con un enfermo orgánico al que se aplica una terapia coactiva que agrega, a los problemas pre-existentes, los derivados de la violencia custodial. A ello, un sector importante de la doctrina objeta la indefinición de estos métodos de tratamiento aplicables imprescindible para cumplir escrupulosamente la legitimidad ejecutiva, añadiéndose la necesidad de que de su reiterada experimentación se demuestre su eficacia reinsertadora sin empeorar la personalidad del interno ni atentar a su dignidad”¹⁶⁸.

5.- EL PERSONAL PENITENCIARIO EN LA TRANSICIÓN

Al margen de las dudas suscitadas por algunos autores respecto a la capacidad de “reformismo” del colectivo de trabajadores penitenciarios del momento¹⁶⁹, un aspecto importante para el conocimiento de los antecedentes inmediatos de la legislación actual se centra en las reivindicaciones de grupos de funcionarios penitenciarios mantenidas en un contexto de surgimiento y consolidación de asociaciones profesionales y sindicatos.

Junto con el resto de empleados públicos, las primeras quejas y reivindicaciones de los funcionarios tuvieron como objetivo prioritario la mejora de las condiciones económicas y laborales, considerando entre estas últimas los aspectos relativos a sus actuaciones que tenían una

¹⁶⁸ Sobre esta necesidad de que los métodos de tratamiento penitenciario no puedan considerarse infinitos y su concreta exposición sea realizada como requisito de respeto al reo y al ordenamiento jurídico, DEL TORO MARZAL, A. *“la Doctrina del Tratamiento Penitenciario”*. Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario. Centro de Estudios Judiciales. Madrid, 1.992. Págs. 336 a 339.

¹⁶⁹ DE SOLA DUEÑAS señala que estos *“han venido desenvolviendo en un ambiente siniestro – asignándoseles el papel de “carceleros”- propicio a cierta clase de corrupción y arbitrariedad. Las reacciones de los sectores íntegros y abiertos a una renovación democrática han sido frecuentemente reprimidas y aisladas, de manera que, en general, la relación funcionario-presos es tensa y poco flexible ante cualquier tipo de cambio, coartado por una estructura autoritaria; a lo más que llega es a un paternalismo incapaz de superar ciertos niveles de comunicación. Aunque no se trata de realizar “depuraciones”, es evidente que se impone la exigencia –como en otros sectores- de capacidad de adaptación a las nuevas demandas y, en todo caso, un control riguroso y una reacción inmediata ante cualquier tipo de abusos, difícil de lograr todo ello si no se atacan a su vez de raíz los problemas estructurales: dignificación profesional y organización democrática, combinadas con un verdadero control judicial”*. DE SOLA DUEÑAS, G. *Socialismo y Delincuencia*. Editorial Fontamara. Barcelona, 1.979. Págs. 93.

consideración excesivamente represiva. Prueba de ello es la solicitud por parte de un grupo no desdeñable de trabajadores de una reforma penitenciaria en profundidad, del reconocimiento del derecho a sindicarse libremente y la incorporación del personal técnico especializado en la labor de reeducación y reinserción social que introdujo la reforma de 1.968 y propugnó el Reglamento de 1.977¹⁷⁰.

Como respuesta a lo señalado y en coincidente tramitación, se aprobó la Ley 36/1977, de 23 de mayo, de ordenación de los Cuerpos Especiales penitenciarios y de creación del Cuerpo de Ayudantes, que se limitó a sustituir el antiguo Cuerpo Auxiliar por el de Ayudantes. Las reivindicaciones salariales se concretaron en el Real Decreto 1835/77, de 4 de julio. El Real Decreto-Ley de 30 de marzo de 1.977 unificó los coeficientes.

El derecho de asociación sindical tuvo su reconocimiento en la Ley 19/1.977, de 1 de abril, que abordó su adecuación a los funcionarios públicos ya que existían características especiales respecto al régimen general establecido para el resto.

Especial importancia respecto a la adecuación de los avances en materia de asociacionismo profesional y sindicación de los funcionarios tuvo el Real Decreto 1.522/1.977, de 17 de junio. Esta norma afectó a los funcionarios adscritos a labores de policía de seguridad, Instituciones penitenciarias y aquellos otros que usaran armas en el desarrollo de su actividad profesional, cuya libertad para afiliarse a las asociaciones sindicales no se hallaba reconocida. Fueron facultados para poseer órganos de representación de sus intereses y de defensa de los mismos siempre con absoluta independencia y autonomía respecto de cualquier organización sindical o agrupación equivalente, sin que pudiera constituir federaciones o confederaciones con ellas.

¹⁷⁰ La visión de la reforma penitenciaria en marcha por parte de estos empleados públicos y sus reivindicaciones es ofrecida por un grupo de estos Funcionarios de Instituciones Penitenciarias en: *“Los funcionarios en la nueva situación penitenciaria”*. I Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. Sevilla, 1.983. Págs. 29 a 41.

Esta normativa restrictiva tuvo su corrección en el ámbito penitenciario a través del Real Decreto 2.298/1.979, de 20 de julio, sobre Naturaleza y Derecho de Asociación de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias. Reconociendo la finalidad esencialmente reeducadora y pedagógica de su función, en armonía con la naturaleza preventiva de la pena de privación de libertad y excluyendo la necesidad del uso de armas para tal misión y por lo tanto negando el carácter de personal armado a este colectivo, se reconoce plenamente el derecho de asociación sindical general para todos los empleados públicos¹⁷¹. El artículo primero proclamó:

“Los funcionarios pertenecientes a los distintos cuerpos al servicio de la Administración penitenciaria tendrán a todos los efectos el carácter de funcionarios civiles del Estado, no siendo considerados como personal armado”.

También en esta materia de personal las disposiciones previas a la elaboración de la Ley Orgánica adelantan su contenido. El último apartado del artículo 45 recogería la interdicción de utilización de armas de fuego por parte de los funcionarios en ejercicio de su responsabilidad (*“en el desempeño de sus funciones de vigilancia los funcionarios de instituciones penitenciarias no podrán utilizar armas de fuego”*), elevándose la norma reglamentaria a rango legal, lo que excluyó la consideración de este colectivo como personal armado y estableció la recogida del armamento que tuvieren confiado los funcionarios, dándose al mismo el destino legalmente establecido¹⁷².

Esta disposición incorporada a la Ley Orgánica tiene su explicación en la propia Exposición de motivos del Real Decreto citado que alude

“a la finalidad esencialmente reeducadora y pedagógica que las más modernas disposiciones atribuyen a la misión de los mencionados funcionarios de Instituciones Penitenciarias, en armonía con la naturaleza preventiva de la pena privativa de libertad, resulta incompatible con el uso de las armas y aconseja, de acuerdo con la experiencia, que solamente las

¹⁷¹ Regulado en el precitado Real Decreto 1.522/1.977, de 17 de junio.

¹⁷² Orden del Ministerio de Justicia de 6 de noviembre de 1.980.

Fuerzas de Orden Público puedan utilizar medios tan expeditivos en el interior de los establecimientos penitenciarios, en casos de extrema necesidad”.

En refuerzo de esta medida, el Director General reiteró la existencia de motivos de seguridad de los propios funcionarios y del establecimiento que aconsejaban tal supresión, y en los casos especiales de tener que atribuir la vigilancia interior de los centros penitenciarios a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, éstas podrán emplear, cuando proceda, los medios antidisturbios u otros adecuados, de acuerdo con su Reglamento, supuesto contemplado en la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica.¹⁷³

Congruentemente con lo señalado se modificó el artículo 453 del Reglamento de 1.956 estableciendo que *“Los funcionarios penitenciarios se someterían a un entrenamiento físico especial que les permitiera dominar a los reclusos violentos sin necesidad de usar armas”.*

También anticipa el catálogo cerrado de los llamados medios coercitivos a utilizar por orden del director que fueron: defensas de goma, esposas, “sprays” lacrimógenos u otros análogos para el restablecimiento del orden en el interior de los establecimientos.

Según se ha señalado con anterioridad, es preciso considerar la creación del Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias por Ley 39/1970, de 22 de diciembre, con la repercusión práctica que tuvo en orden a la adopción de criterios científicos y técnicos modernos a la ejecución de la privación de libertad.

Este posicionamiento en materia de personal técnico cualificado es asumido por la Ley Orgánica y el Reglamento que la desarrolla en 1.981 y constituyen en nuestros días las normas que definen las funciones que se encomiendan a las distintas especialidades del Cuerpo. La Ley no alude expresamente a las competencias encomendadas a los miembros del Cuerpo técnico, pero sí a los cometidos del Equipo Técnico (Arts. 42.6, 69 y 70).

¹⁷³ GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1.982. Págs. 139-140.

Será el Reglamento de 1.981 el que determine el contenido de cada una de las especialidades de que se compone (Título VIII, capítulo II, donde se establecen las funciones de los distintos órganos unipersonales de los centros penitenciarios) y, por lo que se refiere a los técnicos especialistas, excluyendo los puestos de dirección y subdirección, el artículo 281 regula las funciones de jurista-criminólogo¹⁷⁴, el 282 las correspondientes al psicólogo, el 283 al pedagogo, el 284 al psiquiatra, el 285 al sociólogo y el 286 al endocrinólogo¹⁷⁵.

Con posterioridad y desde el 1 de enero de 1.987 (Ley 21/1.986)¹⁷⁶, esas especialidades pueden ser modificadas cuando se aprueben las correspondientes relaciones de puestos de trabajo. Así, en la actualidad y por Resolución de 26 de enero de 1.994, las especialidades del Cuerpo Técnico son: jurista, psicólogo, sociólogo y pedagogo.

Estos artículos regulan los cometidos dentro de lo que se ha denominado “*funciones propias de la especialidad*”. En relación con las “*funciones de dirección e inspección*” serán aquellos que vengan asignados por el puesto de trabajo que, en concreto, desempeñe el funcionario Técnico.

A partir del 1 de enero de 2012, las funciones de este Cuerpo se amplían a tareas gerenciales, lo que abre la puerta de acceso a titulados de otras ramas, (que hasta ahora no podían acceder a él) en virtud de la modificación de la

¹⁷⁴ La denominación “*jurista-criminólogo*” que emplea el Reglamento de 1.981 no es el que se corresponde en la actualidad y desde que se establecieron las Relaciones de Puestos de Trabajo, aprobadas por la Comisión Interministerial de Retribuciones, estableciéndose que se denominaría simplemente “*jurista*”, al suprimirse el requisito de estar en posesión del título de diplomado en criminología, que con anterioridad se exigía junto con el de Licenciado en Derecho. El B.O.E. de 10 de diciembre de 1.992 publica por primera vez una convocatoria para ingreso en el Cuerpo Técnico en la especialidad de Jurista en el que no se exige el título de Diplomado en Criminología.

¹⁷⁵ Conforme a la Disposición Transitoria tercera del Real Decreto 190/1.996, de 9 de febrero, el contenido de los Artículos 277 a 324 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1.201/1.981, de 8 de mayo, se mantienen vigentes, con rango de resolución del centro directivo de la Administración penitenciaria correspondiente, en lo que no se oponga a lo establecido en el Reglamento Penitenciario aprobado por ese Real Decreto, hasta que por el centro directivo correspondiente se dicte la resolución que establezca la nueva regulación de los servicios y unidades de los centros penitenciarios, así como las funciones de cada uno de los puestos de trabajo de los mismos.

¹⁷⁶ Art. 26.3 de la Ley 21/1.986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1.987: “*la creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se realizará a través de las relaciones de puestos de trabajo.*”

Ley 39/1.970, de 22 de diciembre, conforme a lo establecido en la Disposición adicional decimoctava del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Tributaria y Financiera para la Corrección del Déficit Público¹⁷⁷.

¹⁷⁷ El artículo segundo de la Ley 39/1970 queda redactado: “1. El personal funcionario del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias realizará las funciones de dirección e inspección de las instituciones, centros y servicios, así como las propias de su especialidad en materia de observación, clasificación y tratamiento de la población reclusa y aquellas otras que en el ámbito de la ejecución penal se determinen. 2. Las especialidades exigidas para el ingreso en este Cuerpo se encuadrarán dentro de las siguientes áreas: jurídica, de ciencias de la conducta y gerenciales. 3. Para el acceso a este Cuerpo se requerirá estar en posesión del título universitario de Grado de carácter oficial en las especialidades que reglamentariamente se determinen. En el caso de titulaciones obtenidas en el extranjero se deberá estar en posesión de la credencial que acredite su homologación o convalidación en su caso. 4. Este Cuerpo estará incluido en el Grupo A, Subgrupo A1, del artículo 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.”

CAPÍTULO III. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA LEY ORGÁNICA

Históricamente, el valor de la Ley Orgánica es inmenso. Por primera vez y desde 1.849, esta materia específica del Derecho penitenciario, enmarcada en el campo más general del Derecho de ejecución penal, alcanza el más alto rango legislativo. Como señala GARCÍA VALDÉS, el pueblo español, a través de sus Cortes Generales, se compromete con sus prisiones; ya no es el Gobierno quien decide por la exclusiva vía reglamentaria del decreto¹⁷⁸.

Desde el punto de vista científico, al decidirse una Ley a establecer esta especial relación de sujeción que constituye el total de derechos y deberes recíprocos recluso-administración penitenciaria y al englobar el conjunto de normas reguladoras de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, la autonomía del Derecho penitenciario se consolida frente a las posturas que lo han encuadrado en la Criminología o en los Derechos penal, procesal, administrativo o de ejecución de penas¹⁷⁹.

En 1.979, la Ley General pone fin a la dispersión normativa de las fuentes, superando así diversos preceptos sustantivos contenidos en Decretos, órdenes ministeriales y circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, además de proporcionar seguridad jurídica y establecer como

¹⁷⁸ La primera Ley de Prisiones del Ordenamiento jurídico español data de 26 de julio de 1.849, siendo derogada por la Ley de Bases para la reforma penitenciaria de 21 de octubre de 1.869 y esta, a su vez, por Ley de 23 de julio de 1.878. La Ley de 1.849, firmada por el Ministro Sartorius, acometió una importante reorganización administrativa. Confirmó definitivamente la separación entre prisiones civiles dependientes del Ministerio de la Gobernación, y las prisiones militares dependientes el Ministerio de la Guerra (el de Marina mantuvo la competencia de los presidios navales y los de arsenales). También unificó la problemática de las cárceles y la de los presidios, consolidando el término prisión para designar a ambos. Todos se hicieron depender de la llamada Dirección General de Establecimientos Penales. RAMOS VÁZQUEZ, I. *“La Administración Civil Penitenciaria: militarismo y administrativismo”*. Anuario de Historia de Derecho Español. Tomo 82. Ministerio de Justicia. Madrid, 2.012. Págs. 486 a 489.

¹⁷⁹ Sobre la autonomía del Derecho Penitenciario: TÉLLEZ AGUILERA, A. *“Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto de Derecho penitenciario”*. Revista de Estudios Penitenciarios N° 255. Ministerio del Interior. Madrid, 2.011. Págs. 10 a 30.

referencia la voluntad suprema expresada por el legislador. España se incorporó a los países en los que la materia de la ejecución de las penas y medidas de privación de libertad se regulaba por Ley, normas elaboradas teniendo en consideración las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas de 1.955 o del Consejo de Europa de 1.973¹⁸⁰.

La Exposición de motivos califica la prisión como “*un mal necesario*”, asumiendo las posturas críticas respecto al internamiento clásico debido a los efectos negativos que conlleva. Con este reconocimiento o reflexión se impulsa la aplicación de otras respuestas penales como la probation o suspensión del fallo, la remisión condicional, la semilibertad, los arrestos de fin de semana, el trabajo en beneficio de la colectividad o las multas-cuotas. Como hemos indicado, todas estas medidas debieron contemplarse en el Código Penal de 1.980 cuya tramitación parlamentaria tuvo inicio en la misma época y quedaron infructuosamente culminadas debido a los avatares políticos del momento.

El tránsito de un modelo regido por el orden y la disciplina a otro que incorpora la participación y la intervención como herramientas cotidianas de organización y decisión se incardina con decisión en los postulados señalados, otorgando a la autoridad judicial creada ex profeso en el Título V de la Ley penitenciaria un papel esencial en línea con los planteamientos doctrinales del momento. Podemos afirmar que desde la aplicación de la normativa se pretende modificar la realidad y no su mantenimiento inalterado como finalidad de épocas pretéritas.

Todas estas consideraciones van a ser objeto de análisis a través del contenido de los aspectos fundamentales que entendemos quedan recogidos en la Ley Orgánica y que constituye el objeto del presente Capítulo. El tratamiento, el régimen, la relación entre ambos conceptos, la nueva dimensión otorgada al trabajo penitenciario, la indefinida función de la asistencia social penitenciaria, la trascendencia de los permisos o salidas temporales de los establecimientos y el control judicial intenso de la

¹⁸⁰Sobre la legislación vigente en otros países en el momento de elaborarse la LOGP.: TÉLLEZ AGUILERA, A. “*Aproximación al Derecho penitenciario de algunos países europeos*”. Boletín del Ministerio de Justicia N° 1.818. Madrid, 1.988. Págs. 699 a 701

actividad de este sector de la Administración forman parte de este apartado del presente trabajo donde se pretende evidenciar la evolución sufrida y contrastar su validez en la actualidad, tras más de treinta y cinco años de aplicación y una vez consolidado el Estado social y democrático de Derecho ansiado en el momento de su redacción.

1.- EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

El Título III de la Ley Orgánica fue señalado por los autores como uno de los mayores logros científicos alcanzados por la modificación normativa, siendo el instrumento preciso para cumplir el mandato contenido en la Constitución recientemente aprobada.

El concepto y la filosofía del tratamiento penitenciario se habían introducido en las anteriores modificaciones reglamentarias, como se ha constatado, de manera lenta, sucesiva e inexorable, siguiendo tardíamente los postulados predominantes en las democracias europeas.

La Ley aprobada, siguiendo planteamientos clínicos, optó por separar radicalmente las actividades regimentales, las prestaciones de la Administración (trabajo, disciplina, asistencia sanitaria y religiosa, permisos, etc) y el tratamiento, considerado como el conjunto de medios proporcionados por las diversas ciencias de la conducta y orientados para conseguir el objetivo primordial proclamado en los artículos 1 y 59 de la propia Ley y en el 25.2 de la Constitución es decir, la reeducación y reinserción social de los penados.

El enfrentamiento aparente entre estos conceptos (prestaciones, régimen y tratamiento) ha condicionado la aplicación posterior de la normativa vigente y configurado la realidad penitenciaria hasta nuestros días, siendo esta una de las cuestiones que consideramos pueden ser sometidas a revisión en la actualidad.

Dentro del elenco de notables colaboradores en la labor de elaboración de la ley destaca la figura de Jesús ALARCÓN BRAVO, redactor del Título analizado. Miembro de la Institución y promotor decidido de su reforma, conoce la trascendencia de sus planteamientos innovadores y las dificultades de su aplicación práctica. Participó como protagonista de los avances plasmados en la reforma reglamentaria de 1.968 y especialmente en la de

1.977, liderando grupos y equipos de carácter terapéutico en el Centro penitenciario de Carabanchel¹⁸¹.

Para argumentar su oferta doctrinal parte de la escasez de estudios científicos sobre la materia tanto en España como en el extranjero o de la uni-direccionalidad de los existentes y concluye que la heterogeneidad de los resultados en los distintos ordenamientos jurídicos es la característica fundamental.

Frente a esta situación, planteó la necesidad de elaborar una noción penitenciaria del tratamiento que aunara los análisis jurídicos, psicológicos, sociológicos y de otra índole realizados hasta el momento (partiendo de los datos empíricos existentes sobre el delincuente y sus diversos tipos), realizando un estudio sobre ellos así como sobre los distintos modelos de establecimientos penitenciarios existentes y sus posibilidades de utilización. Además consideró que era preciso analizar en conjunto el sistema normativo jurídico-penal, procesal y penitenciario y las Ciencias sociales y las Ciencias del hombre o de la conducta.

ALARCÓN BRAVO entiende que, como consecuencia de la interpretación unilateral del tratamiento realizada hasta ese momento, al margen de sus planteamientos integradores, habían surgido diversas acepciones y adjetivaciones del concepto. Así, se hablaba de tratamiento médico, criminológico, penal o jurídico-penal, o de cualquier otro tipo. Por este motivo plantea y construye un concepto penitenciario, que no es lo mismo que penal, médico, ni criminológico, aunque se encuentre próximo a

¹⁸¹ Como señala GARCÍA VALDÉS, el Título dedicado al tratamiento y su desarrollo reglamentario “*es el de mayor altura científica de la Ley; no en balde ha sido redactado fundamentalmente por ALARCÓN BRAVO, nuestro mejor especialista y luchador infatigable por estos temas, desde que pusiera en funcionamiento, en el año 1.965, aquel gabinete Psicológico de la prisión provincial de hombres de Madrid, antecedente inmediato de la actual Central penitenciaria de Observación, inaugurada en 1.967. Sus atinadas observaciones me han servido de guía en la exposición de buena parte del presente Título III*”. Comentarios a la Legislación Penitenciaria. Editorial Cívitas, S.A. Madrid, 1.982. Pág. 192. Sobre su trayectoria profesional: GARRIDO GENOVÉS, V. *Psicología y Tratamiento Penitenciario: Una Aproximación*. Publicaciones del Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense. Edersa. Madrid, 1.983. Págs. 37 a 63. En esta obra analiza la evolución de Alarcón Bravo desde que toma contacto con la Institución en 1.960 quien desde su formación jurídica inicial incorpora los planteamientos psicológicos e incorpora las modernas corrientes al sistema penitenciario español.

esta última acepción y contrapone esta noción con el régimen. Tratamiento, señala, *“Tenemos que afirmar que tratamiento no es simplemente trato, y que interesa separarlo o distinguirlo de otros conceptos que juegan un importante papel en el ámbito penitenciario, como régimen, así como de actividades que, a veces, se ha pensado o se piensa que integran el tratamiento y que, sin embargo, esencialmente son algo distinto, no son constitutivos del mismo (trabajo o educación, por ejemplo) lo cual puede extrañar y quizás convenga razonar o explicar...”*¹⁸².

A partir de aquí va a perfilar el concepto penitenciario de tratamiento que se decantará finalmente en el texto legal. Señala que no cabe hablar de tratamiento hasta el momento en que a la pena privativa de libertad no se la empieza a asignar fines de reforma, corrección, reeducación, readaptación social, resocialización, reinserción social, rehabilitación. Para alcanzar este objetivo finalista la única vía es la aplicación de un método científico que permita obtener tanto el análisis de la etiología del comportamiento delictivo como la aplicación de un conjunto complejo y compuesto de estrategias proporcionadas por la ciencia en su estado actual. En su línea argumental exige que para llevarlo a cabo se siga un método científico que pasa por la aceptación de las Ciencias de la conducta, del hombre; o sea,

“Una Ciencia con la pretensión de interpretar, predecir e influir o modificar – en la medida en que el desarrollo de tal Ciencia en cada momento permita- el comportamiento humano”.

Respecto a las disciplinas intervinientes, acota y precisa las que pueden incidir al indicar que este planteamiento supone enfocar este problema desde los principios de la Psicología y Sociología contemporáneas, que usan método positivo.

Concedor de la controversia doctrinal imperante en el momento, con fuerte cuestionamiento del paradigma tratamental, pretende eludir las discusiones criminológicas surgidas para lo que ofrece y analiza varias definiciones sobre este concepto, realizando diversas reflexiones en el

¹⁸² ALARCÓN BRAVO, J. *“El Tratamiento Penitenciario en España”*. Estudios Penales II, Universidad de Santiago de Compostela, 1.978. Págs. 16 y 17.

contexto de las muy interesantes Jornadas penitenciarias llevadas a cabo por la Universidad de Santiago de Compostela en el mes de julio de 1.978 (cuya celebración y contenido constatan la preocupación apasionada por esta reforma del Ordenamiento jurídico).

En su obra, elabora, maneja, analiza y finalmente descarta varias definiciones del tratamiento. En la primera señala que cabe entenderlo como:

*“La acción individualizada, tendente a modificar favorablemente aquel sector de la personalidad del interno que influye, facilitando o provocando, su delincuencia o estado peligroso”*¹⁸³.

A esta definición objeta la utilización del concepto “*personalidad*” y caer en la discusión o contraposición entre personalidad criminal y sociedad criminógena, así como obviar la intervención de la sociología, disciplina considerada esencial para la comprensión del fenómeno criminal. Por ello, propone la búsqueda de otra acepción de mayor aceptación, más amplia del término de personalidad que abarcara desde lo constitucional hasta lo social.

Una segunda definición que formula y analiza es:

*“Acción individualizada de tipo médico-biológica, psiquiátrica, psicológica, pedagógica o social que tiene el fin de evitar la reincidencia del sujeto considerado y conseguir su readaptación social o su reinserción social”*¹⁸⁴.

A esta noción opone como crítica principal la preexistencia de un modelo de sociedad previamente aceptado o impuesto con respecto al cual se intenta la readaptación o la reinserción, ante lo que propugna una visión del concepto más neutra o aséptica.

Considerando las anteriores objeciones, ofrece la definición válida y definitiva de tratamiento penitenciario:

¹⁸³ ALARCÓN BRAVO, J. “*El Tratamiento Penitenciario en España*”. Estudios Penales II, Universidad de Santiago de Compostela, 1.978. Págs. 18-19.

¹⁸⁴ ALARCÓN BRAVO, J. “*El Tratamiento Penitenciario en España*”. Estudios Penales II, Universidad de Santiago de Compostela, 1.978. Pág. 20.

*“Una ayuda basada en las Ciencias de la conducta, voluntariamente aceptada por el interno, para que en el futuro pueda elegir o conducirse con mayor libertad; o sea, para que pueda superar una serie de condicionamientos individuales o sociales, de cierta entidad, que hayan podido provocar o facilitar la delincuencia”*¹⁸⁵.

De su contenido colige que no todos los delincuentes necesitan esta ayuda aunque sí la mayoría, lo que valida que sea el fin principal o primordial de la ejecución de la pena privativa de libertad¹⁸⁶. Esta noción doctrinal, acogida por otros autores¹⁸⁷, ha constituido un elemento de notable controversia científica desde el momento mismo de su asunción legal como hemos señalado con anterioridad.

La legislación española se sumó a la corriente tratamental cuando estaba cuestionada por diversos y variados sectores de la doctrina de lo que ALARCÓN BRAVO es consciente. Protege su planteamiento frente a las críticas que de forma nada desdeñable efectuaban notables autores de dentro y fuera de nuestro país. Refuta la idea de que la política criminal del tratamiento hubiera fracasado, indicando:

“El tratamiento no ha fracasado, lo que ha fracasado es la prisión-tratamiento o el tratamiento que se ha pretendido realizar en la prisión clásica, que son mutuamente excluyentes.

La política criminal no se ha llevado a cabo, no se ha generalizado en ningún país del mundo, en las instituciones penitenciarias de ningún país del mundo; solo ha habido ensayos aislados, en general de poca duración, sin continuidad, y ni aún en estos casos aislados se ha aplicado en condiciones no óptimas, sino medianamente aceptables, quizá porque uno

¹⁸⁵ ALARCÓN BRAVO, J. *“El Tratamiento Penitenciario en España”*. Estudios Penales II, Universidad de Santiago de Compostela, 1.978. Pág. 21.

¹⁸⁶ ALARCÓN BRAVO, J. *“El Tratamiento Penitenciario en España”*. Estudios Penales II, Universidad de Santiago de Compostela, 1.978. Págs. 21 a 41

¹⁸⁷ GARRIDO GENOVÉS, V. *Psicología y Tratamiento Penitenciario: una aproximación*. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid, 1.982. Pág. 19 y BUENO ARÚS, F: *“Notas sobre la Ley General Penitenciaria”*, Revista de Estudios Penitenciarios. número 220 a 223. Ministerio de Justicia. Madrid. Pág. 22.

*de los requisitos es un cambio de actitudes del personal, y esto suele requerir un cambio generacional”*¹⁸⁸.

Podemos concluir que, pese a posturas escépticas notables y fundadas, se acogió con entusiasmo la novedosa y atractiva oferta intelectual elaborada, basada y reforzada en los avances que en ese momento se produjeron en las distintas corrientes de la Psicología (se habla de un auténtico “*boom de la terapia del comportamiento*”)¹⁸⁹, considerándose que se reforma y supera el sistema progresivo imperante desde el Siglo XVIII. Otros sectores doctrinales, procedentes tanto del mundo del derecho como de la sociología, cuestionan este posicionamiento por considerar que los postulados ofrecidos han sido superados en otros países democráticos europeos.

El establecimiento de un modelo basado en exclusividad en las llamadas ciencias de la conducta, sobre las que predomina la psicología frente a cualquier otra disciplina, revela la asunción de una visión de la delincuencia desde una perspectiva patológica que obvia los aspectos sociales y ambientales en el devenir infractor de las personas. Este planteamiento, que reconecta con postulados positivistas al fundamentarse en términos de anormalidad y que reduce lo jurídico o normativo a la protección de los derechos de los internos, fue analizado profusamente por relevantes científicos pertenecientes a todos los ámbitos.

Existe una verdadera contraposición de concepciones basada en la procedencia del saber. Comentario muy revelador sobre lo que constituyó esta “*lucha de corrientes*”, conocida y asumida por ALARCÓN BRAVO, es el que efectúa cuando indica:

¹⁸⁸ ALARCÓN BRAVO, J. “*El tratamiento penitenciario en España*”. Estudios Penales II. La Reforma Penitenciaria. Universidad de Santiago de Compostela. 1.978. Pág. 22. Respecto al cambio generacional apuntado por el autor como necesario para la renovación de todos los sujetos intervinientes en el proceso penal sin duda se ha producido en la actualidad, por lo que consideramos que hoy se ha cumplido la condición señalada por el inspirador del Título de la Ley Orgánica para su verdadera aplicación; todo ello sin soslayar el contexto político y el modelo de prisión custodial precedente.

¹⁸⁹ Respecto a la evolución de esta cuestión tiene gran interés la obra de CABALLO, V.E. *Manual de Técnicas de Terapia y Modificación de conducta*. Ed. Siglo Veintiuno de España Editores. Segunda Edición, Madrid, 1.993; en cuyo capítulo primero (“*Historia de la terapia de conductas*”) se analiza su evolución y la situación de la Psicología en las décadas previas a la elaboración de la Ley penitenciaria española.

“Cuestión atractiva e importante sería saber si la incomprensión entre juristas, penalistas, jueces, etc y psicólogos, pedagogos, sociólogos y criminólogos, como grupos profesionales, salvo excepciones, ha imposibilitado la evolución penitenciaria. El ámbito penitenciario está dirigido científica y administrativamente por los juristas, los penalistas, el mundo judicial...; sin embargo, la tarea penitenciaria es esencialmente socio-educativa, realizada, eso sí, en un marco jurídico garantizador de los derechos del interno. Aquéllos redactan las normas penitenciarias, programan las reformas y dirigen las organizaciones administrativas. La falta de entendimiento entre el mundo jurídico y el de las ciencias de la conducta ha pesado gravemente sobre nuestro campo. El fracaso secular de la evolución penitenciaria ¿es debido a esta falta de entendimiento y a aquel predominio? Si las reformas penitenciarias las hubieran hecho los psicólogos, los pedagogos, los sociólogos, los criminólogos, etc., ¿habría evolucionado realmente, se habría transformado la realidad penitenciaria?”¹⁹⁰.

Para alcanzar el éxito en la aplicación del tratamiento se consideró esencial su separación del régimen penitenciario. Este segundo concepto es concebido como el contexto, ámbito, medio o modo de vida en que va a tener lugar la ejecución de la pena o de la medida de seguridad y que, con carácter medial, debe permitir la ejecución de la intervención tendente a la modificación de la conducta delictiva cometida por el penado según se evidenció en la sentencia condenatoria firme y en sus antecedentes y biografía.

Este entorno o ambiente general y ordenado de un establecimiento penitenciario debe hallarse minuciosamente regulado por normas administrativas resultantes de la conjunción de la disciplina, el trabajo, la instrucción, el mayor o menor control personal, la mayor o menor relación con el exterior, etc.

¹⁹⁰ ALARCÓN BRAVO, J. *El tratamiento penitenciario*. Estudios Penales II. La Reforma Penitenciaria. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1.978. Págs. 22- 23.

Se consideró que debe existir una clara subordinación del régimen al tratamiento, remarcándose el carácter instrumental y secundario del primer concepto (marco externo pautado y ordenado) respecto al teleológico y fundamental del segundo. En este planteamiento, lo jurídico afectaría directamente a lo regimental o prestacional y lo psicológico a lo tratamental.

La firme postura mantenida por los expertos seguidores de esta corriente negó de forma categórica que el régimen pueda tener virtualidad de tratamiento. Se critica que durante épocas pasadas se hubiera creído que lo que se llamaba “régimen” fuera válido a los fines pretendidos o influyera en la reforma de los reclusos, negando cualquier eficacia para modificar la conducta de las personas e incrementan o refuerzan sus capacidades y recursos personales y sociales a conceptos como: orden, disciplina, religión, educación, trabajo, ocupación o ejercicio físico.

Consideramos que bajo esta división puede subyacer un planteamiento rupturista con la legislación anterior, especialmente la del periodo franquista, donde se aplicó una normativa exhaustiva que regulaba todos los aspectos de la vida prisional basado en rigurosos modelos militares y donde los fines custodiales con medios disciplinarios primaban sobre cualquiera otro. Este esquema pudo llevar a una interpretación que identificaba tratamiento con postulados próximos al Estado social de derecho inherentes al nuevo periodo democrático en tanto en cuanto el régimen penitenciario se identificaba como un retorno al momento histórico totalitario precedente en fase de superación.

Junto al tratamiento y al régimen existían un conjunto de prestaciones o actividades debidas por la administración a los reclusos ex-lege (asistencia médica, asistencia religiosa, educación, trabajo) en su condición de hombre o ciudadano que no constituyen tratamiento sensu estricto puesto que este se dirige, en exclusiva, a evitar la reincidencia mediante la adquisición de la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal y a que las personas puedan superar los condicionamientos que hubieren influido en su actividad delictiva, finalidad que no tienen estas actuaciones obligatorias para la Administración.

Los principios, objetivos y fundamentos jurídicos de estas prestaciones y los del tratamiento son distintos en estos casos por lo que debe evitarse cualquier confusión, sin perjuicio de que constituyan el medio imprescindible para que se pueda iniciar y desarrollar la intervención terapéutica o coadyuven en su aplicación.

Desde otras corrientes doctrinales se había fraguado un sentido más amplio del tratamiento que no se ceñía a las actividades directamente encaminadas a la resocialización sino que abarcaba también al resto de las funciones y actuaciones de las Instituciones penitenciarias. Así, LÓPEZ-REY Y ARROJO era partidario de una concepción integral o global, afirmando que el tratamiento, como la propia ejecución de la pena con la que se identifica, tiene un carácter imperativo para quien la padece: *“El régimen, señala, es el tipo de vida resultante de la aplicación del sistema que se traduce en el tratamiento”*¹⁹¹.

Según estos otros autores, la ordenación misma de la convivencia intramuros, la ocupación del tiempo de internamiento o el cumplimiento por parte de la administración de las obligaciones establecidas constituyen aspectos esenciales o complementarios a las propias actuaciones estrictamente tratamentales que comparten el objetivo constitucional de resocialización.

Esta visión, que mantiene el sustrato correccionalista español clásico y que conjuga todas las actuaciones en orden a evitar la reincidencia, fue desdeñada en la Ley y en su primer Reglamento de desarrollo y posteriormente rehabilitada en cierta medida en el de 1.996 como oportunamente analizaremos.

¹⁹¹ LÓPEZ-REY Y ARROJO, M. *Criminología, Teoría, Delincuencia Juvenil, Prevención, Predicción y Tratamiento*. Ed. Aguilar. Madrid, 1.981. Pág. 491.

1.1.- Definición legal y fines. El modelo español y los modelos comparados

El Art. 59 de la Ley recogió literalmente lo establecido en su Anteproyecto¹⁹². Solamente se formularon dos enmiendas a esta redacción inicial que fueron rechazadas. En la primera el Grupo Socialista trataba de sustituir la referencia “*a la consecución de la reeducación y la reinserción social*” por la de “*a la recuperación social*”. La segunda fue presentada por el Grupo Comunista e instaba la supresión del número 2 por ausencia de contenido normativo.

En este artículo se establece una concepción de tratamiento mínima, evidentemente restrictiva, entendiéndolo así la doctrina penitenciaria con práctica unanimidad. Se pretendió distinguir claramente el concepto “*régimen*” del “*tratamiento*”, refiriéndose el primero a la ejecución de la pena que, en ningún caso, debía quedar condicionada o supeditada a la marcha en este segundo aspecto.

Los autores procedentes de las ciencias del comportamiento optaron por una interpretación estricta aludiendo que esta concepción era más respetuosa con los derechos fundamentales de la persona en el ámbito penitenciario, ofreciendo los métodos terapéuticos al recluso como algo diferente a la ejecución de la pena de prisión. Se optó así por un método más garantista desde el punto de vista jurídico eludiendo intervenciones en la esfera etológica y cultural de la persona.

La redacción dada al número 2 del artículo (que se reprodujo en el artículo 237.2º del Reglamento de 1.981) fue objeto de numerosas críticas y, como se ha señalado, el Grupo Parlamentario Comunista propuso su supresión por carecer de normatividad. En esencia, se entendía inapropiado que la redacción final señalase que la finalidad del tratamiento no sea solo

¹⁹²Art. 59. 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.*”

respetar la ley penal sino también la intención de obrar así, considerándose que se transita desde el aspecto externo de la conducta al ámbito interno o íntimo, con lo que se transgreden los límites del Derecho penal y se penetra en aspectos morales y éticos de forma inadmisibles.

Consciente de la profundidad de los razonamientos opuestos y en defensa de la literalidad del texto, GARCÍA VALDÉS apeló a las Reglas Internacionales en la materia¹⁹³. Así, indica que la 59 de las Mínimas de Europa señala que el objetivo de proteger a la sociedad contra el delito solo se alcanzará

“Si el período de privación de libertad se aprovecha para obtener, en la medida de lo posible, que el delincuente, una vez liberado, no solamente lo desee, sino también que sea capaz de vivir respetando la ley y de su subvenir a sus necesidades”.

También la Regla 66 del Consejo de Europa de 1.973 señala:

“El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto a sí mismos y desarrollar el sentido de la responsabilidad”.

Una visión contraria a la redacción aprobada procede de MAPELLI CAFFARENA al considerar que tan amplias pretensiones para la ejecución penitenciaria conlleva una inexcusable etización de ésta, llegando a entender que solamente la voluntariedad en la aceptación por parte del recluso a participar en el mismo salva su inconstitucionalidad¹⁹⁴. Según este autor, si un recluso accediera al tratamiento para obtener mejores condiciones en su

¹⁹³ En esta misma línea de justificación del texto definitivo bajo el amparo de las disposiciones de carácter internacional, MANZANARES SAMANIEGO añadió lo señalado por las Reglas 58 y 65 de las de Ginebra, el artículo 2 de la Ley penitenciaria venezolana, el 4 de la Ley sueca y los artículos 2 y 123 de la Ley de Ejecución alemana. MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *“Concepto, voluntariedad y principios inspiradores del tratamiento Art. 59)”* Comentarios a la legislación penal. Tomo VI-Vol 2º. Ley Orgánica General Penitenciaria. EDESA. Madrid, 1.986.Pág. 918.

¹⁹⁴ MAPELLI CAFFARENA, B. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1.983.Págs. 250- 251.

régimen de cumplimiento, su colaboración estaría viciada y su consentimiento no autorizaría ninguna incidencia en su ámbito cultural. Por ello, cabe buscar la estimulación del interno para la colaboración, no para forzar su voluntad.

Queda evidenciada la dificultad que se estableció en la propia norma para separar las nociones “tratamiento”, “régimen” y “prestaciones” y fundamentar en cada una de ellas las decisiones administrativas o judiciales que deben producirse en el transcurso del cumplimiento de la privación de libertad.

Con la elaboración de la norma española se produce una identificación de la ejecución penal con el tratamiento lo que constituye uno de los rasgos característicos de toda la legislación de los países de corte democrático. Sin embargo, existían notables diferencias en la noción y contenido del tratamiento en algunas normas extranjeras conforme al sentido amplio o estricto atribuido, incluyendo o excluyendo otras consideraciones como instrumento para alcanzar la anhelada reinserción. GARCÍA VALDÉS reconoce la importancia de la referencia comparada en el debate de elaboración de la norma española destacando en especial las leyes sueca de 1.974, italiana de 1.975 y alemana de 1.976¹⁹⁵. El artículo 15 de las Normas sobre el Ordenamiento Penitenciario Italiano de 1.975 (vigente en el momento de la elaboración de la Ley española), señalaba:

”El tratamiento del condenado y del internado se desarrolla sirviéndose principalmente de la instrucción, del trabajo, de la religión, de la actividad cultural, recreativa y deportiva y facilitando oportunos contactos con el mundo exterior y las relaciones con las familias”.

Contrastando estas herramientas con los planteamientos españoles, los métodos señalados constituyen aspectos regimentales o prestacionales, pero en ningún caso tratamentales sensu estricto.

Igualmente, la legislación alemana de 1.976 establecía en el párrafo 6:

¹⁹⁵ GARCÍA VALDÉS, C. *Apuntes Históricos del Derecho Penitenciario Español*. Edisofer, S.L. 2.014. Pág. 35. Derecho Penitenciario (Escritos, 1.982-1.989). Ministerio de Justicia. Madrid, 1.989. Págs. 43 y ss.

“Sobre la base de la investigación del tratamiento se trazará un plan de ejecución. El plan de ejecución contendrá indicaciones, al menos, sobre las siguientes medidas de terapia:

- 1.- Internamiento en régimen de ejecución cerrada o abierta.*
- 2.- Asignación a grupos de vivienda o de tratamiento.*
- 3.- Desempeño de trabajo, así como medidas sobre formación profesional, perfeccionamiento profesional o cambio de escuela u oficio.*
- 4.- Participación en actos formativos.*
- 5.- Medidas auxiliares de auxilio o de tratamiento.*
- 6.- Atenuación de la ejecución y*
- 7.- Medidas necesarias para preparar la puesta en libertad.*

El plan de ejecución ha de mantenerse acorde con la evolución del recluso y con los resultados posteriores de la investigación de su personalidad. Para ello han de estipularse en el plan de ejecución unos plazos adecuado”.

Comparando el modelo español con el italiano o alemán, MAPELLI CAFFARENA indica que el concepto amplio lo hace más atractivo debido a la flexibilidad que ofrece de cara a diseñar las condiciones del régimen¹⁹⁶. Mientras que la clasificación del interno comporta su destino en un grado y en el correspondiente régimen o establecimiento, lo que lleva aparejado un paquete de medidas de las cuales unas pueden ser favorables y otras no, el programa o planificación permite estudiar al mínimo detalle cómo debe ser el régimen que más conviene a esa persona pensando en su futura reincorporación a la sociedad libre. Por el contrario, el inconveniente más grave es la posibilidad de que el plan de ejecución se convierta en un instrumento arbitrario y de trato desigual de algunos internos, a lo que se añade el riesgo de que algunos delincuentes experimentados adopten aptitudes falsas ante el terapeuta para lograr unas mayores ventajas regimentales.

Se ha reiterado que la Ley española se caracteriza por su eclecticismo, siendo determinante la asunción de elementos tomados de la legislación y

¹⁹⁶ MAPELLI CAFFARENA, B. *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Universidad de Alcalá de Henares, 1.985. Págs. 149-150.

del modelo sueco. Esta normativa, tras la reforma de 1.974¹⁹⁷, giraba en torno a cuatro grandes ideas:

a.- El tratamiento extra-institucional era considerado como la mejor forma de rehabilitar, por lo que debe reducirse al mínimo posible la intervención de las autoridades administrativas. El seguimiento de esta intervención corresponde al personal encargado de su supervisión (*probation officer*).

b.- La privación de libertad o el tratamiento intra-institucional debe estar íntimamente coordinado con el extra-institucional.

c.- Los reclusos deben estar internados en establecimientos cercanos a su lugar de residencia, a menos que la protección de la sociedad requiriera lo contrario.

d.- Las actividades penitenciarias deberían ser dirigidas hacia el exterior, canalizándose las intervenciones a través de los servicios sociales de la comunidad.

El cumplimiento intra-institucional estaba regido por la Ley de Custodia en Establecimientos Penitenciarios, de 1.974. El objeto establecido fue fomentar la adaptación del recluso a la sociedad y contrarrestar los efectos nocivos de la privación de libertad. La custodia debe consagrarse a la tarea primordial de preparar al recluso a la vida en libertad hasta donde sea posible y sin poner en peligro la seguridad de la comunidad.

La dotación material de estos centros suecos en la década de los 70 era moderna, con numerosos sistemas electrónicos, las celdas mayoritariamente individuales y las instalaciones adecuadas. Además se procedió a instalar pequeñas cocinas en las que los internos trabajaban 4 horas semanales preparándose sus alimentos con la finalidad de que al obtener su libertad pudieran ser autosuficientes. Ya existían algunas prisiones mixtas y numerosas mujeres trabajaban en los centros de hombres. El ingreso para

¹⁹⁷ MIR PUIG, C. “*La Ley Penitenciaria Sueca de 1.994*” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 39. Fasc. 1. Ministerio de Justicia, 1.986. Págs. 89 a 112. También GARCÍA VALDÉS, C. *Introducción a la Penología*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1.982. Pág. 89 y MARTÍN GARCÍA, A. “*Derecho Penitenciario Sueco: La Ley de 1.974*”. Cuadernos de Política Criminal N° 14. Edersa, 1.981. Pág. 281.

cumplimiento de penas cortas de prisión se limitaba a supuestos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y no se producía el internamiento de menores de 18 años.

El régimen interior de los establecimientos suecos se caracteriza por su rigidez. La clasificación interior es nítida, especialmente aplicada a internos peligrosos y condenados por tráfico de estupefacientes. La ocupación del tiempo de internamiento se realiza a través de actividades laborales (en instalaciones altamente tecnificadas), educativas y terapias psicológicas previamente solicitadas. Existen programas específicos de desintoxicación y deshabituación en el consumo de drogas que son continuados en régimen de semilibertad. El sistema de concesión de permisos de salida se hallaba sólidamente consolidado. El régimen sancionador es sencillo y va desde la advertencia a la incomunicación durante 7 días (con un máximo de 15 en supuestos de comisión de varias sanciones).

Existe un sistema de libertad condicional aplicada a delincuentes ocasionales y de libertad bajo vigilancia como último periodo de cumplimiento de las penas. En supuestos de inimputabilidad (alcohólicos, fármaco-dependientes o enfermos mentales) se producía el traslado a establecimientos especializados.

El personal penitenciario sueco del momento estaba altamente capacitado, habiendo superado un riguroso proceso selectivo. Las armas de fuego no se contemplaban y la defensa admitida era un instrumento de plástico comprimido para supuestos excepcionales¹⁹⁸.

Podemos concluir que en esta materia la Ley Orgánica española restringe los postulados de las fuentes que la inspiraron al equiparar “*tratamiento*” con “*terapia*” con exclusión expresa de otras intervenciones e incluso resoluciones jurídicas admitidas en los países próximos y reduce el objeto de su fundamentación, lo que lleva a concebir que su aplicación es

¹⁹⁸ Respecto a la legislación y realidad penitenciaria sueca en el momento de elaboración de la Ley Orgánica española: LÓPEZ VERGARA, J. “*Análisis del Sistema Penitenciario Sueco y sus posibles aportaciones al Sistema Penitenciario mexicano*”. Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LIII. Nos. 1-12. Ene-dic 1.987. Editorial Porrúa, S.A. México D.F. Págs. 247 a 272.

entendible en términos próximos a la detección y abordaje de anomalías de base psico-patológicas.

1.2.- Ejecución. Fases. Métodos. Principios y límites. La voluntariedad

El modelo confeccionó un diseño que traslada la cronología procesal a la aplicación del tratamiento con fuerte implicación en la clasificación en grados, resaltándose siempre la posibilidad de acceder al tercero sin sometimiento previo a periodo temporal alguno como elemento característico y diferenciador respecto a los sistemas progresivos¹⁹⁹.

Estas distintas actuaciones llevadas a cabo por personal específico aplica, como más adelante analizaremos, un sistema terapéutico u hospitalario, que concibe esta Institución en términos patológicos y sanitarios donde se diagnostica y trata al paciente y se le reintegra en el entorno de procedencia previa elaboración de un pronóstico de inserción.

Respecto al diagnóstico, el Art. 60 de la Ley encomienda a los servicios encargados del tratamiento la labor de esforzarse por conocer y tratar todas las peculiaridades de personalidad y ambiente del penado que puedan ser obstáculo para las finalidades del tratamiento utilizándose, en tanto sea posible, todos los métodos y medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades. Por primera vez, se incluyen en un texto normativo aspectos sociológicos y ambientales en la etiología delictiva, reconociendo

¹⁹⁹Aplicable a la legislación elaborada en España, GARCÍA RAMÍREZ, S. *La Prisión*. Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1.975. Págs. 55 a 93. En la segunda parte (“*Tratamiento progresivo técnico*”) analiza los conceptos incorporados posteriormente en la norma respecto al diagnóstico y estudio de la personalidad, que ubica en la propia individualización de la pena llevada a cabo en fase judicial y permite considerar todos los elementos fácticos y jurídicos tenidos en cuenta para la imposición de la pena, el estudio criminológico que permita biografiar cada caso individual, la elaboración de un pronóstico y la aplicación del tratamiento basado en la observación que se sucede en varias fases (debiéndose huir del sistema progresivo) y se caracteriza por la interdisciplinariedad en su abordaje y por la aplicación de los permisos de salida como instrumento esencial. Finalmente resalta la trascendencia de las instituciones abiertas. En este sistema considera como instrumentos del tratamiento el trabajo, la educación, las relaciones con el exterior, el autogobierno como forma de gestión de los establecimientos (sistema deseable pero que debe ser manejado con prudencia extraordinaria) y la atención médica. Respecto al personal penitenciario debe estar rigurosamente seleccionado, ser altamente especializado y hallarse plenamente disponible para esta función.

el inspirador de su redacción la imposibilidad de influir o tratar en estos aspectos²⁰⁰.

Los equipos especializados pueden actuar sobre el interno que voluntariamente se sometan a esta intervención tratamental, resultando evidente que las modificaciones de las circunstancias externas o circundantes a la vida del recluso son inaccesibles para los intervinientes en el proceso.

Admitimos la radical importancia de conocer el entorno vital de los reclusos para diseñar el tratamiento pero debemos valorar como premisa realista la imposibilidad de alterarlo o de sustituirlo por otro más apropiado, lo que permite aventurar una probabilidad elevada de reincidencia cuando los factores sociológicos en la etiología delictiva sean preponderantes salvo en aquellos supuestos, sin duda no habituales, en los que se alcance el éxito en colmar la necesidad de dotar al interno de recursos sólidos para retornar a ambientes criminógenos y mantenerse firme en su voluntad de no reincidir.

Esta función esencial que pretende llevar a la práctica el tratamiento no es competencia exclusiva del grupo de especialistas integrados en el Cuerpo Técnico. Efectivamente, en la aplicación de los fines de reeducación y reinserción social proclamados en el artículo 25.2 de la Constitución, repetido en el artículo 1 de la LOGP y en los Reglamentos penitenciarios de 1.981 y de 1.996, todos los funcionarios penitenciarios están concernidos en esta tarea. Los empleados públicos de este sector se vieron impulsados a la superación de los antiguos esquemas pseudo-militares de organización y funcionamiento para asumir los postulados propios de un Estado democrático y social de derecho, estando llamados a ser protagonistas o colaboradores del tratamiento. Constituye este un aspecto que consideramos cuenta con gran potencialidad, hallándose pendiente de desarrollo como se tratará en el último Capítulo del trabajo.

Previo a la aplicación del tratamiento se debe abordar la difícil tarea de elaborar un diagnóstico de personalidad que servirá para iniciar y

²⁰⁰ ALARCÓN BRAVO, J. *“El Tratamiento Penitenciario en España”*. Estudios Penales II, Universidad de Santiago de Compostela, 1.978. Pág. 29.

fundamentar la intervención terapéutica sin posibilidad de abordaje de los aspectos ambientales. Se asume una visión clínica que se inicia con el conocimiento de la anomalía existente para su corrección. Este diagnóstico, realizado de manera previa a la clasificación, debe establecerse no por los Equipos de Intervención sino por los Equipos de Observación en funciones distintas al tratamiento.

En supuestos de internos preventivos el tratamiento es imposible pues supondría, desde el punto de vista jurídico, una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia en la medida en que no se puede tratar al que no ha delinquido. Una sentencia condenatoria declarada firme, una ejecutoria es, en consecuencia, el límite temporal inicial. Hasta ese momento

“la observación se limitará a recoger la mayor información posible sobre cada uno de ellos a través de datos documentales y de entrevistas, y mediante la observación directa del comportamiento, estableciendo, sobre estas bases, la separación o clasificación interior en los grupos aludidos en el Art. 16 de la Ley” (Sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental; en todo caso, detenidos y presos respecto de los penados en cuanto sea compatible con el principio de presunción de inocencia).

El punto 2º del artículo 64 analiza la situación que se produce entre la existencia de sentencia condenatoria y la realización de la propuesta de clasificación inicial,

“debiéndose completar la información anterior con un estudio científico de la personalidad del observado, determinándose el tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda”.

En terminología de GARCÍA RAMÍREZ y refiriéndose a los modelos penitenciarios modernos

“Nos encontramos ante la hora de estrategia del tratamiento, el resto es el despliegue de los planteamientos de la estrategia: es la individualización

activa, en marcha, dinámica; la primera ha sido un corte total de la persona, una individualización por fuerza estática”²⁰¹.

A partir de este momento, en aplicación de los principios analizados, la Ley alude a la evolución del tratamiento en relación con los grados y las clases de régimen, tanto en los aspectos de progresión o de regresión y las garantías establecidas. Se plasmaron así las Recomendaciones emitidas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Resolución de 19 de enero de 1.973 que actualiza las Reglas Mínimas adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento de los Delincuentes reunido en Ginebra en 1.955.

La evaluación efectuada puede conllevar la progresión o la regresión en grado, lo que conlleva su reflejo en el régimen penitenciario. Destaca la alusión que se realiza a la modificación de sectores o rasgos de la personalidad (*“la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva...”*). Esta redacción fue defendida tanto por GARCÍA VALDÉS²⁰² como especialmente por ALARCÓN BRAVO, quienes consideran que, partiendo de la voluntariedad del tratamiento, la modificación de estos sectores o rasgos se manifiesta en la transformación de la conducta global del interno²⁰³. Respecto a la regresión de grado, estos mismos autores lo circunscriben a una evaluación desfavorable en referencia al tratamiento, no admitiendo la como fundamento único del retroceso en grado la comisión de infracción o infracciones disciplinarias por el interno²⁰⁴.

²⁰¹ GARCÍA RAMÍREZ, S. *La Prisión*. Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1.975. Pág. 62.

²⁰² GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1.982. Pág. 206.

²⁰³ ALARCÓN BRAVO, J.: *“El tratamiento penitenciario”*. Estudios Penales II. La Reforma Penitenciaria. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1.978. Pág. 35.

²⁰⁴ Por lo que la previsión contenida en el artículo 102.5.e) del Reglamento de 1.996 carecería de fundamento legal (*“Conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se clasificarán en primer grado de tratamiento a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando la concurrencia de factores tales*

El punto 4 del artículo 65 de la Ley alude a las garantías que se conceden al recluso, debiendo considerarse las competencias propias del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de clasificación inicial, progresiones y regresiones previstas en el Art. 76.2.f) así como la posibilidad de solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga en la Central de Observación cuando un mismo equipo reitere por segunda vez la clasificación de primer grado, o encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, hubiera alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena.

El artículo 66 introdujo en el Ordenamiento jurídico español el principio de comunidad terapéutica que dejó abierta la aplicación de distintos métodos de tratamiento experimentales en muchos países. Esta forma de cumplimiento constituye la máxima expresión de la supresión o superación de la distinción entre el régimen y el tratamiento. Consideramos que se prevén fórmulas avanzadas que inducen a cuestionar la radical división contemplada. Se da cabida en nuestra legislación a postulados de vanguardia respecto a una tipología delictiva muy presente en la realidad española del momento determinada por el consumo de sustancias tóxicas. El legislador reconoce indirectamente la inadecuación de la institución carcelaria para fines terapéuticos y posibilita su conversión en comunidad tratamental para drogodependientes, sistemas de intervención en los que la propia organización alcanza la consideración de instrumento terapéutico.

El artículo 67 alude al último momento en la toma de decisiones de la Administración como es la finalización del tratamiento o la llegada de la libertad del interno. En este instante debe emitirse un informe pronóstico final en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional.

como:...e) Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo.”)

Se pretende la inclusión de criterios científicos en la concesión de una hipotética liberación condicionada basada en la utilización de esquemas científicos o predictores que ofrecen mayores garantías en los derechos de los internos. Se cierra el ciclo observación/diagnóstico, intervención/tratamiento y pronóstico final/excarcelación señalado anteriormente que culmina la concepción clínica de la actuación penitenciaria para la consecución de la reinserción.

La Ley Orgánica, tras definir el concepto tratamiento, estableció los métodos y medios a emplear para alcanzar el objetivo de desarrollar en los internos 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 general²⁰⁵.

El esfuerzo a realizar por los servicios encargados del tratamiento se sitúa en conocer y tratar todas las peculiaridades de la personalidad y del entorno del penado que pueden ser obstáculo para el fin. Constituye, por lo tanto un objetivo intermedio, estableciéndose en el punto 2º como límite el respeto a los derechos constitucionales no afectados por la condena²⁰⁶. En defensa de la redacción final, el Director General de Instituciones Penitenciarias consideró que todo programa de tratamiento exige el conocimiento previo de la personalidad del condenado y de su entorno o ambiente social, acudiendo a la legislación alemana para argumentar la expresión asumida²⁰⁷.

En los primeros años de aplicación de la Ley destaca el notable esfuerzo realizado por numerosos autores para la elaboración y recopilación de todos los métodos válidos de tratamiento penitenciario. Estas aportaciones teóricas procedían de diversos ámbitos del conocimiento y no tuvieron, sin embargo, una aplicación práctica generalizada en los establecimientos carcelarios, cuya situación real en medios personales y materiales distaba de lo analizado. Sirva como ejemplo los enunciados por MANZANARES

²⁰⁵ Repetido literalmente en el Reglamento de 1.981, artículo 238, 1º y 2ª, conforme a la cuestionable técnica legislativa seguida en el momento.

²⁰⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Concepto, Voluntariedad y Principios Inspiradores del Tratamiento”. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI-vol. 2º. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.986. Pág. 918

²⁰⁷ GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1.982. Págs. 193 y ss.

SAMANIEGO²⁰⁸, MAPELLI CAFFARENA²⁰⁹ o el propio GARCÍA VALDÉS²¹⁰.

Por la importancia práctica que su aportación tuvo en la elaboración de la Ley Orgánica y en el transcurrir posterior de la realidad penitenciaria española, nos detenemos en el criterio establecido a título orientativo y sin ánimo de exhaustividad por Jesús ALARCÓN BRAVO, que elaboró el siguiente cuadro general de métodos:

“a) Médicos: Farmacológicos o quimioterápicos (uso de neurolépticos, antidepresivos, etc) y quirúrgicos.

b) Pedagógicos: Generales (educación y formación profesional a diversos niveles) y especiales (deficientes mentales, disminuidos físicos, etc).

c) Psicológico-psiquiátricos: Psicoterapia individual, Psicoterapia de grupo, Psicodrama-sociodrama, Orientación o asesoramiento en grupo (Group counselling), Asesoramiento psicológico, Técnicas de modificación de actitudes, Terapia de comportamiento y Orientación escolar y profesional.

d) Sociológicos: Servicio o asistencia social de casos, Servicio o asistencia social de grupos y Servicio o asistencia social de comunidad”²¹¹.

En esta misma línea, MAPELLI CAFFARENA elaboró una clasificación recopilatoria paralela a la anterior añadiendo o reforzando las cautelas jurídicas para su aplicación en evitación de la afectación a la dignidad del sujeto sobre el que se aplicase, considerando que el tratamiento abarca una amplia relación de técnicas terapéuticas que van desde las ocupacionales y ambientales hasta las más discutidas farmacológicas o quirúrgicas. Ninguna de ellas debe considerarse excluida de este concepto siempre que estén orientadas hacia aquellas metas y respeten los principios fundamentales del

²⁰⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *Principios inspiradores del tratamiento (valoración de la personalidad y del ambiente)*. Comentarios a la Legislación penal. Tomo VI-Vol.1º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.986. Pág. 925 y ss.

²⁰⁹ MAPELLI CAFFARENA, B. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1.983. Págs. 251 y ss.

²¹⁰ GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1.982. Págs. 94 y ss.

²¹¹ ALARCÓN BRAVO, J. *“El Tratamiento Penitenciario en España”*, Estudios Penales II. Universidad de Santiago de Compostela, 1.978, Pág. 27.

sistema penitenciario y la propia ejecución de la pena. Por el contrario, niega la naturaleza tratamental a todas aquellas actividades que no empleen una técnica especializada o que no traten de condicionar la conducta a través de la personalidad, aunque persigan los mismos fines, no participando en consecuencia de la individualización científica²¹².

El Título III de la Ley concluye con un artículo que establece los principios de la actividad tratamental ya formulados, con distinto texto, en el derogado artículo 49 del Reglamento de Servicio de Prisiones reformado en 1.968 (y posteriormente en 1.977), donde podemos encontrar su núcleo. De igual manera, se trasladan las referencias contenidas en las Reglas 66.2.3 de Naciones Unidas y 67.2.3 del Consejo de Europa de 1.973.

El tratamiento, según el artículo 62 de la Ley se inspirará en estos principios:

a) Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno.

En este apartado el legislador elimina cualquier referencia al ámbito social y se circunscribe a la recopilación de datos e informes de la totalidad del ser psíquico individual.

b) Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales del sujeto.

²¹² MAPELLI CAFFARENA, B. “Sistema Progresivo y Tratamiento”. Lecciones de Derecho Penitenciario. Universidad de Alcalá de Henares, 1.985. Pág. 145 o en *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1.983. Págs. 251 a 266. SANCHA MATA, desde la praxis diaria señaló como técnicas aplicables: el consejo (counselling), consejo y asistencia vocacional, Terapia de realidad y análisis transaccional, psicoterapia de grupos y grupos de interacción dirigida. SANCHA MATA, V. “Modelos de Tratamiento” I Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. Sevilla, 1.983. Págs. 63 a 76.

Se alude, en consecuencia, a la valoración o diagnóstico de personalidad criminal, punto de partida a la clasificación y a la aplicación voluntaria del tratamiento.

c) Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno. El sistema de individualización científica se plasma en este apartado, siendo aplicables cuantos métodos ofrezca la ciencia siempre que no afecten a los derechos constitucionales del interno.

d) En general será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado.

e) Será programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de los quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas o educadores.

f) Será de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de las condenas.

Estos principios, lo hemos señalado con anterioridad, inciden cronológicamente en dos momentos distintos del tratamiento: el estudio de la personalidad del interno y la fase de ejecución²¹³.

Los contenidos en los apartados a) y b) se incorporan en la fase de estudio de la personalidad, recogién dose y documentándose en el “protocolo” del interno y conlleva la realización de un diagnóstico y un juicio de pronóstico inicial a través de una ponderación global en relación con la actividad delictiva y de los datos ambientales (individuales, familiares o sociales) del interno.

²¹³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “El Tratamiento Penitenciario”. VV.AA., Berdugo Gómez de la Torre, I./Zúñiga Rodríguez, L. (coordinadores): Manual de Derecho Penitenciario. Editorial Colex. Madrid, 2.001. Pág. 315.

La segunda fase tratamental gira en torno a los principios previstos en los apartados c), d), e) y f); por lo que debe ser individualizado, complejo, programado y dinámico.

Los elementos han sido glosados por la doctrina acentuando la perfección del sistema español en la medida en que pretende emplear de forma variable todos los métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales en relación con la personalidad del interno y respeta tanto su voluntariedad como los derechos fundamentales reconocidos en la legislación internacional e interna.

Responde a un plan general que fijará la intensidad en la aplicación de cada método y distribuye entre todos los especialistas intervinientes las funciones concretas a realizar al plantearse como continuo y dinámico, es evolutivo y puede ser regresivo, dependiente de sus objetivos, lo que conlleva que el fin último de la reeducación y reinserción social se alcance por etapas, cumpliéndose en cada una los objetivos establecidos que, al ir lográndose, implicará la evolución del interno en su tratamiento. El planteamiento se calificó por GARCÍA VALDÉS como “*La representación científica y sistemática de uno de los mayores logros del texto orgánico*”²¹⁴.

Las limitaciones derivadas del respeto a los derechos constitucionales de las personas reclusas que debían establecerse de forma inexorable en el texto normativo fueron motivo de análisis y preocupación para un sector amplio de la doctrina. Nada se dice sobre cuáles son estos límites o derechos intangibles por el tratamiento. Es en este aspecto en el que los penitenciaristas que provenían del mundo del derecho incidieron con intensidad al objeto de evitar una intromisión intolerable en los ámbitos más íntimos de las personas y en la imposición de un conjunto de valores, tal vez dominantes en la sociedad pero no imponibles coactivamente, de forma directa o inducida; práctica que sería inadmisibile por hallarse en abierta

contraposición con el régimen de libertades abrazado en nuestro orden constitucional.

Podemos afirmar que los juristas pusieron límites a los psicólogos en la creencia de que las ciencias de la conducta, ampliamente desarrolladas, tuvieran la virtualidad de modificar la personalidad de los individuos. Ningún sistema ethológico cabe imponer o proponer a los miembros de una colectividad aunque sea coincidente con los valores democráticos reconocidos. Solamente la voluntariedad del tratamiento puede permitir, en sentido estricto, una alteración del “*sistema de preferencias*”, de los criterios y directrices que informan y orientan la actividad personal de cada miembro de la sociedad.

Este aspecto enlaza con el artículo 61 de la Ley que establece el fomento de la participación y colaboración de los internos. Afrontamos unos de los aspectos controvertidos respecto a la incentivación de la participación en estos programas que se traducen, siguiendo el modelo progresivo, en una mejora de las condiciones de vida intramuros, en la progresión de grado con posibilidad de alcanzar la liberación condicional o, directamente, el acortamiento de la pena. En este sentido no podemos olvidar que la diferencia existente entre la condena impuesta por la autoridad judicial y el tiempo efectivamente cumplido ha sido una de las causas de mayor debate no solo doctrinal sino también político y social de nuestra historia reciente.

Respecto a la voluntariedad, en 1.979 se produce una modificación sustancial en el Ordenamiento. Como hemos señalado, el concepto tratamiento fue introducido embrionariamente en la reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1.968, afianzándose en el texto de 1.977. Según esta disposición, la progresión depende de la “*conducta activa del interno*” (Art. 58, párrafo 5º de la reforma de 1.968 que se repite en 1.977). También el artículo 106, 1º b) del Reglamento de los Servicios de Prisiones tras reforma de 1.977 establecía, entre los deberes de los internos “*Aceptar el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritas en función del diagnóstico individualizado.*”

La modificación es importante. La Ley Orgánica establece, en el artículo 4, 2º (es decir, en el Título Preliminar):

“Se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado”.

Se insiste en que el tratamiento no puede imponerse debiendo contar con la colaboración del interno al entenderse que si fuera impuesto o coactivo atentaría contra el principio de respeto a la personalidad humana.

Se ha debatido si no nos encontramos ante un deber jurídico sin sanción. En sentido favorable a esta interpretación se sitúa ALARCÓN BRAVO quien indica:

“Cabe afirmar que la ley pida al interno que debe colaborar para ser capaz de vivir sin infringir la ley penal, es lo mínimo que se le puede pedir pero, en el campo del tratamiento en sentido estricto, que la infracción de este deber de colaborar, se sancionase, sería absurdo”²¹⁵.

Sensu contrario, MANZANARES SAMANIEGO señala:

“La noción de un deber no exigible y cuyo incumplimiento no es sancionable por vía alguna resulta poco convincente... El Reglamento penitenciario (de 1.981) ha sabido sacar en su artículo 239, 3º la conclusión correcta: el interno puede rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad o método de tratamiento, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales, ni de regresión de grado de tratamiento. La clasificación se realizará, en estos casos, en último término, mediante observación directa del comportamiento y utilización de los datos documentales existentes”²¹⁶.

BUENO ARUS ha considerado que la colaboración en el tratamiento constituye un deber del interno a cuyo cumplimiento se condiciona la

²¹⁵ ALARCÓN BRAVO, J. *“El Tratamiento Penitenciario en España”*. Estudios Penales II. Universidad de Santiago de Compostela, 1.978. Pág. 30 y 31.

²¹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.M. *“Principios Inspiradores del Tratamiento (fomento de participación y colaboración de los internos) (Art. 61)”*. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI-Vol 2º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.986. Págs. 933-934.

obtención de determinadas concesiones directamente unidas a la evolución favorable de la personalidad (progresión de grado, permisos de salida, libertad condicional, etc). En consecuencia, si se rechazara el tratamiento, el periodo de privación de libertad se vería reducido a una mera retención durante el tiempo establecido en la sentencia²¹⁷.

La inexistencia de consecuencias disciplinarias no supone la eliminación de cualquier resultado desfavorable en estos supuestos; máxime cuando el propio artículo 243.3º del Reglamento en su redacción de 1.981 conectaba la regresión de grado con el hecho de que “*se aprecie en el interno, en relación con el tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad y de su conducta*”. Como establece BAJO FERNÁNDEZ,

*“El tratamiento mismo tiene una lógica interna que exige su imposición coactiva, imposición que, si no se hace de forma expresa, se consigue por vía, intencionada o no, de condicionar ciertos beneficios penitenciarios al tratamiento”*²¹⁸.

Insistiendo en la visión estricta del tratamiento penitenciario que lo identifica con la terapia, otro sector de la doctrina se decanta por la imposibilidad de imponerlo coactivamente. En esencia, la resocialización constituye un objetivo a conseguir para todos los internos, acepten voluntariamente o no el tratamiento ofertado por la Administración, desvinculando la referencia de cualquier tipo de situación penitenciaria a la exclusiva evolución en el tratamiento. La coactividad en la aplicación implicaría una especie de manipulación de la persona, tanto más cuando ese tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores. Existe, pues, un derecho a no ser tratado como derivación del derecho a ser diferente inherente a todo ser humano.

Nos encontramos, en suma, ante un aspecto crucial de la intervención de la administración con los reclusos siendo esencial establecer los límites a la

²¹⁷ BUENO ARÚS, F. “*Notas sobre la Ley General Penitenciaria*” (separata). Revista de Estudios Penitenciarios, números 220 a 223, Madrid, 1.980. Pág. 23

²¹⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M. “*Tratamiento Penitenciario y Concepción de la Pena*”. Estudios Jurídicos en Honor de Octavio-Pérez Vitoria. Tomo I. J.M. Boch Editor. Barcelona, 1.983. Págs. 38, 43 y 44.

“*forma*” de incentivar la colaboración del penado en el tratamiento al que aluden los artículos 4.2º y 61, 1º y 2º de la L.O.G.P.²¹⁹, el 239 1º y 2º del Reglamento de 1.981 y el 112 del actual; todo ello desde el prisma de que el mundo penitenciario ha fomentado históricamente las expectativas de acortamiento de las condenas y las mejoras sustanciales en la forma de cumplimiento entre otras razones para conseguir la disciplina en la prisión.

1.3.- El principio de individualización científica

Un aspecto destacado por la doctrina desde la elaboración de la Ley es la introducción del principio de individualización científica que supera al sistema progresivo anterior. El artículo 63 de Ley Orgánica 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 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 sólo la personalidad y el historial 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”.

Este artículo, en palabras de GARCÍA VALDÉS, es otra de “*las claves de bóveda*” de la trilogía del tratamiento español: *observación-clasificación-tratamiento*, asociándose el destino del recluso a aquel establecimiento cuyo régimen sea más apropiado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección idónea dentro de aquel. De esta manera se patentiza el sistema de individualización científica dividida en grados caracterizado

²¹⁹ Art. 4.2. L.O.G.P.: “*Se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado*”.

Art. 61.1. L.O.G.P.: “*Se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, sea capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos*”.

Art. 61.2.L.O.G.P.: “*Serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento. La satisfacción de sus intereses personales será tomada en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo*”.

por la flexibilidad lo que implica que no necesariamente deban cumplirse de manera inexorable cada una de las etapas que lo componen²²⁰.

Respecto a la introducción del término “individualización científica” especial valor tiene la revelación realizada por GARCÍA VALDÉS quien indica

“Cuando en los debates de la Comisión de Justicia e Interior, del Congreso de los Diputados, acerca de la vigente Ley General Penitenciaria, se encasquilló la discusión para buscar una palabra, y una idea, diferente a la denominación de “régimen progresivo” para el sistema de tratamiento de los internos, y hube de encontrar el término adecuado, me acordé de dos cosas: de Montesinos y Cadalso, decidiendo no arrumbarles; y de lo escrito por el maestro de Angüés: en el actual artículo 72 figura así: “individualización científica”, separado en grados”.

“Fue mi lealtad a nuestra mejor historia, a un término querido, compatible con mi homenaje a Salillas y el reconocimiento tardío de todos, aún probablemente, sin muchos saberlo. Pero se deslizó en nuestra norma orgánica su pensamiento como lo hizo a lo largo de su obra: discretamente, poco a poco, casi sin darse cuenta, como un reflejo, mas con firmeza y la entidad de la razón”²²¹.

1.4.- Los especialistas del tratamiento y la participación de la sociedad

El artículo 69 regula el personal encargado del tratamiento penitenciario. Siguiendo el modelo establecido las tareas de observación, clasificación y tratamiento las realizarán

“Los equipos cualificados de especialistas, cuya composición y funciones se determinarán en el Estatuto Orgánico de Funcionarios. Dichos equipos contarán con la colaboración del número de educadores necesarios, dadas las peculiaridades de los grupos de internos tratados”.

²²⁰ GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1.982. Pág. 201.

²²¹ GARCÍA VALDÉS, C. *Del presidio a la prisión Modular*. Ópera Prima editorial. Madrid, 2.009. Pág. 44.

Los equipos serán de observación en los centros de preventivos y de tratamiento para los establecimientos de cumplimiento y especiales. Estas funciones a desempeñar son estrictamente tratamentales y se encomiendan a los especialistas en las ciencias de la conducta existentes en aquel momento, siendo ajenos a las mismas el personal encargado de la seguridad y vigilancia dedicado a los aspectos regimentales o de orden²²².

La redacción del punto segundo de la Ley alude a la posibilidad de solicitar la colaboración y participación de ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos para conseguir la recuperación social de los internos en regímenes ordinario y abierto. Sin duda, se está recogiendo incipientemente la participación de personas y entidades sin ánimo de lucro a las tareas de recuperación de los reclusos para su integración social. Se anticipa la actuación voluntaria de colectivos de personas organizadas que tuvo su regulación primera a nivel estatal en la Ley 6/1.996, de 15 de enero, del Voluntariado. También en este ámbito la Ley penitenciaria adelanta en el tiempo uno de los ámbitos en los que la sociedad española ha sufrido un profundo avance en términos de participación responsable y solidaria a favor de colectivos desfavorecidos.

La incorporación de personas colaboradoras de forma desinteresada cuenta con una larga tradición y vinculación a los postulados religiosos tradicionales y constituye una de las características propias de la evolución de la realidad penitenciaria española a lo largo de la aplicación de la Ley, siendo un elemento determinante en los siguientes aspectos:

1.- Transparencia en la actuación de la Institución penitenciaria y de sus profesionales. La presencia ordenada y programada de los miembros de las

²²² Estos especialistas, como se ha analizado, fueron creados por la Ley 37/1.970, de 22 de diciembre, sobre reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios e integran el hoy denominado Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias, asignando a sus miembros estas funciones de tratamiento así como las de dirección e inspección de las Instituciones y Servicio. Respecto a los educadores citados son funcionarios del Cuerpo Especial y de Ayudantes de II.PP. formados a través de la Escuela de Estudios Penitenciarios. Sobre esta materia (*¿quiénes hacen el tratamiento?*) GARRIDO GENOVÉS, V. *Psicología y Tratamiento Penitenciario: Una Aproximación*. Publicaciones del Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Edersa. Madrid, 1.992. Págs. 26 y 27.

distintas organizaciones no gubernamentales e instituciones en el proceso resocializador de los reclusos, dentro o fuera de los recintos carcelarios, constituye el aval y el reconocimiento de los esfuerzos realizados, tradicionalmente desconocidos, para la consecución de un objetivo común.

2.- Con la participación directa y decidida de los representantes de la sociedad se supera la concepción tradicional de la prisión como entidad monopolizadora de la función rehabilitadora de los delincuentes, ampliándose el concepto de delincuencia que transita desde un punto de vista penal-penitenciario al ámbito social.

3.- El acercamiento a los internos y liberados de profesionales y voluntarios ajenos a la Institución penitenciaria amplía y multiplica las posibilidades de intervención normalizando las relaciones entre todos los protagonistas participantes en el proceso y permite establecer programas y vínculos con continuidad más allá del periodo de internamiento. Podemos así considerar la reinserción como un itinerario cronológico y no como una situación exigida al cumplimiento de la condena.

4.- La amplitud de propuestas y programas llevados a cabo faculta una actuación integral sobre aspectos no afrontados por la Institución penitenciaria que completa y potencia las posibilidades ofertadas por la Administración.

5.- En términos constitucionales, se avanza claramente hacia los postulados recogidos en sus disposiciones²²³.

²²³ En este sentido cobra relevancia la Exposición de motivos de la Ley 6/1.996 de 15 de enero del voluntariado: *“El Estado necesita de la responsabilidad de sus ciudadanos y éstos reclaman un papel cada vez más activo en la solución de los problemas que les afectan.*

La conciencia creciente de esa responsabilidad social ha llevado a que los ciudadanos, a veces individualmente, pero sobre todo, por medio de organizaciones basadas en la solidaridad y el altruismo, desempeñen un papel cada vez más importante en el diseño y ejecución de actuaciones dirigidas a la satisfacción del interés general y especialmente a la erradicación de situaciones de marginación y a la construcción de una sociedad solidaria en la que todos los ciudadanos gocen de una calidad de vida digna....

Esta participación, por otro lado, es la que reconoce expresamente nuestra Constitución a los ciudadanos y a los grupos en que éstos se integran, en el artículo 9.2, y la que, en razón del mismo artículo, están obligados a promover, impulsar y proteger los poderes públicos.

Abordar legislativamente desde el Estado esta triple tarea supone, de un lado, garantizar la libertad de los ciudadanos a expresar su compromiso solidario a través de los cauces que mejor se acomoden a sus más íntimas motivaciones. En segundo lugar, implica, como

6.- Consideramos incuestionable que el voluntariado realiza una gran aportación en el desarrollo de la afectividad de los reclusos que no es posible surja desde la propia Institución y sus profesionales. La vinculación en términos de emotividad que se puede alcanzar es inaccesible para el personal propio constituyendo un complemento válido para el abordaje integral de las relaciones personales y su ampliación en términos de normalidad.

Estas apreciaciones vigentes en la actualidad fueron previstas por BUENO ARÚS, rechazando algunas de ellas y admitiendo otras²²⁴. Siguiendo los postulados de la Ley Orgánica, consideró que esta norma debe ser recogida con aplausos en cuanto a la necesidad de que la sociedad colabore con los fines penitenciarios, pero pidiendo que tenga efectividad práctica, que no se utilice como un “*control democrático*” de la Administración Penitenciaria, y que se refiera a la asistencia y no al tratamiento científico. De igual manera, llama la atención sobre la conveniencia de que con estas colaboraciones no se acabe satisfaciendo meras ansiedades de terceros o fomentando posiciones paternalistas o pseudo-caritativas.

Los mismos parámetros tratamentales siguieron las consideraciones realizadas por GARCÍA VALDÉS en el sentido de que esta cooperación se puede producir, exclusivamente, en los establecimientos de cumplimiento y régimen ordinario o abierto, previa solicitud, no siendo aceptable por

se ha dicho anteriormente, la obligación del Estado de reconocer, promover e impulsar eficazmente la acción voluntaria en sus diversas modalidades. Finalmente, implica la obligación de respetar el orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, las normas que sobre esta misma materia hayan dictado o puedan dictar en un futuro las Comunidades Autónomas.

La presente Ley persigue el logro de esos tres objetivos. En efecto, queda superado el concepto restringido de voluntario, asimilado con frecuencia a lo puramente asistencial, para dar cabida también al resto de ámbitos en los que la participación ciudadana es igualmente valiosa y necesario complemento de la actividad pública. Desde la educación al deporte, de lo cívico a lo asistencial, la Ley recoge lo que viene siendo la práctica habitual de quienes trabajan de forma altruista en conseguir una sociedad mejor para todo”.

²²⁴ BUENO ARÚS, F. “*La Reforma Penitenciaria Española. Textos y Materiales para su estudio. Estudio preliminar*”. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Facultad Complutense de Madrid. Pág. 38.

razones de tratamiento o regimentales de seguridad, “*extender la cooperación a centros cerrados o especiales*”²²⁵.

1.5.- La Central Penitenciaria de Observación

El artículo 70 de la Ley consagró la existencia de la Central Penitenciaria de Observación, viéndose ampliada en sus funciones. La Central estaba llamada a completar la labor de los Equipos de Observación y de Tratamiento en sus tareas específicas, resolver las dudas y consultas de carácter técnico que se formulen por el Centro directivo, realizar una labor de investigación criminológica y participar en las tareas docentes de la Escuela de Estudios Penitenciarios. Además, el punto 2 establece que por dicha Central pasarán los internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los establecimientos o los grupos o tipos de aquellos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del Centro directivo. Junto a todo lo señalado, es preciso considerar la función de reclasificación señalado en el párrafo 2 del artículo 65.4.

La Central Penitenciaria de Observación se creó por Orden de 22 de septiembre de 1.967, teniendo sus antecedentes en el artículo 52 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1.956. En su evolución histórica, la Central de Observación se ubicó inicialmente en el Centro de Detención de Hombres de Carabanchel asumiendo las funciones de asesoramiento, dependiente directamente de la Dirección General y centro penitenciario propio para el estudio de determinados internos en los supuestos en que por su dificultad no pudieran ser resueltos por los equipos de cada centro, así como a los psicópatas, homosexuales o deficientes mentales.

Esta institución pionera en la ciencia penitenciaria moderna contó con las aportaciones de JEAN PINATEL como destacado autor a nivel internacional que inspiró su funcionamiento inicial marcando su orientación

²²⁵ GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penal*. Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1.982. Pág. 219.

y destino²²⁶. Con el transcurso del tiempo pasó de ser un centro penitenciario propio a un equipo ubicado en la sede de los servicios centrales que actúa de forma itinerante en la medida en que debe cumplir la reclasificación legalmente prevista.

Un aspecto relevante es la eventual prevalencia de los informes emitidos por la Central de Observación respecto a otros existentes producidos por las Juntas de Tratamiento. Al respecto podemos reseñar que según se pronunció la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas en Auto 268/2.005, sus informes son realizados por profesionales con capacidad profesional suficiente, sin que pueda establecerse la existencia una relación jerárquica entre ellos sino que el análisis debe versar sobre la información aportada en su contenido.

Más de tres décadas después de la aprobación de la Ley Orgánica, implantados equipos de Tratamiento en todos los Centros penitenciarios dotados en número suficiente de profesionales altamente cualificados, consideramos es el momento de proceder también a la revisión de su función y finalidad. Como reflexión entendemos debe potenciarse su labor investigadora sobradamente acreditada, orientando su futuro a la investigación, programación y evaluación de resultados.

1.6.- Evolución del modelo tratamental

Desde los primeros años de entrada en vigor de la Ley Orgánica, sin cuestionar el valor intrínseco de la norma, podemos apreciar que un sector notable de expertos penitenciarios procedentes del ámbito forense coincide en señalar que es preciso aportar una nueva perspectiva a este aspecto fundamental. En esencia, reafirmando las garantías de los derechos de los internos, amplían las posibilidades de intervención sobre los reclusos en orden a alcanzar el mandato constitucional. También en los países que fueron referencia en la elaboración de la Norma española en cuestionamiento del modelo tratamental es patente. Sirva como ejemplo el

²²⁶ PINATEL, J. “*Investigación, ciencia y tratamiento*”. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 182. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.968. Págs. 523 a 541.

Informe del Comité Nacional Sueco para la Prevención del delito n° 5 de julio de 1.978 analizado por CEREZO MIR donde se constata que

“esta idea ha originado que se hayan dado amplios poderes a los órganos administrativos responsables del cumplimiento de la sanción en cuanto a la determinación de la duración efectiva y del contenido de la pena”. “Este tipo de política penal contiene considerables riesgos....Baste con señalar aquí uno de los principales grupos de trabajo, esto es, el riesgo de una seguridad jurídica insuficiente. Infracciones similares pueden llevar a consecuencias totalmente distintas en delincuentes diferentes, en dependencia de la necesidad de tratamiento que se reconozca.

Esto podría ser aceptable si fuera posible demostrar que el tratamiento logró resultados positivos. Pero desafortunadamente esto no puede probarse. Ha habido un esfuerzo investigador exhaustivo a sobre los resultados del tratamiento a lo largo de las últimas décadas. Un resumen de los estudios realizados en varios países, Suecia incluida, muestra que ningún método concreto de tratamiento es notablemente mejor que cualquier otro en la reducción de la reincidencia. Esto vale tanto para las comparaciones entre las diferentes sanciones como para las comparaciones entre los diferentes modos de cumplir una sanción en concreto”.

Como conclusión establece:

“Así pues, la presente necesidad de tratamiento no es base suficiente para la intervención penal. De todos modos, las críticas contra la idea del tratamiento no suponen una oposición al tratamiento como tal, una negativa a suministrar a los delincuentes servicios y tratamientos de tipo diverso. Lo que, desde luego, se permite, e incluso es necesario, es que, al intervenir penalmente, se le ofrezca al delincuente, en la medida en que sea posible, el servicio o tratamiento que pueda precisar. Quizá de este modo puedan lograrse ciertos resultados rehabilitadores, en especial si, de

acuerdo con el delincuente, se establecen diversas formas de ayuda social”²²⁷.

En España, un ejemplo claro son las ponencias defendidas en las jornadas llevadas a cabo en la Escuela de Estudios Penitenciarios en diciembre de 1.984 bajo la denominación “*Tratamiento Penitenciario; su práctica*”. Con este título y en pleno debate sobre lo qué es o no es tratamiento, el entonces director General de Instituciones Penitenciarias, MARTÍNEZ ZATO, miembro del Ministerio Fiscal, afirmó:

“Yo creo que el tratamiento es todo en el interior de un establecimiento penitenciario; naturalmente, hay unos especialistas, psicólogos, criminólogos, pedagogos, etc.: sobre los que recae gran parte de la responsabilidad del tratamiento, pero creo también que no en exclusiva y si a través de la imposición de la pena y el paso por un establecimientos penitenciario se persigue la reinserción social de una persona, todas las personas que están íntimamente relacionadas con el tratamiento penitenciario, es decir, todos lo funcionarios, desde los que ejercen funciones de vigilancia, los educadores, maestros, médicos, en general todos tienen que jugar un papel y desempeñar una función, porque todo es tratamiento, incluso lo que es la arquitectura penitenciaria, ese aspecto tan poco investigado y trascendental a partir del cual se crea un marco físico donde tienen que vivir y convivir estas personas u organizarse unas funciones”²²⁸.

Para valorar el alcance de la afirmación, es conveniente señalar que estas palabras del máximo responsable administrativo de la Institución se pronunciaron en un Congreso científico al que asistieron profesionales de la misma y al que contribuyeron con sus ponencias y aportaciones 47 expertos en la materia procedentes del ámbito de las ciencias de la conducta:

²²⁷ CERESO MIR, J. “*Introducción a un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Tomo 31. Fasc. 1. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.979. Págs. 195-196.

²²⁸ SANCHA MATA, V y MIGUEL TOBAL, J.J. “*Tratamiento Penitenciario; su Práctica. Primeras Jornadas de Tratamiento Penitenciario*”. VV.AA. Centro de Publicaciones. Escuela de Estudios Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.985. Pág. 25.

psicología, psiquiatría, sociología e, incluso, un capellán del Centro de Valladolid, pero ningún jurista.

Buena prueba de la visión unidireccional del momento, corregida desde un punto teórico por el Director General es que en la obra que recopiló todas las ponencias presentadas no contiene ningún análisis jurídico. Conforme se señala en su introducción la publicación se postula como instrumento de trabajo y *“reflejo real de la situación del Tratamiento Penitenciario en nuestro país.”*

En este contexto, por su valor intrínseco y por lo novedoso del planteamiento desde el sector de la psicología del que surge procede destacar la visión amplia y posibilista que ofreció Vicente GARRIDO GENOVÉS. Señala que los programas de tratamiento no son ineficaces en las Instituciones penitenciarias *“solo implican que en modo alguno pueden ser total y generalmente eficaces”*.

El modelo de rehabilitación que está siendo sometido a duras críticas por parte de la doctrina, *“presenta tres lagunas importantes: a) se fundamenta en la problemática individual del sujeto, desconociendo el contexto en donde se ubica el nudo relacional de su delincuencia; frente a la personalidad criminal oponemos la carrera delictiva; b) toma un enfoque clínico, extrapolando el modelo médico; frente a lo que se debe contraponer un enfoque psico-educativo, fuera de la psicopatología; c) ejerce una acción a nivel sólo de prevención terciaria; cuando la actividad delictiva está sólidamente implantada. En función de esto, proponemos que el tratamiento de los delincuentes en prisión sólo sea un primer paso dentro de esquemas comunitarios”*²²⁹.

Ante ello, formula una propuesta realista:

“Es difícil abogar por una prisión “ideal”, ya que en ésta las condiciones para la reforma del recluso deberían ser máximas, y esto no es posible. No lo es porque el tratamiento en la institución responde al planteamiento

²²⁹ GARRIDO GENOVÉS, V. *“Impacto de la Prisión en Funcionarios y Reclusos: Una Perspectiva Integrada”*. VV.AA.: Tratamiento Penitenciario: su práctica. Primeras Jornadas de Tratamiento Penitenciario. Centro de Publicaciones. Escuela de Estudios Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.985. Págs. 187-188.

rehabilitatorio sensu strictu, cuya validez se ha puesto en duda muy seriamente. El mejor beneficio a extraer de las instituciones penitenciarias descansa en su capacidad de erigirse como plataforma para los programas comunitarios.

Ello, por supuesto, guarda poca relación con el actual “tercer grado” o con la libertad condicional. Aun siendo conquistas importantes, falta la infraestructura y el sistema teórico-tecnológico que lo haga viable”²³⁰.

Para este autor, este sistema, o mejor, esta perspectiva integrada, debería basarse en los siguientes puntos:

- 1.- Análisis del clima social de la institución.
- 2.- La mejor clasificación de los internos basada en la conexión con el clima social de la institución en función de las metas a alcanzar, superando así viejos esquemas.
- 3.- En aquellos centros reservados a sujetos peligrosos, se potenciaría un clima de control.
- 4.- Para la gran mayoría de delincuentes debería crearse un ambiente posibilitador de ayuda y atención a sus necesidades, incardinadas con una forma de actuar congruente con las normas y leyes de la sociedad. Es aquí donde se introduce el tratamiento, no en el sentido y estilo clínico, sino en el enfoque psico-educativo, a saber, enmarcando la acción rehabilitadora en la provisión al delincuente de aquellas habilidades necesarias para una vida en la comunidad de forma autónoma, libre de reforzadores pro-delictivos.
- 5.- Finalmente y construido así el clima organizacional, se conseguiría unir la acción institucional con programas comunitarios que no serían una

²³⁰ GARRIDO GENOVÉS, V. *“Impacto de la Prisión en Funcionarios y Reclusos: Una Perspectiva Integrada”* VV.AA.: Tratamiento Penitenciario: su práctica. Primeras Jornadas de Tratamiento Penitenciario. Centro de Publicaciones. Escuela de Estudios Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.985. Pág. 196.

continuación de la experiencia de custodia sino una prolongación en libertad del modelo psico-educativo implantado²³¹.

GARRIDO GENOVÉS propugnaba la construcción de un modelo de reintegración en el que la Institución tuviera un esencial papel de inicio de la acción educativa a través de programas compensatorios adaptados a las necesidades culturales de los sujetos, programas ocupacionales y otros que propicien el desarrollo de habilidades sociales ubicados en el contexto propio de la actividad diaria del delincuente, ayudándole a integrarse en las redes de interacción y apoyo social. Estamos ante una interpretación novedosa y superadora de los planteamientos iniciales que surge de un profesional de la psicología decididamente implicado en los aspectos de carácter práctico y no desde el mundo del derecho.

Una segunda cuestión destacable en su planteamiento lo constituye la redefinición de la actuación de los funcionarios penitenciarios. Señala que la conquista de una mejora por parte de los internos no significa una pérdida en los profesionales. Esto solo se da en un clima social alienante, donde todo lo que escapa al control es visto como una amenaza. Los elementos de esta nueva función del empleado de custodia son resumidos en una actividad que enfatizara la complejidad del trabajo correccional, la modificación de conducta humana en general y una perspectiva más humanista que punitiva. En consecuencia, reivindican y refuerzan su tarea de ayuda al interno contando con la proximidad que mantienen con los sujetos y que les permite identificar sus problemas interpersonales y elaborar redes de ayuda informales. Fruto de esta reflexión indica:

“Si estas tareas fueran oficialmente incorporadas en el trabajo correccional, y sistemáticamente evaluadas y reforzadas, el ambiente de la institución sería más positivo para los internos y más gratificante para los

²³¹ GARRIDO GENOVÉS, V. *“Impacto de la Prisión en Funcionarios y Reclusos: Una Perspectiva Integrada”*. VV.AA.: Tratamiento Penitenciario: su práctica. Primeras Jornadas de Tratamiento Penitenciario. Centro de Publicaciones. Escuela de Estudios Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.985. Págs. 196-197.

funcionarios. Con un clima social así, la prisionización de los primeros y la alineación de los segundos dejarían de ser problemas insalvables”²³².

Estamos ante un planteamiento de intervención enriquecido con nuevas aportaciones en las que cada una de las personas intervinientes añaden valor en orden a conseguir la finalidad última: el retorno al medio libre sin reincidir en el delito. Esta perspectiva atenúa las disquisiciones, en ocasiones obsesivas, que sobre algunas cuestiones se suscitaron (el tratamiento o la intervención con preventivos, la aplicación del tratamiento en supuestos de penas de corta duración, la finalización de programas terapéuticos con carácter previo a la excarcelación, la voluntariedad del tratamiento y el estatus jurídico de quien lo rechaza) y enriquece la labor de los numerosos profesionales altamente formados y cualificados procedentes de todos los ámbitos que existen en nuestras cárceles.

La defensa tradicional de todas estas cuestiones es mantenida por ALARCÓN BRAVO, quien aborda en las Jornadas de Tratamiento celebradas en 1.985 en la Universidad Complutense de Madrid los principales problemas debatidos por la doctrina y realiza un pronunciamiento claro en defensa de la interpretación inicial de la noción de tratamiento que tuvo su repercusión directa en aspectos concretos de la estancia en prisión de un buen número de reclusos preventivos, de condenados a penas de prisión de corta duración o en aquellos que no participaron voluntariamente en los escasos programas terapéuticos ofrecidos por la Administración o, lo que fue más frecuente, deseando su participación, estos no existieron.

ALARCÓN BRAVO²³³ reconoce las discrepancias frecuentes entre juristas y psicólogos en la interpretación de conceptos o expresiones incluidos en la Ley y el Reglamento, que en ocasiones admite alcanza el grado de “*incomprensión total*”. Propone la matización por vía

²³² GARRIDO GENOVÉS, V. “*Impacto de la Prisión en Funcionarios y Reclusos: Una Perspectiva Integrada*”. VV.AA.: Tratamiento Penitenciario: su práctica. Primeras Jornadas de Tratamiento Penitenciario. Centro de Publicaciones. Escuela de Estudios Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.985. Pág. 198.

²³³ ALARCÓN BRAVO, J. “*El Tratamiento en Instituciones Penitenciarias*”. Tratamiento Penitenciario: su práctica. Primeras Jornadas de Tratamiento Penitenciario. Escuela de Estudios Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.985. Págs. 207 a 218.

reglamentaria de la regulación referente a los penados que no acepten el tratamiento, salvando así sobre el caso concreto la diferencia conceptual.

También analiza la posibilidad de utilizar algún refuerzo positivo para motivar la participación en el tratamiento, lo que constituía uno de los aspectos básicos del sistema progresivo que conjugaba la consecución de mejoras en las condiciones de vida y la adquisición de nuevos derechos con el paso del tiempo, concretamente por los previstos en los artículos 256 y 257 del Reglamento de 1.981, apostando por esta posibilidad y criticando la postura de destacados juristas contrarios a la admisión de sistemas que busquen la estimulación en la participación, expresamente a MAPELLI CAFFARENA, a quien tacha de radical en esta materia al llegar al “*súmmum de escrupulosidad, sensibilidad y meticulosidad*”.

Estos planteamientos reflejan la oposición entre expertos en Derecho y especialistas en las ciencias de modificación de la conducta y han condicionado su aplicación material. Lejos de considerar esta situación como estéril o negativa, podemos entender que el debate suscitado en la Ciencia penitenciaria española posee una perspectiva enriquecedora y de profundo análisis de lo actuado, concluyéndose en la necesidad de trasladar al plano jurídico los resultados alcanzados en los aspectos psicológicos. Desde el inicio quedó planteado con nitidez un aspecto a resolver en el futuro: la no siempre clara coordinación entre los aspectos señalados, el jurídico y el conductual, sobre el que la evolución penitenciaria se ha ido decantando con su aplicación.

La oportunidad de actualizar los conceptos y canalizar la situación existente surge con la redacción del Reglamento de 1.996 que entra en vigor en la misma fecha que el deseado Código Penal de la democracia. En él se reformula la noción tratamental en el primer capítulo del Título V (Art. 110) al señalar:

“Para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, la administración penitenciaria:

a) *Diseñará programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales o compensar sus carencias.*

b) *Utilizará los programas y las técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo anterior.*

c) *Potenciará y facilitará los contactos del interno con el exterior contando, siempre que sea posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción”²³⁴.*

Es muy relevante la redacción dada a este Capítulo por el Ejecutivo, debiéndose destacar de forma especial el mandato establecido para que la Administración desarrolle modelos de gestión que “*incentiven la participación de todos los empleados públicos en los programas de tratamiento eficaces*” (por lo que dejarían de estar en manos exclusivas de los técnicos de la Institución), al igual que “*la de facilitar la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas*” al objeto de involucrar a la sociedad en su conjunto en la reinserción social de los reclusos lo que conlleva la asunción de la delincuencia como un fenómeno social y no una cuestión exclusiva de orden público o seguridad ciudadana.

El artículo 112 mantiene la voluntariedad del tratamiento previa información de su contenido sin que su rechazo pueda tener efectos desfavorables, al igual que la previsión de que la participación del interno en su planificación y ejecución será estimulada. En los supuestos de negativa o no colaboración en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, la clasificación inicial y revisiones posteriores se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes del personal penitenciario relacionado con el interno así como los datos documentales existentes.

²³⁴ Se introducen en el apartado a) nuevas finalidades a través de medios formativos sin que tengan un componente terapéutico “esticto sensu” rompiendo así la interpretación anterior. El apartado b) recoge la interpretación introducida en la Reforma de 1.968 y mantenida mayoritariamente por la doctrina.

Una vez entran en vigor el Código Penal de 1.995 y el nuevo Reglamento Penitenciario las críticas anteriores se asumen y reconducen. En la medida en que el Libro Primero del texto punitivo introduce novedosas medidas tendentes a la suspensión y sustitución de penas cortas privativas de libertad, la disquisición sobre la aplicabilidad y virtualidad del tratamiento sobre ellas desaparece.

Con la nueva redacción del Reglamento se ha superado el concepto clínico del tratamiento sustituyéndose por el más posibilista de “*intervención*”. Se trata, desde esta perspectiva, no de “*modificar*” al interno sino de suplir las carencias de todo orden – culturales, afectivas, formativas, etc- que pueda padecer mediante programas educativos, laborales, contactos con el exterior y técnicas psicosociales.

Los planteamientos programáticos aportados una década antes por GARRIDO GENOVÉS tienen una indudable cabida en esta consideración dotando por fin a la Institución penitenciaria de una nueva función más realista y realizable en línea con los modernos postulados de la Criminología imperantes en la actualidad. Así lo manifiesta GONZÁLEZ COLLANTES al señalar:

“... a pesar...de que son muchos los autores que todavía hoy prefieren el concepto clínico o restringido que se desprende de aquélla, (L.O.G.P.) nosotros preferimos el otro concepto amplio del mismo recogido en el Reglamento Penitenciario de 1.996, el cual cuenta con cada vez más apoyos entre la doctrina y casa mejor con el concepto de la resocialización del que partimos. En realidad en la Constitución española no se habla de resocialización, que es un término acuñado por la sociología, sino que el legislador español ha preferido sustituirlo por los de reeducación y reinserción social, y según nuestro entender reeducar consistiría en conseguir que la persona que ha delinquido se comprometa a operar elecciones de conducta responsables y respetuosas con la legalidad penal, al respeto externo por ésta, mientras que reinsertar exigiría al Estado y a la sociedad en su conjunto ofrecer ayuda y medios a quien ha cometido un delito para que pueda convivir con el resto de personas en el marco de

*derechos y libertades constitucionalmente a todos reconocidos, alcanzar una autonomía real y reincorporarse en la comunidad libre en condiciones de participación plena en la vida política, económica, cultural y social*²³⁵.

En esta evolución debemos considerar la incidencia que tuvieron las Reglas Penitenciarias Europeas aprobadas en 1.987 mediante Recomendación R (87) del Comité de Ministros, que supusieron la consolidación de las nuevas tendencias en materia penitenciaria en los países de nuestro entorno cultural y jurídico. La ausencia de eficacia obligatoria directa en Derecho internacional no debe soslayar el elevado valor moral y deontológico respecto de las orientaciones de los sistemas penitenciarios de los Estados miembros del Consejo de Europa, pudiendo ser invocadas por los interesados en defensa de sus intereses. Tampoco debemos olvidar lo establecido por el artículo 96 en relación con el Art. 10.2 de la Constitución en cuanto a los criterios de interpretación de las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales²³⁶.

En la Exposición de motivos de este texto europeo se concibió el tratamiento en el sentido más amplio, incluyendo en él

“Cualesquiera medidas tomadas para conservar o recuperar la salud física y mental de los internos, facilitar su inserción social y mejorar las condiciones general de su reclusión...Las condiciones para el éxito del tratamiento radican en la voluntad de los propios internos, en el grado de cooperación entre la prisión y la sociedad exterior, en el modo de inculcar a los reclusos actitudes y competencias que les permitan llevar una vida normal en el exterior, en la participación de los internos en la vida familiar y comunitaria, y en la integración o asociación de los servicios exteriores a la gestión y régimen del establecimiento. Con ello la norma sitúa el logro de los objetivos establecidos en la persona del recluso en la Institución penitenciaria que transitoriamente interviene y en la sociedad a la que retornará”.

²³⁵ GONZÁLEZ COLLANTES, T. “La convivencia de dos conceptos del tratamiento resocializador en el ordenamiento penitenciario español”. Revista General de Derecho Penal Nº 22. Ed. Iustel. Madrid, 2.014. Pág. 40.

²³⁶ BUENO ARÚS, F. “Las Reglas Penitenciarias Europeas (1.987)”. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 238. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.987.

El texto internacional amplió y superó los planteamientos estrictos del concepto tratamental español, situándose desde una perspectiva finalista en cuanto a su contenido e introduciendo una visión más modesta y posibilista en su objetivo. Según las normas aprobadas, tratamiento es cualquier medida que procura conservar la salud física o mental del recluso, es decir, comprende la pretensión básica de que se contrarresten las consecuencias dañinas de la privación de libertad (*principio de nil nocere*) que garantiza la dignidad del recluso como exige la propia Constitución, concepción que entendemos inasumible para la doctrina nacional dominante en aquel momento. Con ello se da cumplimiento a lo señalado varios lustros antes por MUÑOZ CONDE:

“Mientras tanto, habrá que seguir luchando por mejorar y humanizar el sistema penitenciario, no porque así se vaya a conseguir la anhelada resocialización (ello no creo que sea posible sin un cambio estructural profundo de la sociedad), sino porque el delincuente que entra en una cárcel tiene por lo menos derecho a una cosa: a que, cuando salga un día, liberado, tras haber cumplido su condena, no salga peor de lo que entró, y en peores condiciones para llevar una vida en libertad. Y esto que puede parecer tan poco a muchos entusiastas de las ideas resocializadoras y del tratamiento, sería, sin embargo, en los actuales momentos de la vida penitenciaria española un paso muy importante”²³⁷.

Interpretando la normativa internacional y consciente de las dificultades por las que atravesaba la filosofía del tratamiento, BUENO ARÚS consideró que las nuevas Reglas atribuyen simultáneamente dos finalidades:

“Ofrecer a los internos la posibilidad de incrementar sus posibilidades de reinserción en la sociedad después de su liberación y de reducir al mínimo los efectos perjudiciales de la reclusión y las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad” (Regla 65), “toda vez que la prisión o privación de libertad constituye una pena en sí misma y el régimen

²³⁷ MUÑOZ CONDE, F. *“La cárcel como problema: análisis y crítica de una realidad”*. I Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. Sevilla, 1.983. Pág. 104.

penitenciario no debe agravar el sufrimiento que aquella causa, sin razón que lo justifique” (Regla 64)²³⁸.

Las Reglas insisten en considerar el trabajo como aspecto básico en la recuperación de las personas para la sociedad. Se establece que constituye:

“El elemento más destacado de los regímenes de formación de los internos en general, y requiere que sea organizado en las condiciones más similares que sea posible a las existentes en el exterior”.

De forma novedosa se refiere y resalta la importancia de la educación física, el ejercicio, los deportes y las actividades recreativas incluyendo estos aspectos en la noción de tratamiento y se incorpora la garantía de disfrutar, al menos, una hora de paseo diario en el marco del sistema de tratamiento y formación.

El texto prevé con criterio cronológico la actuación interior y la excarcelación, aludiendo a la necesidad de dictar instrucciones o cursos especiales para preparar la vuelta a la sociedad, a la libertad condicional bajo control y la asistencia social post-penitenciaria a cargo de servicios sociales y organismos creados ad hoc con la cooperación de funcionarios penitenciarios y voluntarios colaboradores. Se diseña así una transición de la reclusión a la completa libertad de forma pautada, preparada, programada y progresiva, con la participación activa de órganos específicos de la Administración y de la sociedad civil.

El Consejo de Europa consolida un modelo ya previsto en varios ordenamientos, no desarrollado en la legislación española, que excluye conceptualmente estas consideraciones de la noción de tratamiento. En 1.987, frente a los cuestionamientos teóricos existentes, se produjo una reafirmación de la finalidad resocializadora de la pena superando los planteamientos restrictivos, siendo procurada desde todos los aspectos del sistema y del régimen penitenciario. No se cuestiona el tratamiento, se amplía su concepción. Con señala BUENO ARÚS:

²³⁸ BUENO ARÚS, F “*Las Reglas Penitenciarias Europeas (1.987)*”. Revista de Estudios Penitenciarios N° 238. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.987. Pág. 15

*“La filosofía del tratamiento no ha sido vencida, si bien está pendiente de que se la entienda correctamente y, por supuesto, de que se la ponga en práctica”.*²³⁹

La influencia de estos posicionamientos y la realidad penitenciaria en la década de los años ochenta del siglo pasado (caracterizada por la multiplicación del número de internos)²⁴⁰, hizo que esta división radical y estricta del tratamiento fuera reinterpretada por el Reglamento posterior. Esta superación de la visión estricta en que lo restringido o clínico también tiene su cabida constituye una de las principales aportaciones del penitenciarismo español actual en desarrollo de la Ley Orgánica, que no corrige ni niega, sino que la actualiza, complementa, enriquece e integra en su aplicación posibilitando la realización de un conjunto ilimitado de actuaciones tendentes a evitar que la privación de libertad sea una medida esencialmente destructiva o, en el peor de los casos, aminorar sus efectos.

Puesto que la persona tienen una dimensión biológica, psicológica y social, es desde estos tres ámbitos desde donde procede planificarse la intervención. Si el comportamiento de los delincuentes no es entendible solamente o en todos los casos en términos psicopatológicos; si la delincuencia es, en esencia un fenómeno social, la intervención de la psicología clínica debe ser completada con otras actuaciones multidisciplinares por parte de profesionales cualificados del medio o de otros ámbitos colaboradores.

Evitar o paliar el deterioro personal en sus distintas dimensiones, afrontar carencias formativas previas, contribuir al desarrollo personal u ocupar de manera útil y provechosa el tiempo de internamiento evitando la ociosidad son fines resocializadores que debe cumplir la Institución penitenciaria y que se hallan también englobados en el concepto analizado.

Las principales modificaciones en la redacción de esta materia que ofrece el nuevo Reglamento son:

²³⁹ BUENO ARÚS, F. *“Las Reglas Penitenciarias Europeas (1.987)”*. Revista de Estudios Penitenciarios N° 238. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.987. Pág. 16

1.- Bajo el título de “*participación del interno en el tratamiento*”, el artículo 112.3, suprime la referencia al “*método de tratamiento*” (que sí emplea la Ley en los artículos 60.2 y 66.2 y en el 238.2 del Reglamento anterior) admitiendo, por tanto, el rechazo referido a las técnicas de estudio de su personalidad exclusivamente.

2.- El artículo 5, que define los deberes de los internos, establece en su apartado 2 g) el de “*participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad.*”

Esta obligación (sin sanción en caso de incumplimiento) carece de precedente en el Reglamento que desarrolló la Ley, no habiendo sido objeto de debate doctrinal tras su inclusión. Podemos interpretar que se ha asumido sin mayor polémica la orientación intervencionista actual frente a la clínica o patológica anterior.

3.- El nuevo desarrollo normativo que recoge la obligación de diseñar el programa individualizado de tratamiento (Art. 20 R.P.), el principio de coordinación (que no de subordinación) del régimen y el tratamiento (Art. 73), la consideración de actividad básica en la vida del Centro que se da al trabajo y a la formación (Art. 76), su contemplación en el horario de todas las actividades (Art. 77) y, sobre todo, los requisitos para acceder a la libertad condicional anticipada (desarrollo continuado de “*actividades, culturales u ocupacionales...*”) (Art. 205) y al indulto particular (“*participación en las actividades de reeducación y reinserción social*”) (Art. 206), matizan intensamente, como opina RACIONERO CARMONA, el carácter estrictamente voluntario del tratamiento²⁴¹.

A través de la intervención multilateral se adquieren, dentro del establecimiento y en los contactos con el exterior, mayores habilidades personales y sociales que deben posibilitar el acercamiento a los fines de la pena establecidos en el Art. 25.2 de la Constitución, lo que implica también

²⁴¹ RACIONERO CARMONA, F. *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad. Una perspectiva judicial*. Dykinson, 1.999. Madrid. Pág. 246.

la mitigación del deterioro personal y social inherente a la privación de libertad.

De forma similar a las clasificaciones realizadas quince años antes por la doctrina mayoritaria ya analizadas, con el nuevo Reglamento se consideró que las ofertas de intervención con las que la Institución puede involucrar a los privados de libertad en este proceso de mejora personal son muy amplias, dependiendo su extensión tanto de las iniciativas de sus profesionales integrados en sus equipos de trabajo y órganos colegiados como de personas y entidades externas colaboradoras.

Coincidiendo con el criterio establecido por RACIONERO CARMONA y con el mismo propósito recopilatorio de los primeros estudiosos de la Ley, podemos establecer la siguiente clasificación de los ámbitos de actuación:

a) Según el Área de intervención

- Educativa: cuyas prioridades son proporcionar una formación cultural básica, desarrollar las aptitudes de los internos y compensar sus carencias (neolectores, analfabetos, graduado y certificado escolar, idiomas, enseñanza media, secundaria y superior)²⁴².

Desde esta perspectiva puede entenderse que quedan restablecidos los vínculos aristotélicos, sofistas y socráticos entre educación y socialización que pudo aparecer difuminado por la concepción estricta del tratamiento penitenciario.

El modelo de educación de adultos debe abarcar la alfabetización de españoles y extranjeros (en numerosas ocasiones también analfabetos en su propio idioma), la enseñanza básica inicial y secundaria obligatoria, el bachillerato, las enseñanzas superiores y la formación profesional. Además se deben ampliar las ofertas formativas de carácter no reglado, es decir, que no conducen a titulación alguna pero que tienen un gran interés para este sector de la sociedad.

Es importante considerar que en 1.996, con el desarrollo del Estado autonómico diseñado por la Constitución, ya se había producido la

²⁴² RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. “Prisión y Derecho a la Educación”. UNED. Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica Nº 1. Madrid, 2.006. ISSN 1886-6328.

transferencia de las competencias educativas a todas las Comunidades Autónomas (excepto las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla) a través de las previsiones contenidas en los Estatutos de autonomía y materializados en los Decretos de transferencia de competencias, lo que conllevó, entre otras consecuencias, la integración del Cuerpo de Profesores de Educación General Básica de Instituciones Penitenciarias en el Cuerpo de Maestros, conforme dispuso el Real Decreto 1.203/1.999, de 9 de julio, y su incorporación en las relaciones de puestos de trabajo de las Administraciones autonómicas.

- Cultural: Cuyo objetivo es el desarrollo de la creatividad de los internos, complementar otras áreas, crear hábitos participativos y fomentar actividades normalizadoras. También tiene una pretensión general: mantener ocupados a los internos el mayor tiempo posible evitando su ociosidad y dotando de potencialidad terapéutica a estas acciones. En este apartado estarían incluidas las actividades de creación cultural, algunas de ellas entendibles como laborterapia (cerámica, dibujo, madera, cuero, teatro, música, fotografía, pintura, maquetismo, manualidades...) y de difusión cultural (conferencias, proyecciones de cine, representaciones de teatro...).

- Deportiva: Resulta indudable la conveniencia de la práctica deportiva en los ciudadanos. Sin duda, los conceptos de respeto al rival, sacrificio, esfuerzo, compañerismo, planificación, superación o juego limpio son inherentes al deporte, además de la mejora física y mental de quien lo practica. Su fomento y difusión constituye un elemento educativo o reeducativo de primer orden intramuros de los centros penitenciarios.

- Formación profesional: La ausencia de cualificación profesional adecuada e incluso de hábitos laborales sólidos caracterizan de forma importante a la población penitenciaria española. La superación de estas carencias, la capacitación técnica y la adquisición de los recursos para la inserción laboral constituye, sin duda, una práctica esencial tendente a salvar las carencias que en esta faceta presenta un porcentaje importante de internos.

- Trabajo productivo: Si la Administración fuera capaz de posibilitar el acceso a un trabajo remunerado a todos los condenados a pena de prisión, conforme ordena la Constitución, con los consiguientes beneficios de la

Seguridad Social, se estaría aportando una relativa estabilidad económica no solo para los reclusos sino también para sus familias (que sufren consecuencias económicas desfavorables al perder en numerosas ocasiones a la persona que aporta los recursos e ingresos y deben afrontar una serie de gastos económicos que acaban trascendiendo y repercutiendo en la unidad familiar), además de crear, mantener o ampliar hábitos laborales, adquirir conocimientos en las diversas materias y posibilitar el resarcimiento de la responsabilidad civil derivada de la comisión del hecho delictivo.

Este trabajo, gestionado por el Organismo Autónomo, incorpora diversos puestos auxiliares para la realización de trabajos propios, determinantes para su funcionamiento, mantenimiento o prestación de los servicios básicos (panadería, cocina, economato, mantenimiento...) de los establecimientos.

b) Programas específicos de intervención

Además de las áreas de intervención existen diversos programas específicos de tratamiento que remiten, con mayor claridad, al concepto tratamiento en sentido estricto defendido en el momento de elaboración de la Ley. Se caracterizan por la posibilidad de desarrollarse fuera o dentro de los establecimientos y se aprovechan, dentro de lo posible, de los recursos de la comunidad. Estos programas conviven con un planteamiento general aplicable a todos los reclusos como forma de ocupación del tiempo de internamiento de manera productiva, asumiendo los valores inherentes a cada actividad.

Estos programas específicos se clasifican en:

1) Salidas programadas, previstas y reguladas en el artículo 114 del Reglamento. Se organizan con amplitud de contenidos y objetivos y pueden participar en las mismas los internos que ofrezcan garantías de hacer buen uso de ellas y reúnan los requisitos para disfrutar permisos de salida. La propuesta de estas salidas corresponde a las Juntas de Tratamiento y su aprobación al Juez de Vigilancia Penitenciaria (internos clasificados en segundo grado) o a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (internos clasificados en tercer grado). Con carácter general, la duración de las salidas programadas no excederá de dos días.

Si bien el requisito normativo para su autorización es el mismo que para el disfrute de permisos de salida, la práctica ha decantado la no autorización para la participación en las salidas de internos que no hubieran disfrutado previamente de algún permiso penitenciario. Ello deriva de la conveniencia de que la primera excarcelación temporal de los internos (bien por disfrute de permiso o por participación en salida programada) cuente con autorización judicial, evitándose así la posibilidad de que la Administración autorice la participación en una salida y la autoridad judicial no autorice su salida de permiso.

2) Tratamiento de las drogodependencias. Para afrontar este problema capital de la Institución, el artículo 115 del Reglamento prevé la constitución, en el interior de los centros penitenciarios de grupos en comunidad terapéutica, al margen del régimen general (asumiendo las Juntas de Tratamiento las funciones del Consejo de Dirección, excepto las relativas a la gestión económica). Como señala TÉLLEZ AGUILERA:

“La cárcel no es un lugar idóneo para rehabilitar a un drogodependiente: la pérdida de libertad genera en los internos unas actitudes negativas, reforzadas por la masificación carcelaria”²⁴³.

Sin embargo se ha considerado el abordaje de esta dependencia como una necesidad ineludible en cualquier momento, por lo que

“Las actividades terapéuticas y otras formas de intervención con drogodependientes en prisión no sólo son viables sino que, además, pueden verse favorecidas por el hecho de que el ingreso en prisión, al menos para algunos internos, puede suponer un momento de crisis personal, de reflexión ante la abstinencia obligada y las consecuencias de su abuso de drogas. No es infrecuente oír a exalcohólicos, que participan en programas de los medios de comunicación, la expresión “toqué fondo en la cárcel y comencé el largo camino de superación de la bebida”. En definitiva, la prisión, sin que la justifiquemos por la rehabilitación, ofrece una oportunidad, para muchos la primera, de iniciar el largo proceso de

²⁴³ TÉLLEZ AGUILERA, A. “El toxicómano y su rehabilitación en prisión”. Revista de Estudios Penitenciarios N° 246. Ministerio del Interior. Madrid, 1.995. Págs. 28 y ss.

tratamiento de la drogodependencia, que exige el paso por diversas fases y en el que sujeto está expuesto a frecuentes retrocesos”²⁴⁴.

La droga intramuros de las prisiones afecta al régimen y al tratamiento, entendiéndose este en sentido amplio o estricto. El control de la distribución de las sustancias prohibidas en los establecimientos determina la existencia de la subcultura carcelaria y produce efectos devastadores en los sujetos más débiles, influenciables o necesitados, generando situaciones de violencia, servidumbre, apatía y desmotivación. Tampoco podemos olvidar el perfil del recluso español en los centros que responde en su mayoría las siguientes características: joven (entre los 20 y 34 años), nivel de estudios bajos (la mayoría no ha finalizado los estudios obligatorios) y sin cualificación ni experiencia laboral. La mayor parte ingresó en prisión antes de cumplir 20 años y muchos son reincidentes. Un porcentaje elevado son polítoxicómanos usando la vía parenteral en algún momento y habiendo comenzado el consumo de heroína, como droga principal, antes de los 16 años. Tiene una autoimagen negativa y un notable déficit en las relaciones interpersonales. La presencia de patologías asociadas al consumo, como la infección por V.I.H., hepatitis y tuberculosis, entre otras, condiciona las propuestas de intervención y su priorización.

Mención especial merece la Circular 5/1.995, de 15 de febrero, sobre política global de actuación en materia de drogas en II.PP., que no tuvo más que un reflejo parcial en las previsiones reglamentarias de 1.996 y que, por primera vez, supuso un abordaje completo de las toxicomanías en prisión. Este planteamiento pretendió intervenir en cada centro a través de los Grupos de Atención a Drogodependientes, siendo coordinados en su funcionamiento por los Coordinadores Autonómicos del Programa de Drogodependencias y por las Comisiones Antidroga Autonómicas, vertebrándose por diversos órganos centrales (Comisión Central de Drogodependencias, Coordinador Central del programa de Drogodependencias, Comisión Técnica Inter-áreas y Grupos de Trabajo).

²⁴⁴ GARCÍA GARCÍA, J. *Drogodependencias y Justicia Penal*. Ministerio de Justicia, Ministerio del Interior. Madrid, 1.999. Pág. 372-373.

De forma decidida se asume la responsabilidad de la Administración del Estado en esta materia e incorpora los postulados de organismos de ámbito internacional (Organización Mundial de la Salud, Consejo de Europa) y nacional (Plan Nacional sobre Drogas, Defensor del Pueblo, Juntas de Jueces de Vigilancia, Organizaciones No Gubernamentales).

Su gran valor fue intentar rentabilizar terapéuticamente la entrada en prisión del drogodependiente, posibilitar la continuidad del proceso rehabilitador en los toxicómanos que lo hubieran iniciado, estimular el inicio en la rehabilitación de aquellos sujetos que no hubieran tenido previamente contactos serios con dispositivos terapéuticos, dificultar en la medida de lo posible la hiper-marginación del drogodependiente privado de libertad, e impulsar, en aquellas personas en las que su condición jurídica, penitenciaria y personal lo permitieran, la derivación a dispositivos comunitarios para el cumplimiento de la condena.

Se definieron objetivos y se planificaron y organizaron los recursos, corresponsabilizando a instancias no penitenciarias (Administraciones autonómicas, locales y municipales y Organizaciones No Gubernamentales) al objeto de dotar de continuidad todas las actuaciones. Se establecieron estrategias para incidir sobre la oferta y especialmente sobre la demanda, introduciendo programas de reducción de los daños orientados a mejorar la calidad de vida del toxicómano en relación al consumo. Como ha resaltado TÉLLEZ AGUILERA, se trató

“de un ambicioso plan caracterizado, como su propio nombre indica (“Política global de actuación en materia de drogas en Instituciones Penitenciarias”), para afrontar la problemática del recluso drogodependiente desde una política global, donde la coparticipación institucional y la interconexión con los medios comunitarios se torna de importancia singular y el método multidisciplinar pretende dar respuesta a una realidad poliédrica”²⁴⁵.

Un avance cualitativo esencial en esta materia fue la implementación de programas con uso de agonistas (mantenimiento con metadona) en nuestras

²⁴⁵ TÉLLEZ AGUILERA, A. “*El Toxicómano y su Rehabilitación en Prisión: Un Estudio de Derecho Comparado*”. Revista de Estudios Penitenciarios N° 246. Ministerio de Justicia e Interior. Madrid, 1.995. Págs. 27-28.

prisiones. Desde la perspectiva de no interrumpir los tratamientos previamente instaurados por los servicios comunitarios con la pérdida de la libertad o para iniciarlos en sujetos toxicómanos que lo requirieran, se estableció esta medida no sin dudas y resistencias en su inicio.

El tiempo ha demostrado que el empleo de este sustitutivo opiáceo es muy eficaz como programa de reducción de daños, debiendo considerarse la incidencia de la infección por virus de la inmunodeficiencia humana en este sector de la población debido a la existencia de amplios grupos de usuarios de drogas por vía parenteral activos. Además, el impacto que para el control de la oferta ha tenido este programa es también importante al perjudicar gravemente los intereses económicos de los traficantes en prisión que vieron perder una parte importante del macabro negocio derivado de la absoluta sumisión de los drogadictos consecuencia de la adicción.

El Reglamento de 1.996 contempla la posibilidad de crear grupos separados del resto de internos decantándose a favor de esta medida cuestionada desde diversos sectores que atendían a la eventual estigmatización que pudiera conllevar. Con ello se amplía lo previsto en el de 1.981, tras modificación producida por Real Decreto 787/1.984, que introduciendo un último párrafo en el artículo 57.1 previó y permitió la atención en instituciones extra-penitenciarias adecuadas, públicas o privadas, de internos drogadictos clasificados en tercer grado de tratamiento.

Respecto a esta opción para ingresar en una institución extra-penitenciaria el artículo 182 de la norma vigente mantiene la posibilidad con las mismas condiciones pero en distinta ubicación sistemática (ahora se regula en el Título VII del Reglamento, dedicado a “*las formas especiales de ejecución*” y no en el “*Régimen de los establecimientos especiales*”), requiriendo que se especifiquen los programas de deshabitación y seguimiento del interno. Además se amplía con acierto la posibilidad de aplicarse “*a otras adicciones*”.

3) Programas de actuación especializada (Art. 116 R.P.), que se pueden realizar en el interior de los Centros, a lo que tienen acceso tanto reclusos penados como preventivos o en el exterior de los centros penitenciarios bajo la denominación de “*unidades extrapenitenciarias*”.

Destaca en la actualidad la generalización de estos programas previstos en el Reglamento, pudiéndose destacar:

1.- Tratamiento de internos relacionados con delitos contra la libertad sexual:

En los primeros años de este Siglo, siguiendo modelos desarrollados en los Estados Unidos y tras su aplicación experimental en las prisiones de Quatre Camins y Brians, ambas de Cataluña, comienzan a generalizarse en todos los centros programas elaborados por ETXEBURÚA ODRIÓZOLA, BENEYTO ARROJO y GARRIDO GENOVÉS que buscan ofrecer una alternativa terapéutica a este segmento de la población secularmente estigmatizado dentro de la subcultura carcelaria.

Se pretende la modificación de la respuesta sexual desviada, la educación sexual, el entrenamiento en habilidades sociales, la mejora de la autoestima, el control de la ira y un programa de instrucciones para utilizar constructivamente el tiempo libre.

Los delincuentes sexuales sistemáticos representan un elevado riesgo para la sociedad y presentan un pronóstico de reinserción no favorable, por lo que la necesidad de participación en estos tipos de tratamiento es manifiesta. La literatura señala que sus posibilidades de recuperación son casi nulas, especialmente si todavía son jóvenes cuando salgan de prisión y no ha habido un esfuerzo notable en materia de tratamiento.

La intervención programada busca el reconocimiento de las situaciones de riesgo que han conducido al sujeto a la comisión del delito (los autores tienden a ser optimistas acerca de sus propias habilidades para controlar su comportamiento y prevenir la reincidencia siendo, por tanto, malos predictores de su conducta), el aprendizaje del control de los propios impulsos, la concienciación de los daños producidos a las víctimas y la asunción de responsabilidad de sus actos y de las consecuencias que se derivan de ellos.

Nos hallamos ante tratamiento en sentido estricto, reservado a los especialistas cuya realización puede y debe ser completada con otro conjunto complejo de actuaciones en diversos ámbitos que doten a la

privación de libertad sufrida de verdadero contenido resocializador. Con ello se “normaliza” la estancia y el tratamiento de los delincuentes sexuales en prisión, aspecto que no incrementa la hostilidad del resto de reclusos hacia este grupo sino permite ampliar su relación social sintiéndose menos objeto de atención. Además se posibilita la eventual elaboración de pronósticos singularizados de alta probabilidad de reincidencia con criterios más sólidos, discriminándose a los delincuentes sexuales sistemáticos del resto.

2.- Tratamiento para autores de delitos de violencia de género

Desde el año 2.004 se han desarrollado programas de tratamiento destinados a internos que han cometido delitos de violencia de género y orienta la intervención desde una perspectiva clínica con metodología cognitivo-conductual. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2.004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y según establece su artículo 42²⁴⁶, la realización de estos programas específicos de intervención constituye una obligación para las Administraciones penitenciarias y, en consecuencia, un derecho subjetivo para los internos.

Además de los agresores que ingresan en prisión debemos considerar que el número de autores de estos delitos de violencia sobre la mujer que han visto sustituida la pena de prisión (conforme al artículo 88.1 párrafo 3º C.P.) o suspendida su ejecución condicionada a la participación en estos programas (según prevé el artículo 83.1.6ª C.P.) es muy elevada. La regulación inicial de la suspensión o sustitución se efectuó por Real Decreto 515/2.005, de 6 de mayo que fue derogado por el vigente Real Decreto 840/2.011, de 17 de junio. En estos supuestos, lo que en la legislación penitenciaria se configura de forma voluntaria para los penados a pena privativa de libertad se transforma en *condictio sine qua non* para

²⁴⁶ El artículo 42 de la L.O. 1/2.004, de 28 de diciembre ,dispone:

“1.- La Administración penitenciaria realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género.

2.- Las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos a que se refiere el apartado anterior.”

acordar la suspensión, encomendándose a los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de Instituciones Penitenciarias su seguimiento y control.

Debemos mencionar la progresiva implantación de programas de prevención de violencia de género en centros y módulos de mujeres reclusas. Nos hallamos ante una iniciativa novedosa, alejada del carácter tratamental previsto por la Ley Orgánica pero con un alto valor como intervención tendente a la resocialización y reinserción de las internas. Son programas orientados a las víctimas y no a los victimarios que colocan a la Institución penitenciaria en la vanguardia social en este ámbito y en referente de intervención de alto valor práctico.

3.- Autores de delitos contra la seguridad vial

Se han generalizado actuaciones en los centros penitenciarios que inciden sobre esta forma de delincuencia. Las modificaciones legales esta materia adoptadas dentro de la Estrategia Europea de Seguridad Vial 2.001/2.010, determinó la tipificación penal de comportamientos antes considerados meras infracciones administrativas o la sanción con penas privativas de libertad de delitos castigados con pena de multa²⁴⁷.

En la actualidad cerca de un tercio de las condenas que se imponen en España lo son por infracciones contra la seguridad vial. El número de personas condenadas en 2.012 ascendió a 221.063 y el número de delitos cometidos 275.130 (38,7% del total), lo que representa una tasa de 7,1 por cada mil habitantes. Los hombres acaparan el 89,1 % de las condenas, la

²⁴⁷ Especial relevancia tuvo la modificación del Código Penal operada por L.O. 15/2.007, de 30 de noviembre. El rigor impuesto elevó el número de reclusos condenados por esta causa lo que motivó la atenuación de algunas medidas en la L.O. 5/2.010, de 22 de junio. Se sigue reclamando una mayor flexibilidad en la respuesta penal para estas conductas como manifiesta el Fiscal Delegado de Seguridad Vial: *“El Fiscal Bartolomé Vargas, ha defendido este lunes una reforma del Código Penal que permita «eliminar los obstáculos» que impiden en la actualidad «ampliar el abanico» de penas alternativas a la prisión (como programas de desintoxicación para conductores con problemas de alcohol) a reincidentes por delitos contra la seguridad vial, lo que reduciría el número de personas en prisión por este tema.”* Vargas ha insistido en que estas condenas alternativas sólo se aplicarían a los conductores con alguna «patología» o «disfunción social» y no a los que «incumplen las reglas una y otra vez» sin ningún otro motivo. Tampoco se aplicarían a aquellos conductores condenados a prisión por «homicidio imprudente». Además, ha subrayado que, al estar condicionada la suspensión de la pena de prisión a cumplir la pena alternativa, en caso de no hacerlo, se decretaría el ingreso en prisión”. Diario ABC de 29 de septiembre de 2.012.

edad media del autor es de 35,8 años en hombres y 34,7 en mujeres y en un 74,2% el autor tiene nacionalidad española. De entre los autores extranjeros, el 36,3% procedían de países americanos. Por penas impuestas, el 25,9% fueron privativas de libertad, el 19,4% de multa y el 54,3% fueron privativas de otros derechos, principalmente inhabilitación especial para el empleo²⁴⁸.

Es preciso entender que la comisión de estos tipos de delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas puede revelar la existencia de diversas otras patologías adictivas, siendo la prisión el lugar de identificación de las mismas y su primera respuesta terapéutica. En consecuencia la prisión como lugar para la detección y el abordaje de estas frecuentes situaciones amplía su función social pudiendo realizar una aportación esencial para el incremento de la seguridad vial como bien jurídico en creciente revalorización. También existe un reto importante para la Institución en la medida en que la formación de conductores y usuarios de las vías públicas se ha convertido en las sociedades modernas en una de las actuaciones formativas y preventivas básicas para la inserción social.

4.- Tratamiento de enfermos mentales

La Institución ha desarrollado un Programa Marco para la atención integral de personas con algún tipo de enfermedad mental. Su finalidad es desarrollar una labor terapéutica y reinsertadora en esta población. Para los casos de personas con patologías psiquiátricas graves, la Administración cuenta también con dos establecimientos psiquiátricos para el cumplimiento de las medidas de seguridad a ellas impuestas por la autoridad judicial.

El protocolo de Atención Integral a enfermos mentales que desarrolla el Programa Marco²⁴⁹ pretende dar respuesta a las necesidades en materia de salud mental de la población interna. En el momento actual se ha diseñado un protocolo de actuación entre profesionales sanitarios especialistas en salud mental y profesionales de tratamiento y se aplica de manera

²⁴⁸ Según balance de condenas con sentencia firme del año 2.012 que el Instituto Nacional de Estadística ha hecho público el 10 de septiembre de 2.013.

²⁴⁹ Publicado en www.institucionpenitenciaria.es

progresiva en todos los establecimientos, incidiendo en la práctica de actividades terapéuticas y ocupacionales específicas.

La intervención se articula en tres líneas de actuación: la detección del caso y atención clínica al objeto de realizar o confirmar el diagnóstico, así como pautar el tratamiento médico; la realización de un programa de rehabilitación individualizado, que contempla participación en actividades comunes del centro o específicamente diseñadas para este tipo de internos y la incorporación social, con intensificación de actuaciones en el ámbito familiar y búsqueda de recursos externos apropiados.

Entre las actuaciones terapéuticas destacan, por su trascendencia rehabilitadora, las encaminadas a conseguir, en la medida de lo posible, la recuperación de las capacidades personales, el aumento de su autonomía personal, su calidad de vida y su adaptación al entorno, evitando así el deterioro psicosocial, y facilitando la adquisición y desarrollo por el enfermo de habilidades, recursos y aprendizajes que ayuden a su desenvolvimiento personal, familiar, social y laboral.

El equipo Multidisciplinar de Salud Mental que lleva a cabo el programa de Atención Integral a enfermos mentales cuenta con personal sanitario, psicólogo, educador, trabajador social así como asociaciones profesionales u ONGs, jurista, maestro, monitor deportivo y monitor ocupacional.

Conforme dispone el artículo 11 de la L.O.G.P., hoy existen en España dos hospitales psiquiátricos, en Sevilla y Alicante, destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad acordadas en procesos penales. En estos centros, la organización y funcionamiento se adapta y adecua para garantizar una atención e intervención especializada para las personas con patologías psiquiátricas.

En los casos de internos con patología psiquiátrica sobrevenida, el ingreso en estos Establecimientos se realiza si la autoridad judicial así lo decide, para que el interno o interna sea observado y se emita informe. Una vez emitido dicho informe, si la autoridad judicial no decidiese la libertad del

interno o interna, el Centro Directivo podrá disponer su traslado al Centro que le corresponda.

Con este esquema de actuación la prisión cobra una nueva dimensión superadora del concepto tradicional de almacén de seres humanos y emerge como Institución capaz de ofrecer a las personas a ella sometida una primera y ulteriores posibilidades de mejorar los aspectos en los que las carencias sean diagnosticadas. Desde un punto de vista incluso más conservador, se faculta la realización de actuaciones que preserven su salud física o mental frente a la agresión que constituye la limitación espacial y la separación del entorno natural de las personas. Lo psicológico queda completado por lo sociológico, lo patológico se redimensiona y cobra principal perspectiva lo ocupacional o formativo. La exclusividad de la intervención por profesionales penitenciarios se abre a la participación de colectivos sociales mucho más amplios. Incluso se materializa la posibilidad de participación de profesionales penitenciarios no especialistas en las materias constitutivas del Cuerpo Técnico como una forma de ampliar y enriquecer su práctica profesional.

Respecto a los preventivos, como hemos señalado, el vigente Reglamento supera la visión aséptica que desde el punto de vista tratamental se mantenía respecto a los internos en esta situación procesal y abre la posibilidad para su incorporación a actividades positivas o programas específicos que eviten o palien el deterioro que provoca la ociosidad o a programas específicos que permitan abordar desde el inicio o continuar los tratamientos para superar o paliar los problemas o patologías padecidas a través del modelo individualizado de intervención que configura el art. 20.2 del Reglamento. Secuencialmente, una vez penado por sentencia firme, este modelo individualizado de intervención será sustituido por el programa individualizado de tratamiento que continuará o acomodará la actuación a las carencias y necesidades detectadas en el interno.

1.7.- Aspectos prácticos de la clasificación conforme al Reglamento vigente

La clasificación de los penados siempre ha sido una facultad o competencia de la Dirección General previa propuesta formulada por las Juntas de Tratamiento de los Centros y excepcionalmente por la Central de Observación. Junto a la clasificación se decide el destino de los reclusos en los distintos Establecimientos, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia por vía de recurso. Por lo tanto, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria carecen de competencias en cuanto al destino de los internos según estableció la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo como analizaremos posteriormente.

Tras el ingreso de los penados y el pase a esta situación de los preventivos, deberán ser clasificados²⁵⁰. Los grados son nominados correlativamente de manera que el primero se corresponde con un régimen en el que las medidas de control y seguridad son más estrictas, sin posibilidad de disfrutar permisos ordinarios de salida mientras se mantenga la clasificación, el segundo con el régimen ordinario y el tercer con el régimen abierto, abriéndose en estos dos supuestos la posibilidad de disfrutar de forma regular permisos ordinarios de salida de 36 y 48 días al año respectivamente.

Serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, de momento, en semi-libertad. Es el grado de clasificación más habitual y se llega a él por exclusión de los del primer y tercer grado al no concurrir los elementos o no reunir los requisitos para la aplicación de los mismos. Esta predominancia del régimen ordinario sobre el abierto constituye, sin duda, un elemento a valorar.

²⁵⁰ Sobre los aspectos prácticos de la clasificación penitenciaria ARANDA CARBONEL, M^a J. “Una aproximación práctica a la clasificación penitenciaria”. Revista de Estudios Penitenciarios N^o 252. Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, 2.006. Págs. 27 a 76. JUANATEY DORADO, C. *Manual de Derecho Penitenciario*. Iustel. Madrid, 2.011. Págs. 125 a 129. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J.: *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur-Menor (Navarra). 2011. Págs. 360 a 370.

La clasificación en tercer grado de tratamiento se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida que combine la estancia en prisión con las salidas periódicas, reguladas y programadas al exterior para la realización de diversas actividades²⁵¹.

Este régimen abierto se desdobra en dos modalidades: el restringido, destinado a internos con una peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala o condiciones personales diversas así como cuando exista imposibilidad de desempeñar un trabajo en el medio libre o lo aconseje su tratamiento penitenciario. En este caso, la Junta de Tratamiento puede restringir las salidas al exterior, estableciendo las condiciones, controles y medios de tutela que deban observar durante las mismas. Junto a esta modalidad restringida, se sitúa el régimen abierto pleno con salidas diarias al exterior y la obligación de retornar solamente para pernoctar, disfrutando igualmente de salidas de fin de semana como parte del régimen propio de esta situación y de los permisos previstos.

Más allá cabe la posibilidad de eximir al interno de la obligación de regresar al Centro al finalizar la jornada quedando sometido a medios de control telemáticos u otros suficientes, siempre previo su consentimiento, habiéndose presentado esta disposición como una de las grandes novedades del Reglamento de 1.996. Esta situación se fundamenta en realidades excepcionales relacionadas con circunstancias laborales o familiares incompatibles con el horario mínimo de permanencia en el Centro, consolidando un régimen de vida más propio de la libertad condicional que de situaciones jurídicas anteriores.

Resultan evidentes los beneficios que la llamada prisión abierta ofrece como mejor sistema para garantizar la recuperación social, favorecer la salud física y mental, fomentar la disciplina, facilitar las relaciones familiares y la inserción laboral de los penados. Es, de las distintas posibilidades, la que menos prisionización y desocialización produce,

²⁵¹ Sobre el procedimiento de clasificación y revisión de grado: LEGANÉS GÓMEZ, S.: *La prisión abierta: Nuevo régimen jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.013. Págs. 333 a365.

planteando la reeducación en el seno del grupo social de pertenencia del interesado. Podemos afirmar que los postulados demandados por la doctrina en este sentido en el momento de elaboración de la Ley se desarrollaron ampliamente quince años después de su entrada en vigor en un intento considerable de reducir el importante número de reclusos en régimen ordinario mediante la potenciación decidida del abierto conforme señaló la Exposición de motivos del texto legal.

Conforme dispone el Art. 10 L.O.G.P., se clasificarán en primer grado de tratamiento a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada.²⁵² La clasificación en primer grado, según dispone el artículo 102.5 del Reglamento de 1.996, requiere que se pondere la concurrencia de factores tales como:

- a) *Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta o antisocial.*
- b) *Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.*
- c) *Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas.*
- d) *Participación activa en motines, plantas, agresiones físicas, amenazas o coacciones.*
- e) *Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo.*
- f) *Introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y*

²⁵² Sobre el posible destino a establecimientos de cumplimiento del régimen cerrado o departamentos especiales con carácter de excepción y absoluta separación de los penados de aquellos internos preventivos en los que concurran las circunstancias de peligrosidad extrema o de inadaptación al régimen propio de los establecimientos preventivos que prevé el Art. 10.2 de la Ley: MORILLAS CUEVA, L. "Algunas precisiones sobre el régimen penitenciario". Eguzkileri. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología N° 2 Extraordinario. Octubre, 1.989. San Sebastián, 1.990. Pág. 83.

sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico.

La existencia de un grupo de internos que por razones de índole muy diversa (personales, culturales, criminológicas, médicas, medioambientales, etc) revisten especial peligrosidad y no pueden convivir con los demás internos pues suponen un serio peligro para su compañeros de internamiento y para la propia seguridad de la Institución justifica la necesidad de que se creen Establecimientos o departamentos cerrados. Estos reclusos gozan de los derechos básicos en igualdad de condiciones que el resto reforzándose, si cabe, algunos de ellos como el derecho a la progresión de grado y revisiones de grado. Es preciso señalar que el Reglamento vigente, corrigiendo el criterio del anterior de 1.981, equiparó el número y duración de las comunicaciones orales, íntimas y familiares y el resto de contactos con el exterior de los reclusos en régimen cerrado respecto a los que se hallan en régimen ordinario.

Este artículo 10 de la Ley Orgánica, referido a los penados clasificados en primer grado, se desdobra en dos modalidades en el sistema de vida acordadas por las Juntas de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, y autorizadas por el Centro Directivo. Serán destinados a Centros o módulos de régimen cerrado aquellos penados clasificados en primer grado que muestren una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes. Lo serán a departamentos especiales aquellos penados clasificados en primer grado que hayan sido protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o la integridad de los funcionarios, autoridades, otros internos o personas ajenas a la Institución, tanto dentro como fuera de los Establecimientos y en las que se evidencia una peligrosidad extrema. Esta última modalidad de vida supone la aplicación del régimen penitenciario más severo que por clasificación pueda corresponder a una persona en España, estando reservada para aquellos reclusos protagonistas de graves alteraciones interiores. Ambas modalidades se prevén en su aplicación con carácter excepcional y vocación temporal.

En estos términos debemos interpretar la modificación producida en el Reglamento por el Real Decreto 419/2.011, de 25 de marzo que incide en el régimen cerrado para realizar una intervención más directa y más intensa en este colectivo, justificándose en la mayor afectación de sus derechos en esta situación excepcional. La reforma adopta el principio de “*atención personalizada*” a este grupo a través de programas específicos y profesionales especializados. Además, se establecen garantías concretas para que la estancia de los jóvenes en este régimen de vida tenga la duración mínima imprescindible, primando los aspectos educativos y formativos. Se introdujo un apartado tercero en el artículo 90, que queda redactado:

“3.- En los centros con módulos o departamentos de régimen cerrado se diseñará un programa de intervención específico que garantice la atención personalizada a los internos que se encuentren en el dicho régimen por equipos técnicos, especializados y estables”.

En aplicación de esta disposición reglamentaria, la Instrucción 5/2.011 de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria interpretó el concepto “estable” que se atribuye a los equipos técnicos como aquellos compuestos por profesionales que asuman al menos períodos de dos años en las tareas descritas, considerándose esta estabilidad de sus miembros como un requisito para garantizar el éxito de la intervención debido a la complejidad de los programas. Esta Instrucción prevé la revisión trimestral de la evolución de todos los internos, preventivos y penados, en régimen cerrado, facilitándose así una eventual modificación tanto en el grado de clasificación como de la modalidad o destino dentro del mismo.

En cuanto a los menores de 21 años, se introduce un apartado 4º en el artículo 92 del Reglamento:

“4.- Cuando el interno sea menor de veintiún años, toda revisión, tanto de modalidad como de grado, que supere los seis meses de permanencia en el mismo régimen de vida, será remitida al Centro Directivo para su resolución.

Asimismo, si los acuerdos, ya sean sobre asignación de modalidad o revisión de grado, no son adoptados por unanimidad, se remitirán al Centro Directivo para su resolución”.

En estos supuestos de jóvenes, desde la revisión efectuada a los seis meses de esta situación, todas se remitirán imperativamente al Centro Directivo (y en los supuestos en los cuales no se hubieran adoptado por unanimidad en todo caso).

Para la clasificación inicial y destino, la propuesta se formulará por las Juntas de Tratamiento, previo estudio del interno, conforme dispone el art. 69.1 L.O.G.P. en impreso normalizado (Propuesta de Clasificación y Destino o P.C.D.), en el plazo máximo de dos meses desde la recepción en el Establecimiento del testimonio de sentencia. Dicha propuesta debe ser remitida al Centro directivo en el plazo de diez días desde su adopción. Con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 190/1.996 de 9 de febrero era preciso esperar a la recepción de la liquidación de condena que practica el tribunal sentenciador. En la medida en que dicho documento nada nuevo aporta al conocimiento del interno y de su actividad en Reglamento vigente da respuesta a una indicación efectuada por diversos Jueces de Vigilancia Penitenciaria en este sentido.

El protocolo de clasificación contendrá la propuesta razonada de grado y el programa individualizado de tratamiento (P.I.T.), en el que se dará cobertura a las necesidades y carencias detectadas. En el programa se señalan los destinos, actividades, programas educativos, trabajo y actividades ocupacionales o de otro tipo que deba seguir el penado. Aquí se evidencia la nueva orientación de la gestión de la privación de libertad en el sentido de dotar a la pena de contenido útil tendente a paliar las carencias detectadas en las personas frente a la visión que en términos de alteración psico-patológica ofrece la Ley Orgánica, sin perjuicio del desarrollo de programas específicos de intervención que con este carácter se puedan realizar.

La resolución sobre la propuesta de clasificación se dicta por el Centro Directivo, de forma escrita y motivada, en el plazo máximo de dos meses

desde su recepción²⁵³ pudiéndose ampliar el plazo hasta un máximo de dos meses más para la mejor observación de la conducta y la consolidación de los factores positivos del interno.

Novedad importante introducida por el vigente Reglamento se refiere a supuestos de condenas de prisión no superiores a un año en su duración²⁵⁴. Se establece que cuando se trate de penados con condenas de hasta un año, la propuesta de clasificación inicial formulada por la Junta de Tratamiento tendrá la consideración de resolución de clasificación inicial a todos los efectos, cuando el acuerdo adoptado lo sea por unanimidad de los miembros de la Junta de Tratamiento y la clasificación sea en segundo o tercer grado.

El acuerdo unánime de clasificación inicial se notificará al interno que podrá recurrir ante la Autoridad Judicial competente. Sensu contrario, no tendrán la consideración de resoluciones de clasificación inicial en condenas no superiores a un año de prisión y se seguirán los trámites ordinarios en los casos de clasificaciones iniciales en segundo o tercer grado por mayoría de los miembros de las Juntas de Tratamiento y clasificaciones iniciales en primer grado, sean por mayoría o por unanimidad. En estos casos, la propuesta se remitirá al Centro Directivo para la resolución que proceda conforme a las reglas generales²⁵⁵.

²⁵⁴ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur-Menor (Navarra). 2011. Págs. 362.

²⁵⁵ La Orden INT/1127/2010, de 19 de abril por la que se delegan determinadas atribuciones y se aprueban las delegaciones efectuadas por otras autoridades en el ámbito del Ministerio del Interior atribuye a los Gerentes y Directores de los Centros Penitenciarios y Centros de Inserción Social las atribuciones respecto a los internos no vinculados a organizaciones terroristas o internos cuyos delitos no se hayan cometido en el seno de organizaciones criminales para: 1.-Acordar la clasificación inicial en segundo grado de tratamiento de los penados con condena superior a cinco años, siempre que el acuerdo de la Junta de Tratamiento se haya adoptado por unanimidad.2.- Dejar sin efecto la clasificación en grado de los penados en los supuestos legalmente establecidos.3.- Resolver las revisiones de grado, interesadas por internos al amparo del apartado segundo del artículo 105 del Reglamento, siempre que el acuerdo de la Junta de Tratamiento sea en segundo grado, se haya adoptado por unanimidad y el penado no haya cumplido la mitad de una condena superior a cinco años o tenga dos o más sanciones graves o muy graves sin cancelar.4.- Autorizar la aplicación de las diferentes fases y modalidades de vida dentro del régimen abierto a los penados ya clasificados en tercer grado.5.- Aprobar la aplicación de las previsiones del apartado cuarto del artículo 86 del Reglamento (instalación de dispositivos de control telemáticos) a los penados ya clasificados en tercer grado.6.- Ordenar el traslado provisional desde el Centro de Inserción Social al Centro penitenciario

Una vez clasificado inicialmente, se procede a la revisión de la primera y sucesivas clasificaciones. El artículo 65.4 L.O.G.P. establece que cada seis meses como máximo los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación, tomándose la decisión que corresponda, que deberá ser notificada al interno. Existe, consideramos, un verdadero derecho subjetivo de los internos a obtener esta revisión en su clasificación en el periodo máximo establecido que en ningún caso y bajo ningún pretexto se puede sobrepasar.

Cuando la Junta de Tratamiento no considere oportuno proponer el cambio en el grado asignado se notificará la decisión motivada al interno, que podrá solicitar la remisión del informe al Centro directivo para que resuelva lo procedente sobre el mantenimiento o el cambio de grado. La resolución del Centro Directivo se notificará al interno con indicación del derecho de acudir en vía de recurso ante el Juez de Vigilancia. Esta revisión de las clasificaciones se realiza tomando en consideración la fecha de la Junta de Tratamiento, con independencia de que sus acuerdos hayan sido recurridos ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria o Audiencia Provincial en su caso.

La L.O.G.P. establece la posibilidad de que la siguiente revisión de grado sea realizada por la Central de Observación cuando una misma Junta reitere por segunda vez la clasificación en primero o cuando, encontrándose en segundo y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena. La progresión y regresión de grado de un penado se justifica en los apartados 1, 2 y 3 del Art. 65 de la L.O.G.P. Así:

“1.- La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda, o dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen.

de la misma provincia, en los supuestos de acuerdo de regresión a segundo grado adoptado por la Junta de Tratamiento.

2.- *La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de 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 responsabilidad, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.*

3.- *La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad”.*

Cuando el interno no participe en un programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos técnicos que tengan relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes. Para la resolución de las propuestas se observarán las mismas formalidades, plazo y posible ampliación del mismo que para la resolución de la clasificación inicial.

Conforme dispone el Art. 273 R.P., en su apartado e), entre las funciones de las Juntas de Tratamiento figura la de proponer al Centro Directivo, con carácter excepcional, el traslado del interno a otro Centro penitenciario. Así, en el momento de proponer o no la modificación de la clasificación de un interno se podrá motivar su cambio de destino si es que existieran circunstancias o factores que pudieran requerirlo.

El Reglamento de 1.996 estableció un control añadido de las resoluciones adoptadas por la Administración penitenciaria: la notificación al Ministerio Fiscal de todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado adoptadas por el Centro Directivo o por acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento en condenas hasta un año, junto con su informe, dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de recepción de su adopción. Esta medida implica la posibilidad de que dicho acuerdo sea recurrido ante la Autoridad Judicial y era inexistente en la normativa anterior, lo que llevaba a que el Ministerio Fiscal desconociera la existencia de estas resoluciones ni las causas que lo justificaban. Por lo tanto se ha reforzado el control de

legalidad de las resoluciones de la Administración penitenciaria en evitación de progresiones a tercer grado ocultas al Ministerio público y, en consecuencia, sin posible interposición del pertinente recurso.

El Art. 104 del vigente Reglamento penitenciario establece cuatro supuestos específicos:

1) Cuando un penado tuviese pendiente una o varias causas en situación de preventivo, no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal.

El Reglamento no ha recogido la posibilidad establecida en la norma anterior que permitía la clasificación de penados y a su vez presos por otras responsabilidades en aquellas situaciones en que la causa o causas penadas lo hubieran sido a penas graves y los delitos imputados en las causas preventivas tuvieran legalmente atribuidas penas inferiores, conforme señalaba el Art. 252 del Reglamento derogado.

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.

Se optó por establecerla imposibilidad radical de que existan penados clasificados en cualquier grado con causas preventivas, lo que en la práctica ha suscitado diversos problemas con soluciones complejas. Destaca la situación de penados extranjeros sometidos a prisión preventiva decretada por la Audiencia Nacional consecuencia de procedimientos de extradición cuya única finalidad es asegurar la entrega del extraditando al Estado reclamante. La no clasificación de los mismos impide su acceso al tercer grado de tratamiento, requisito ineludible para la concesión de la libertad condicional en la causa (o causas refundidas) en cumplimiento, siendo privados así de la libertad condicional anticipada a los 2/3 de la condena o de la libertad condicional al cumplimiento de las 3/4 partes de la misma.

Esta situación llevada a sus últimos extremos impediría la aplicación de la libertad condicional por enfermedad incurable, conforme dispone el párrafo 2º del Art. 92 del Código Penal, a extranjeros con causa en preventiva

dictada en expediente de extradición al no ser posible su clasificación en tercer grado.

3) *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 consideradas en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2, (es decir, aspectos psicológicos, sociales y jurídico-penales) valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado.*

4) *Los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad.*

Este punto 4º del artículo 104 adelanta la doctrina formulada por el Tribunal Constitucional en Sentencia 48/1996, de 25 de marzo, que indica textualmente:

“El equilibrio entre el derecho a la vida, unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, que lleva en sí todos los demás, y el de la gente a su seguridad, mediante la segregación temporal en cumplimiento de las penas privativas de libertad, con su doble función retributiva y profiláctica o preventiva, es la finalidad que pretende conseguir la norma reglamentaria hoy incorporada al Código Penal (es decir, la libertad condicional por enfermedad incurable). La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma, pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes

indicadas además de las previstas en el Código Penal, entre ellas,... la menor peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva, no “pietatis causa” sino por criterios enraizados en la justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble de otra guisa”.

Esta disposición aclara situaciones anteriores de reclusos gravemente enfermos con conducta penitenciaria irregular que imposibilitaba su progresión a tercer grado. En la actualidad, el elemento determinante es la capacidad criminal del penado en función de la enfermedad que padezca lo que conlleva la pérdida de cualquier finalidad de la pena más allá de la retribución por los actos cometidos.

La redacción dada ha suscitado importante polémica en su aplicación a determinados casos concretos. Se encuentra amparada por lo establecido en el artículo 92 del Código Penal que prevé la posible concesión de libertad condicional a enfermos muy graves con padecimientos incurables que cumplieran todos los requisitos legalmente establecidos excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de la condena o, en su caso, las dos terceras. Prueba de ello es el debate surgido respecto a la progresión a tercer grado de tratamiento a los solos efectos de conceder la libertad condicional tramitada y concedida por la Administración a autores de execrables delitos pertenecientes a bandas terroristas²⁵⁶.

²⁵⁶ Nos referimos a la progresión a tercer grado para tramitación de la libertad condicional concedida a uno de los secuestradores del funcionario de prisiones Ortega Lara. La Resolución del Centro directivo propuso al Juez Central de Vigilancia Penitenciaria que acordará la concesión de la libertad condicional incluyendo diversas medidas. La polémica suscitada se refleja en el artículo de opinión del Diario “*El Mundo*” de fecha 18 de agosto de 2.012, Pág. 3 donde bajo el título “*Un error político sin justificación moral alguna*”, se señala: “*el Gobierno no está abocado a excarcelar irremediabilmente a B.E. –como demuestra ese “los penados enfermos muy graves podrán ser clasificados en tercer grado” del artículo 104.4 del Reglamento penitenciario- aunque pretendan hacernos creer lo contrario.*” Esta línea editorial critica la nota oficial de la Secretaría General de II.PP. de la misma fecha donde se señala: “*Esta Secretaría General entiende que, a pesar de la entidad de los delitos cometidos por el penado, resulta indudable que tanto la gravedad de la enfermedad, su previsible evolución, así como las características del tratamiento mitigan extraordinariamente la peligrosidad del recluso y anulan prácticamente el riesgo de reincidencia. Por las razones humanitarias a las que expresamente se refiere el artículo 104 del Reglamento Penitenciario, en relación con el artículo 92 del Código Penal y en consonancia con las apreciaciones recogidas en la sentencia del Tribunal Constitucional*

Entendemos que en 1.996 se mejora y complementa la previsión del Reglamento penitenciario de 1.981 respecto a la liberación condicional de enfermos muy graves que tantas dudas legales suscitó al considerarse que la medida de liberación se establecía *praeter legem* de lo establecido por el Código Penal anterior. También debemos considerar que el citado y escueto párrafo segundo del artículo 60 del primer Reglamento penitenciario (“*Igual sistema se seguirá cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables*”) fue considerado como un avance importante en la concepción humanitaria de la pena que debe cesar en su aplicación cuando por razones de salud solamente cumpla una finalidad sancionadora.

De forma excepcional, el Reglamento establece dos supuestos de regresión provisional:

1º.- No reingreso al Centro. Si un interno clasificado en tercer grado de tratamiento no regresase al Centro penitenciario después de haber disfrutado un permiso de salida o cualquier otra salida autorizada, se le clasificará provisionalmente en segundo grado en espera de efectuar su reclasificación correspondiente cuando vuelva a ingresar en un Centro penitenciario. Producido el reingreso, el Director del Centro acordará, como medida cautelar, el pase provisional a régimen ordinario hasta que se efectúe la reclasificación.

46/96, (sic. Debió decir 48/96) de 25 de marzo, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias ha resuelto aprobar la propuesta del centro penitenciario y clasificar en tercer grado de tratamiento, a los exclusivos efectos de que se confeccione el expediente de libertad condicional por enfermedad, en los términos que recogen los artículos 194 a 196 del vigente Reglamento Penitenciario, al penado B.E. MANZANARES SAMANIEGO trató la regulación de la libertad condicional de septuagenarios y enfermos muy graves y el requisito previo de progresión a tercer grado conforme al R.P vigente y las modificaciones introducidas en el C.P en 2.003. Señala el autor que en todo caso, aquella previsión (progresión a tercer grado que prevé en art. 104.4. R.P. de enfermos muy graves con padecimientos incurables) “*solo es potestativa y no excluye la valoración de las demás circunstancias que han de tenerse en cuenta para la clasificación en general. No afecta, por otro lado, a la libertad condicional, regulada directa y exclusivamente en el propio Código Penal*”. MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “*La libertad condicional de los enfermos muy graves en el sistema de individualización científica*”. Diario La Ley 17292. Oct. 2012. Págs. 9. Sobre el caso “Bolinaga”: Págs. 10 a 17.

2º.- Nuevas responsabilidades criminales. En los supuestos de internos clasificados en tercer grado que fuesen detenidos, ingresados en prisión, procesados o imputados judicialmente por presuntas nuevas responsabilidades, el Director podrá suspender cautelarmente cualquier nueva salida, así como acordar la separación interior que proceda y su pase provisional a régimen ordinario, debiendo proceder la Junta de Tratamiento de inmediato a la reclasificación correspondiente en su caso.

Para finalizar con la materia de la clasificación de los penados, es preciso hacer referencia al llamado “*principio de flexibilidad*” que se reconoce en el Reglamento vigente y al “*Programa Individualizado de Tratamiento*” que se configura como la protocolización de las actuaciones a realizar, con objetivos y plazos, durante la estancia en prisión (actividades educativas, formativas, socioculturales, deportivas y medios de ayuda programados para propiciar que la estancia en prisión sirva para paliar, en la medida de lo posible, las carencias detectadas).

El Reglamento regula las llamadas formas especiales de ejecución que pretende la adecuación del contenido de la sanción penal a las características propias de la persona²⁵⁷. Dentro de estas formas están:

- a) Los Centros de Inserción Social (C.I.S.), o establecimientos penitenciarios destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad en régimen abierto, la pena de localización permanente conforme prevé el Real Decreto 840/2.011, de 17 de junio, de las penas de arresto de fin de semana (cuando esta pena privativa de libertad existió en el ordenamiento jurídico) y al seguimiento de los liberados condicionales.
- b) Las Unidades Dependientes que son unidades ubicadas fuera del recinto de los Centros Penitenciarios, preferentemente en viviendas ordinarias del entorno comunitario, sin ningún signo de distinción externa relativo a su dedicación, donde se prestan una serie de servicios y prestaciones de carácter formativo, laboral y tratamental gestionados de forma directa y

²⁵⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur-Menor (Navarra). 2011. Págs. 531 a 556.

preferente por asociaciones u organismos no penitenciarios y donde se destinan internos clasificados en tercer grado de tratamiento.

c) Los Establecimientos o Departamentos mixtos, configurados con carácter excepcional para desarrollar programas específicos de tratamiento o para evitar la desestructuración familiar y donde se destinan indistintamente hombres y mujeres.

d) Los Departamentos para Jóvenes, caracterizados por una acción educativa intensa dirigida a internos menores de veintiún años y, excepcionalmente, los que no hayan alcanzado la edad de veinticinco.

e) Internamiento en Unidades de Madres. Tras la modificación del artículo 30 de la L.O.G.P. producida por L.O. 13/1.995, de 18 de diciembre de 1.995, los únicos niños que pueden acompañar a sus madres reclusas son los menores de tres años. Para ellos la Administración penitenciaria adquiere una obligación de establecer y realizar cuantas actividades sean necesarias que les permita un desarrollo personal adecuado y su conexión con el exterior en colaboración con los recursos sociales extra-penitenciarios y los profesionales propios.

f) Cumplimiento en Unidades extra-penitenciarias. Como hemos señalado, tras la reforma del anterior Reglamento producida en marzo de 1.984, la legislación española permite que internos en tercer grado de tratamiento reciban tratamiento específico para deshabituación de toxicomanías en instituciones públicas o privadas adecuadas para tal fin, ejerciéndose tan solo un control de su evolución por las Juntas de Tratamiento del Centro correspondiente. Dicha acción suele tener su inicio dentro del propio Establecimiento a través de una labor de motivación y preparación que, de fructificar, culminará en la derivación a los recursos señalados.

g) Internamiento en Establecimientos o Unidades Psiquiátricas, destinados al cumplimiento de medidas de seguridad privativas de libertad acordadas por los Tribunales correspondientes.

1.8.- La intervención en el medio penitenciario. Valoración actual.

Como constata RACIONERO CARMONA la idea, el concepto de tratamiento, no es universalmente aceptado sino que constituye una

superestructura ideológica que pretende centrar el problema de la criminalidad en el individuo delincente y no en el sistema social que lo produce, manteniendo la concepción del recluso como un ser patológico al que “tratar” que conlleva indudables resonancias médico-sanitarias de la noción²⁵⁸.

Estas críticas desde la práctica judicial fueron adelantadas con reiteración por diversos autores. Indicaba MUÑOZ CONDE que la Ley General participa de una creencia ilimitada en el tratamiento penitenciario, dedicando nada menos que un Título a su regulación. La vinculación establecida entre tratamiento y reinserción social a modo de panacea o remedio mágico capaz de solventar todos los males que aquejan al recluso y a la sociedad es inapropiado por cuanto existen actividades favorecedoras de la reinserción que nada tienen que ver con el tratamiento (seguir un curso de formación profesional o disfrutar de permisos de salida de fin de semana) y porque puede haber personas reinsertadas plenamente que no necesiten de tratamiento alguno²⁵⁹.

La evidencia secularmente ratificada de la imposibilidad de “*educar para la libertad en condiciones de no libertad*” unido a la concepción patológica del delincente que requiere ser tratado, y la ausencia de una consideración adecuada de causas exógenas al recluso que hubieran podido influir en su condena o actividad antisocial ofrece una crítica difícilmente eludible para el análisis de la adecuación de la respuesta legal al problema carcelario.

Estamos ante una misión con enormes dificultades lo que es reconocido por los profesionales del medio y operadores penitenciarios que asumen la imposibilidad de revertir el itinerario vital de las personas por parte de la

²⁵⁸ Análisis ofrecido desde la perspectiva derivada de su práctica en la jurisdicción penitenciaria. RACIONERO CARMONA, F. *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad. Una Perspectiva Judicial*. Ed. Dykinson. Madrid, 1.999. Pág. 244.

²⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F. “*El tratamiento Penitenciario*”. *Derecho Penitenciario y Democracia* (ciclo de conferencias organizadas del 6 de noviembre de 1.993 al 12 de marzo de 1.994). Publicadas por Fundación El Monte. Sevilla, 1.994. Págs. 199 y ss.

Institución. RACIONERO CARMONA²⁶⁰ resalta otras dificultades objetivas adicionales para la aplicación del tratamiento que resume en:

a) Factores extra-penitenciarios: clasificables en socioculturales (de respuesta social al “problema de las cárceles”: abolición, reforma, conservación o desinterés); políticos (oscilaciones en la política penitenciaria); económicos (endémica falta de medios personales y materiales destinados al tratamiento) y derivados del estado actual, cuasi embrionario, de las ciencias sociales, de la conducta y de las propias técnicas de tratamiento, producto de la multiplicidad de los modelos teóricos, incluso con terminologías diferentes, sobre la etiología del delito y su tratamiento.

b) Factores penitenciarios: siendo estos los aspectos físicos (masificación, hacinamiento, insalubridad), la organización social formal (leyes, reglamentos, circulares, normas de régimen interior...) e informal (el código del recluso, la subcultura carcelaria, la prisionización...); la falta de coordinación entre el personal destinado a tareas de tratamiento y de vigilancia y seguridad y la conflictividad, más o menos atemperadas según circunstancias espacio-temporales.

La misma intensidad que los penitenciaristas emplean para criticar el concepto mismo de tratamiento se aprecia en la necesidad de mantener la finalidad de incidir en la persona. Ello supondría que el internamiento deviene un tiempo vacío, carente de sentido tanto para el recluso como para la sociedad, devaluando la privación de libertad al mero castigo o a la inocuización. Entre las “*fantasías terapéuticas*” planteadas de inicio y la vacuidad en el contenido de la prisión se mueve la doctrina a los pocos años de aprobación de la Ley. MUÑOZ CONDE señala gráficamente:

“Por diversas razones no se puede ser, por tanto, hoy muy optimista respecto al futuro del tratamiento penitenciario. Pero esto no quiere decir que haya que renunciar a la mejora y a la humanización del sistema penitenciario, no ya por razones estrictamente humanitarias, sino porque

²⁶⁰ RACIONERO CARMONA, F. *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad. Una Perspectiva Judicial*. Ed. Dykinson. Madrid, 1.999. Pág. 244.

vivimos en una sociedad orientada a las consecuencias, en las que ninguna de sus instituciones puede fundamentarse por su nuevo valor simbólico, sin aportar nada positivo a la sociedad. Y las cárceles son una de esas instituciones que nadie sabe muy bien para qué sirven, sino es para aumentar el dolor y la desesperación de los más desafortunados. El destino final tiene que ser su desaparición. Pero mientras ello no se consiga, y parece que aún quedan muchos años para conseguirlo, habrá que hacer algo. Y ese algo no puede ser otra cosa que evitar, dentro de lo posible, un daño mayor que el que la propia privación de libertad significa, pero sobre todo evitar una mayor desocialización (que no resocialización) del delincuente, ya de por sí a veces desocializado.

El que entra en una cárcel debe tener, al menos, derecho a una cosa: a que cuando salga un día, libertado tras haber cumplido su condena y pagada parte de su culpa con la sociedad, no salga peor de cómo entró. A los entusiastas de la idea de tratamiento, esto les podrá parecer muy poco; a cualquiera que conozca la realidad del mundo penitenciario, y no sólo español, le parecerá realmente un paso importante, probablemente el más importante de todos”²⁶¹.

Una crítica más radical desde la jurisdicción de vigilancia la ofreció MANZANARES CODESAL al señalar:

“Se debe dejar constancia de la corriente de opinión entre algunos Jueces de Vigilancia, a cuya vera me alinee, que se hace eco de la quiebra que viene sufriendo el eje de abscisas y ordenadas de nuestro sistema penitenciario; esto es, el tratamiento reinsertador”.

La debacle del núcleo del sistema penitenciario español (el tratamiento en los términos definidos en el artículo 59.1 de la LOGP) lo concreta en

“La ausencia de frutos simple, lisa y llanamente por que no ha existido, pesimismo al que se ha de añadir la ausencia de ejemplos en el Derecho Comparado”.

²⁶¹ MUÑOZ CONDE, F. “El Tratamiento Penitenciario.”. Derecho Penitenciario y Democracia. (Ciclo de conferencias organizadas por la Fundación El Monte y llevadas a cabo del 6 de noviembre de 1.993 al 12 de marzo de 1.994). Publicadas en Sevilla, 1.994. Págs. 207-208.

Además denuncia

“La escasa existencia de diagnóstico (Art. 64.2 de la LOGP) y pronóstico (Art. 62.b) de ese enfermo social que no otra cosa es el delincuente. Ausentes estos elementos previos “el conjunto de actividades... dirigidas a la...reinserción (vulgo tratamiento, según el Art. 59.1) ha devenido en animación “socio-cultural”, que recuerdan más a un programa de ferias y fiestas que a un proyecto científico, individualizado, psicológico y complejo. Primadas con redenciones extraordinarias jurídicas y abusivas, las cárceles se van poblando de ofertas de esparcimiento de todo tipo, evidentemente valiosas como solaz, pero vacías de contenido tratamental y huecas en lo que se refiere al tratamiento stricto sensu.

El Magistrado añade que las dos principales fórmulas reinsertadoras, de efectos limitados pero contrastados en el Derecho comparado a lo largo de los años: el trabajo y la enseñanza *“que están quedando arrumbadas por este pseudo-tratamiento al que nos venimos refiriendo”*²⁶².

²⁶² MANZANARES CODESAL, J.R. *“El Tratamiento”*. Comunicación presentada en Vigilancia Penitenciaria (VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria). Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.994. Págs. 195 a 197.

2.- EL RÉGIMEN PENITENCIARIO

El Título II es el más extenso de la Ley Orgánica y está dedicado al régimen penitenciario. Separado en Capítulos, se establecen las distintas actividades regimentales que pretenden diferenciarse de manera radical de las tratamentales reguladas en el Título III del texto.

La Ley Orgánica no establece ni define qué es el “*régimen penitenciario*”. Tampoco lo hizo el Reglamento de 1.981. Hay que esperar al de 1.996 para encontrar una interpretación auténtica de este término en nuestra legislación, concepto que, sin embargo, ha sido con reiteración empleado.

Doctrinalmente, GARRIDO GUZMÁN ofreció esta noción:

*“Entendemos por régimen penitenciario el conjunto de normas que regulan la convivencia y el orden dentro de los establecimientos penitenciarios, determinando los derechos y prestaciones que corresponden al recluso por su condición general de ciudadano del Estado”*²⁶³.

El legislador de 1.979 quiso remarcar la consideración del régimen como presupuesto y requisito del tratamiento y modo de organización de la custodia de los internos, así como para que éstos dispongan adecuadamente de las diversas prestaciones de la Administración.

Las funciones regimentales constituyen un medio y no el fin de la privación de libertad, resaltándose por la doctrina lo establecido en el punto primero del artículo 71 de Ley Orgánica, precepto que consagra el llamado “*principio de subordinación del régimen al tratamiento*”²⁶⁴. Para ello, las

²⁶³ GARRIDO GUZMÁN, L. “*Ingreso en Establecimientos Penitenciarios*” Comentarios a la Ley Penal. Tomo VI-Vol. 1º. Ley Orgánica General Penitenciaria. VV.AA. Edersa. Madrid, 1986. Pág. 246.

²⁶⁴ Art. 71 L.O.G.P.: “1.- *El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.*

2.- *Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas. La Dirección del establecimiento organizará los distintos servicios de modo que los miembros del personal alcancen la necesaria comprensión de sus correspondientes funciones y responsabilidades para lograr la indispensable coordinación.”*

direcciones de los establecimientos organizarán los distintos servicios de modo que los miembros del personal alcancen la necesaria comprensión de sus correspondientes funciones y responsabilidades para lograr la indispensable coordinación.

La sistemática del Reglamento de 1.981 matiza la establecida en la Ley Orgánica al regular en Título distinto (el Tercero, denominado “*De las Prestaciones de la Administración*”) aspectos comprendidos en el Segundo de la Ley: el trabajo penitenciario, la asistencia sanitaria, la instrucción y educación, la asistencia religiosa y los permisos de salida (que constituyeron un Título propio, el quinto). Esta modificación nos permite concluir que poco tiempo después de aprobarse la Ley se repensaron algunos conceptos básicos de la estancia en prisión de los reclusos y su validez, si no como herramientas de reinserción, sí en cuanto a su exigibilidad, considerándose prestaciones y no cuestiones identificables con el orden y el control.

El Real Decreto 190/1996 define en su artículo 73 el “*régimen penitenciario*”. Señala:

“Por régimen penitenciario se entiende el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos.” “Las funciones regimentales de seguridad, orden y disciplina son medios para alcanzar los fines indicados, debiendo ser siempre proporcionadas al fin que persiguen, y no podrán significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento e intervención de los reclusos.” “Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas”.

2.1.- Organización general

El primer Capítulo del Título II lleva por denominación “*organización general*” y regula los aspectos ejecutivos de la relación jurídica penitenciaria, es decir, el ingreso de los detenidos, presos o penados en cualquiera de los establecimientos. Esta admisión en el centro se hará

ordinariamente mediando mandamiento u orden de la autoridad competente excepto en los casos de presentación voluntaria y aquellos supuestos de estados de alarma, excepción o sitio, en los que se estará a lo que dispone la correspondiente Ley especial (en cuyo caso y por reglarse por una legislación posterior a la penitenciaria, la autoridad competente para ordenar el ingreso en prisión de las personas podía no ser estrictamente la judicial, extendiéndose a la gubernativa y militar)²⁶⁵.

Con la regulación de los supuestos de ingreso en prisión por una norma legal de este rango se materializa y refuerza el derecho fundamental reconocido en la Constitución a la libertad personal²⁶⁶ ya que delimita, concreta y explicita los requisitos y la forma de ejecución del ingreso por causa de detención, mandamiento de prisión o cumplimiento de condena.

Entendemos que, por tratarse de espacios físicos en los que permanecen personas limitadas en su libertad ambulatoria, es una cuestión importante considerar la escasa regulación vigente de los depósitos municipales de detenidos o calabozos. Así lo revela LÓPEZ BARJA DE QUIROGA al señalar:

“Los depósitos municipales de detenidos no se encuentran regulados ni previstos en la LOGP ni en su Reglamento. Sin embargo, su necesidad es absoluta, pues no en todos los partidos judiciales existen establecimientos penitenciarios. Cuando un detenido es puesto a disposición judicial, o

²⁶⁵ La L.O. 4/1.981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, prevé el establecimiento de restricciones al derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 17 de la Constitución en los dos segundos supuestos. Conforme a lo dispuesto en su artículo 16.1, (declarado el estado de excepción) *“la autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden, siempre que, cuando menos, existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público. La detención no podrá exceder de diez días y los detenidos disfrutará de los derechos que les reconoce el artículo 17.3 de la Constitución”*. En el punto 2º se dice: *“la detención habrá de ser comunicada al Juez competente en el plazo de veinticuatro horas. Durante la detención, el Juez podrá, en todo momento, requerir información y conocer personalmente, o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de este”*. Respecto al estado de sitio (que prevé las mismas limitaciones del artículo 17 C.E.) y según señala el artículo 33.2, *“el Gobierno designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera”*.

²⁶⁶ Art. 17.1. C.E.: *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en la forma prevista en la ley.”*

cuando un preso ha de concurrir a juicio, o cuando es precisa su presencia para practicar alguna diligencia, se hace necesario tener un lugar adecuado donde pueda ser custodiado hasta que se produzca el traslado al establecimiento penitenciario correspondiente. Para ello y para que en los mismos se cumpliera la pena de arresto menor, fueron creados los depósitos municipales²⁶⁷”.

Las primeras referencias legislativas sobre la existencia de estas dependencias públicas se contienen en los Códigos Penales de 1.822 y 1.848, así como en la Ley de Prisiones de 1.849. En aquellos momentos el Ministerio encargado de la Administración de Justicia ayudaba a los ayuntamientos costeando las estancias de los detenidos que pasaban a disposición judicial mediante el sistema de ayudas llamado “*socorros*”.

El Reglamento de 1.981 estableció los aspectos económicos consecuencia de los gastos que tienen que afrontar los municipios en este ámbito.²⁶⁸ Esta regulación se reducía a la rendición de cuentas mensual, sin mayores precisiones sobre otros aspectos relevantes como las condiciones técnicas que deben cumplir o la asistencia que se debe prestar a las personas allí recluidas. La normativa se mantuvo durante años sin una cobertura legal actualizada (nada preveía la Ley de Régimen Local de 1.955), por lo que se introdujo en la Ley de Bases de Régimen Local, que es la Ley 7/1.985, de 2 de abril, la Disposición final quinta:

“A partir de la entrada en vigor de esta Ley, los municipios cabeza de partido judicial en que no exista establecimiento penitenciario alguno asumirán, en régimen de competencia delegada, la ejecución del servicio de depósito de detenidos a disposición judicial, correspondiendo la custodia de

²⁶⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, B. *Teoría de la Pena*. Akal/iure. Madrid, 1.991. Pág.235.

²⁶⁸ Art. 378 del Real Decreto 1.201/1.981, de 8 de mayo: “*Los encargados de los Depósitos Municipales rendirán cuenta mensual por los gastos de alimentación originados por los detenidos, presos y sentenciados a través de los Centros penitenciarios ubicados en la capital de su provincia o en su caso de la localidad si los hubiere, teniendo en cuenta que el importe de las raciones no podrá sobrepasar el precio de la asignación oficial que corresponda. La cuenta será documentada con fotocopias o copias certificadas de los mandamientos y órdenes de las autoridades que dispongan el ingreso, traslado a otro Centro o libertad de los internos, como asimismo, certificación médica en el supuesto de que hubieran tenido prescrita alimentación especial, con expresión de las fechas.*”

dichos detenidos a la Policía Municipal en funciones de Policía Judicial. La Administración competente en materia penitenciaria pondrá a disposición de los Municipios a que se refiere el párrafo anterior los medios económicos suficientes para el mantenimiento del referido servicio en los términos previstos por la legislación sectorial correspondiente”.

Puede deducirse que existe una delegación competencial a diversos entes locales (municipios cabeza de partido judicial en que no exista ningún tipo de establecimiento penitenciario) proveniente de la Administración penitenciaria (el artículo 27 de la Ley de Bases prevé la asunción forzosa de competencias delegadas por parte de las entidades locales), denominándose a estas personas privadas de libertad “*detenidos a disposición judicial*”, destacando el carácter instrumental al servicio de los juzgados del Partido judicial.

Respecto al personal que debe cumplir con la función de retención y custodia, y ante la ausencia de normativa al respecto, es efectuada por la propia Policía municipal, que en estos casos actuaría como Policía judicial, colaboradora y dependiente de los jueces competentes y también del Ministerio Fiscal.

Cronológicamente, la siguiente norma de relevancia se produce con el Real Decreto 2.715/1.986, de 12 de diciembre, sobre dotación de medios económicos a los municipios para el mantenimiento del Servicio de Depósito de detenidos a disposición judicial, que modificó la redacción del artículo 378 del Reglamento Penitenciario de 1.981 al objeto de mejorar el procedimiento de rendición de cuentas y adaptar la materia a la asunción de competencias penitenciarias por parte de la Comunidad catalana. Además, se matiza la triple condición procesal en que pueden encontrarse las personas que ingresan en el depósito: detenidos, presos preventivos y penados, todos ellos “*a disposición judicial*”.

Con la entrada en vigor del vigente Reglamento se incluye en su Disposición Adicional primera una nueva redacción de lo que denomina “*Depósitos municipales de detenidos a disposición judicial*” que previó el

cumplimiento de las penas de arresto de fin de semana introducidas en el Ordenamiento jurídico por el Código Penal de 1.995²⁶⁹.

Una de las causas que se ha señalado para la supresión de esta pena por un sector de la doctrina fue la inexistencia o manifiesta inadecuación de estas dependencias para alojar a los penados a arrestos de fin de semana, siendo práctica habitual la inutilización material de los calabozos para impedir esta finalidad, evitándose los costes económicos que conllevaba así como la necesidad de asignar los correspondientes servicios a los efectivos de las Policías locales de los municipios sede de los depósitos y la consunción de sus prestaciones en estas funciones consideradas impropias e inapropiadas. Por la vía de los hechos se provocó un cambio normativo que contribuyó a la pérdida de un recurso punitivo largamente anhelado por un sector doctrinal durante la época analizada.

Consideramos que se halla pendiente la actualización de esta normativa que afecta a un derecho fundamental constitucionalmente reconocido con independencia de la corta duración de la estancia en estos calabozos por parte de quien lo padece. La reordenación de la Planta y Demarcación de los Juzgados que se encuentra pendiente debería afectar a este ámbito alcanzando una regulación definitiva y moderna.

2.2.- El expediente penitenciario y el protocolo de personalidad

El punto segundo del artículo 15 de la Ley Penitenciaria establece la apertura de un expediente personal relativo a la situación procesal y penitenciaria a cada interno, *“del que tendrá derecho a ser informado”*, formándose para cada penado un denominado *“protocolo de personalidad”*.

Los documentos de contenido objetivo o jurídico se custodian y ordenan en el expediente tras realizar un índice en hojas diferentes de distinto color

²⁶⁹ La ley Orgánica 10/1.995, de 23 de noviembre, introdujo en el artículo 33 el arresto de fin de semana como pena menos grave o leve, según su extensión. Su regulación venía contenida en el artículo 37 cuyo apartado segundo disponía la posibilidad de cumplir la pena en depósitos municipales de detenidos en caso de inexistencia de centro penitenciario en el partido judicial donde residiese el penado, y *“siempre que fuera posible.”* Sin duda el legislador era consciente de las malas condiciones en las que se encontraban estas instalaciones en muchos supuestos siendo este uno de los motivos por el que en 2.003 se suprimió esta pena privativa de libertad a través de la Ley Orgánica 15/2.003, de 25 de noviembre.

según el contenido de las vicisitudes que se reseñan (rosas/preventivas, amarillas/penadas o azules/penitenciarias). Cuando se trate de penados, separado del expediente y excluido del acceso a su contenido para los propios internos se elabora un protocolo de personalidad donde se archivarán todos los documentos relativos al tratamiento.

Esta previsión de rango legal eleva a la máxima categoría normativa el aspecto organizativo de la importante y cuantiosa documentación que todo el proceso de gestión administrativa conlleva, lo que resalta la relevancia que poseen aspectos tales como la recopilación de los mandamientos por los que todos los internos ingresan o egresan o el trascendental documento de la liquidación de condena, cuya aprobación previa por el tribunal sentenciador competente determinará su excarcelación o el licenciamiento definitivo de la causa en cumplimiento. De todo el interno tiene derecho a ser informado, no reconociéndose así el acceso al “*protocolo de personalidad*” formado para cada penado”²⁷⁰.

²⁷⁰ Respecto a la documentación que determina el ingreso en prisión CARMENA CASTILLO describe, desde su experiencia en la jurisdicción de vigilancia, “*el juez acuerda el ingreso en prisión dirigiendo una orden escrita al director del centro penitenciario para que admita en él al preso de que se trata. Esa orden se llama “mandamiento”, aunque no se debería denominar así. Y ahí empieza la espiral de absurdos. En el mandamiento no se menciona el motivo por el que se envía a prisión a aquella persona... en ningún caso se incorpora a él el texto literal o la fotocopia de la sentencia o, si se trata de presos preventivos el del auto de prisión (que es el documento en el que debería explicarse por qué se ha acordado la prisión provisional de una persona). Eso determina que “muchos presos no sabían por qué estaban allí, no sabían qué se les imputaba procesalmente.” Por eso “parece imprescindible que en los casos de prisión preventiva se haga una descripción de los hechos que se imputan y se justifique la gravedad de los mismos; y que en los casos de personas ingresadas para cumplir una pena privativa de libertad, la orden de ingreso en prisión vaya acompañada de una copia, o un extracto, de la sentencia, en la que figure con claridad por qué se les ha condenado y a qué se les ha condenado. Es inconcebible que no sea así.”* Ello se justifica en razones jurídicas y prácticas innegables: “*en primer lugar, la pena de prisión, la pena privativa de libertad, es la pena más grave que un ciudadano pueda sufrir. De ahí que deba estar motivada no solo en los archivos de los propios procedimientos sino, principalmente, en los actos de coacción legítimos que, por la propia consecuencia del Derecho, la sentencia ordena. En segundo lugar, para hacer posible el objetivo principal de la pena privativa de libertad, la tan aludida normalización de la conducta, resulta imprescindible que las autoridades penitenciarias conozcan, desde el primer momento, el acto ilícito cometido y, por tanto, la conducta que se trataría de rectificar. Dejar que transcurran días, semanas y hasta meses demuestra poca confianza en el que se dice fin primordial de la pena.*” A ello añade que “*mientras no llegue a la cárcel la certificación de la sentencia el preso es considerado preso preventivo, a pesar de que haya sido ya condenado. Como tal preventivo no podrá disfrutar de las diferentes situaciones...de régimen abierto, régimen ordinario, etc.- ni los psicólogos, asistentes sociales o criminólogos podrán clasificarse en uno de los grados en que se permite cumplir la pena privativa de libertad.*” CARMENA CASTILLO, M.

De la radical separación pretendida entre régimen y tratamiento es también prueba la diferenciación entre expediente y protocolo, emergiendo la visión clínica que subyace en toda la Ley Orgánica, siendo también remarcable la indeterminación del contenido del protocolo, aspecto que fue objeto de análisis por la doctrina del momento²⁷¹.

Respecto al material que compone el Protocolo, en la actualidad FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN indican:

“Así constatamos como el informe jurídico criminológico, juntamente con el informe psicológico y el informe social constituyen los pilares comunes sobre los que se va a erigir de una parte la propuesta razonada de grado, y de otra el programa individualizado de tratamiento, ambos aprobados simultáneamente por la Junta de Tratamiento: el diseño del PIT determina el modelo regimental más adecuado, lo que se expresa en la propuesta razonada de grado; la propuesta razonada de grado se formula en base a individualizar el modelo regimental más adecuado para dar cumplimiento material al programa individual de tratamiento diseñado.

serán las entrevistas de los trabajadores sociales y de los educadores al tiempo del ingreso...; así como de estas mismas figuras con jurista y psicólogo, cuando los ingresados lo hagan como penados...

Junto a las entrevistas, será esencial el examen de los antecedentes documentales, entre los que necesariamente debemos destacar dos: el expediente penitenciario, y la sentencia, en la medida en que permiten formular el informe jurídico criminológico.

Finalmente, entre las fuentes de las recogidas de datos debemos citar la observación de la conducta durante el período de internamiento; y a tal

Crónica de un Desorden. Notas para reinventar la Justicia. Círculo de lectores. Madrid, 1.997. Págs. 60 a 65. Desde un punto de vista práctico, la carencia de esta información refuerza la misión custodial de la prisión (la Administración debe impedir por todos los medios legales que el ingresado abandone el Centro) pero no permite iniciar desde el primer momento ningún tipo de intervención salvo que sea el propio recluso el que informe a los profesionales.

²⁷¹ Para una completa explicación del protocolo de personalidad, acompañado de los modelos de impresos correspondientes: RODRÍGUEZ SUÁREZ, L. *“El Protocolo del Interno”*. Revista de Estudios Penitenciarios, Número 186. Julio-septiembre, 1.969. Ministerio de Justicia. Madrid. Págs. 387 y ss.

efecto debemos recordar que el propio informe psicológico toma por base la entrevista sostenida por el psicólogo, pero se completa con pruebas y técnicas aplicadas, y con informaciones obtenidas de educadores y personal de vigilancia”²⁷².

La confidencialidad de los datos del protocolo de personalidad y el eventual derecho de acceder a su contenido por los propios internos, en la medida en que son esenciales para la toma de decisiones trascendentes en su situación penitenciaria y la fundamentación de los recursos a los que en ejercicio de los derechos constitucionales le corresponden, constituye un aspecto crucial de la relación jurídica que se establece y que no está resuelto de manera definitiva.

El debate tiene su fundamento en cuestiones de deontología en línea con los postulados clínicos recogidos en la Ley de 1.979 y que obvia la trascendencia jurídica de las resoluciones que se pueden sustentar en la información contenida en el protocolo de personalidad.

Estos aspectos íntimos y personalísimos del interno/paciente se pueden convertir en los razonamientos determinantes de las decisiones administrativas o judiciales que denieguen mejoras en su situación penitenciaria, penal o procesal (progresión de grado, acceso a libertad condicional, concesiones de permisos...) permaneciendo inaccesibles para los propios titulares en aplicación de unos principios éticos creados, precisamente, para preservar su intimidad. El secreto profesional que vincula a los empleados penitenciarios les impediría poner a disposición de los destinatarios de su actuación la información recabada.

Los Jueces de Vigilancia, conscientes de la dificultad existente para dar una solución a las peticiones provenientes de los internos en orden a acceder a los datos contenidos en su protocolo de personalidad y ante la eventual imposibilidad de que se puedan presentar informes contradictorios elaborados por peritos y especialistas ajenos a la Institución, han venido

²⁷² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur-Menor (Navarra). 2011. Págs. 430.431.

recogiendo como criterio que la entrega a los internos de copia, traslado o acceso directo a tales informes (de los individuales de cada miembro del equipo Técnico o del global) afecta a la relación establecida entre el interno y el profesional, sobre todo en aquellos casos en que los internos están sometidos a un programa específico de tratamiento en que existe una relación paciente-terapeuta especialmente sensible; además de reconocer el evidente riesgo de que pudiera quedar afectada la seguridad de los técnicos emisores de tales informes; sin perjuicio de la necesidad de trasladar estos datos al Juez abriéndose la posibilidad de valorar otros informes aportados por el propio interesado²⁷³.

Respecto a la existencia de un eventual derecho subjetivo de los internos de acceder al contenido de la documentación obrante en el protocolo, GARCÍA VALDÉS se pronunció de forma expresa con una negativa y considerando “*más que razonable*” esta disposición, pues

*“No todo el protocolo de personalidad debe ser comunicado al penado, bien por razones estrictas de tratamiento o incluso por respeto al propio interno, o al menos transmitírsele con limitaciones o matizaciones que sólo los miembros de los Equipos de Observación y Tratamiento están en condiciones de valorar y, en su caso, decidir efectuar”*²⁷⁴.

En cuanto a la existencia de algún tipo de estructura interna del protocolo de personalidad y desde un planteamiento meramente teórico, GARRIDO GUZMÁN señaló:

“El protocolo de personalidad consta de cuatro etapas: en una primera, se recoge en él la mayor información posible sobre cada interno a través de datos documentales, de entrevistas con el observado, sus familiares y otras personas que le conozcan, y mediante la observación del comportamiento. Una vez recaída sentencia condenatoria, se abre una segunda etapa en la que se completa la información anterior con un estudio científico de la

²⁷³ Criterio que ha sido aplicado por diversas Audiencias Provinciales al resolver Recursos de Apelación contra la desestimación de quejas en esta materia. P.e.: Auto A.P. Burgos de 2 de marzo de 2.007.

²⁷⁴ GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Ed. Civitas, Madrid, 1.982. Pág. 66.

personalidad del observado, formulando en base a dichos estudios e informaciones una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social, y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda. La tercera etapa comienza al ingresar el penado en el centro asignado para cumplir condena. Aquí, tras las entrevistas, pruebas e informaciones complementarias que se juzguen necesarias, se confirma o modifica el diagnóstico de personalidad criminal y se emite un pronóstico inicial. La etapa culmina con el otorgamiento de la libertad condicional que irá fundamentada con un pronóstico criminológico sobre el comportamiento futuro del interno. Finalmente, la cuarta etapa comienza una vez que se ha producido la liberación condicional del interno”²⁷⁵.

2.3.- Clasificación interior. Excarcelación

El artículo 16 aborda la clasificación de los internos, una de las mayores preocupaciones doctrinales de las décadas previas a la elaboración de la norma²⁷⁶.

La ley establece el principio de completa separación y clasificación inicial de los diferentes internos teniendo en cuenta: sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento. Llama la atención la introducción, como criterio clasificatorio, el de “*emotividad*”, siendo considerado innecesario y poco técnico, subsumible bajo el concepto de estado mental²⁷⁷.

²⁷⁵ GARRIDO GUZMÁN, L. “*Ingreso en Establecimientos Penitenciarios*”. Comentarios a la legislación Penal. Tomo VI. Vol. 1º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Edersa, Madrid, 1.986. Pág. 260. Tal y como señalamos al tratar el Capítulo dedicado al tratamiento, este íter cronológico es recogido por GARCÍA RAMÍREZ, S. *La Prisión*. Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1.975. Págs. 60 a 68

²⁷⁶ En el XII Congreso Penal y Penitenciario de La Haya de 1.950 se abogaba por la agrupación de diferentes clases de delincuentes en las instituciones especializadas en función de la edad, sexo, reincidencia y estado mental, siendo esta separación requisito para llegar a la individualización del tratamiento.

²⁷⁷ GARRIDO GUZMÁN considera que la emotividad, como capacidad de experimentar emociones o de reaccionar a los estímulos, es uno de los factores constitutivos del carácter que, a su vez, conforma la personalidad de las personas. Entiende que el carácter sí constituye una pauta para el análisis de la personalidad de los internos y, en consecuencia, individualizar el tratamiento penitenciario, debiendo rechazarse la referencia a la emotividad no por poco técnico (como considera GARCÍA VALDÉS en sus Comentarios a

Siguiendo las disposiciones de las Reglas Internacionales, la Ley Orgánica constituye cinco grandes grupos de internos:

1.- Por sexo: los hombres y las mujeres estarán separados, remitiéndose a la regulación reglamentaria la eventual excepcionalidad de prisiones o módulos mixtos. Se contempla así la introducción de experiencias novedosas existentes en algunos países y que se han visto posteriormente adoptadas en el orden interno²⁷⁸.

2.- En función de la situación procesal y penal, el apartado b) establece la segregación de detenidos y presos respecto de los condenados y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes. Recoge una clasificación clásica de los reclusos que pretende salvaguardar el más escrupuloso respeto al derecho fundamental a la presunción de inocencia y evitar los perniciosos efectos de la prisionización y la asunción de la subcultura carcelaria analizada por la literatura del momento.

Esta separación deja traslucir la concepción clínica que inspira la legislación al considerar que la delincuencia es un fenómeno “contagiable”, siendo admitida esta posibilidad por GARCÍA VALDÉS en los siguientes términos:

“Razones de evitar el más que posible contagio y las nocivas influencias entre internos apoyan la división, pues la imagen del recluso de larga condena y amplios antecedentes mezclado en el preventivo “blanco”, de reciente ingreso, aconsejándose e instruyéndose respecto a la “carrera criminal”, reflejada por los escritores penitenciarios clásicos, no es ciertamente reconfortante, por no citar cómo se facilitaría así el fenómeno de la prisionización e integración en recluso en la subcultura carcelaria”²⁷⁹.

la Legislación Penal), sino al contrario, por ser demasiado complejo para ser detectado y utilizado en una primera fase clasificatoria. Sea por uno u otro motivo, el Reglamento de 1.981 sustituyó la expresión emotividad por personalidad.

²⁷⁸ La clasificación interior de transexuales, personas no contempladas en los criterios establecidos en la L.O., se regula por la Circular 7/2.006, de 9 de marzo. Las personas transexuales cuya identidad oficial de sexo no concuerde con su identidad psico-social de género, podrán solicitar el reconocimiento de ésta a los efectos de su ubicación interior.

²⁷⁹ GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Ed. Civitas. Madrid, 1.982. Pág. 68.

3.- Según la edad del interno, se señala que “*los jóvenes, con independencia de su situación procesal, estarán separados de los adultos*”. Este mandato constituye una traslación a la legislación interna de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas o del Consejo de Europa, hallándose condicionado dicho criterio por la legislación penal del menor vigente en el momento de elaboración de la Ley²⁸⁰.

4.- Según el estado de salud la legislación establece que los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal de los establecimientos. Para posibilitar esta clasificación interior, la propia Ley, en su artículo 37, ubicado en el Capítulo III (asistencia sanitaria) del Título II (donde se regula el régimen penitenciario) dispone:

“Para la prestación de la asistencia sanitaria todos los establecimientos estarán dotados:

- a) de una enfermería, que contará con un número suficiente de camas, y estará provista del material clínico, instrumental adecuado y productos farmacéuticos básicos para curas de urgencia e intervenciones dentales.
- b) de una dependencia destinada a la observación psiquiátrica y a la atención de los toxicómanos.
- c) de una unidad para enfermos contagiosos”.

5.- Según la culpabilidad, los detenidos y presos por delitos dolosos estarán separados de los que lo estén por delitos de imprudencia. Se traslada así la dualidad contenida en el Código Penal de 1.973 (cuyo Título XIV del Libro IIº regulaba la “imprudencia punible”) al ámbito penitenciario.

Respecto a otros criterios de clasificación no recogidos en la legislación, considerando el momento social y político en el que se elabora la norma,

²⁸⁰Legislación constituida por la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948; el Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948; y los artículos 8.2, 9.3, la regla 1.ª del artículo 20, en lo que se refiere al número 2.º del artículo 8, el segundo párrafo del artículo 22 y el artículo 65 del texto refundido del Código Penal, publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Sobre la clasificación interior por razón de edad en el momento de elaborarse la LOGP LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Teoría de la Penal*. Akal/Iure. Madrid, 1.990. Págs. 239 a 242.

debemos destacar la no inclusión de los motivos ideológicos y políticos concurrentes en el actuar de los internos. Esta separación de los *llamados “presos políticos”* respecto a los *“comunes”*, con una larga tradición en la legislación penitenciaria, fue solicitada por un sector minoritario de la doctrina y rechazada por el legislador. La decisión tomada sitúa a nuestro Ordenamiento dentro de la línea seguida en los países democráticos en los que se considera incompatible de este tipo de presos por ideología o de conciencia con las formas políticas establecidas.

El artículo 17 regula la génesis y el procedimiento de la extinción de la relación jurídica constituida. El número 1 señala que *“la libertad de los detenidos, presos o penados solo podrá ser acordada por autoridad competente.”* A continuación establece una obligación inexcusable para los directores de los centros: la puesta en libertad de los detenidos si, transcurridas las setenta y dos horas siguientes al momento del ingreso, no se hubiere recibido mandamiento u orden de prisión. De igual manera se señala la necesidad, para proceder a la excarcelación de los condenados, de la aprobación de la libertad definitiva por el tribunal sentenciador o de la propuesta de libertad condicional por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

En el momento de la excarcelación se entregará al liberado el saldo de su cuenta de peculio, los valores y efectos depositados a su nombre, una certificación del tiempo pasado privado de libertad y cualificación profesional obtenida durante la reclusión. Además, si el interno careciese de medios económicos, se le facilitarán los necesarios para llegar al lugar de residencia y subvenir a sus primeros gastos²⁸¹.

2.4.- Destino y traslado de los reclusos. Especial referencia al art. 12

Una vez regulado el ingreso, la clasificación interior y la excarcelación, la L.O. realiza una referencia genérica sobre los traslados de los detenidos, presos y penados prescribiendo que se hagan de forma que se respeten la dignidad y los derechos de los internos y la seguridad de la conducción.

²⁸¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur-Menor (Navarra). 2011. Págs. 325 a 327.

Porque no se previó así, resulta evidente que los traslados no tienen la naturaleza de sanción disciplinaria. La conducción es, en consecuencia, un aspecto regimental para todos los internos por razones procesales, de seguridad o buen gobierno de los Centros e incluso para cumplir las funciones de tratamiento que sean precisas, pero en ningún caso una sanción impuesta de forma directa o encubierta²⁸².

Según dispone el artículo 79 de la Ley y por constituir un elemento esencial de la organización de la Institución regulada, el órgano competente para decidir, con carácter ordinario o extraordinario la clasificación y el destino de los reclusos es la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia (desde 1.996 del de Interior, teniendo el Centro directivo rango de Secretaría General en la actualidad).

Los recursos contra las resoluciones administrativas que acuerden o denieguen los traslados son los previstos en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, si bien si la resolución afectase a derechos fundamentales la tutela de los mismos corresponde al Juez de Vigilancia, conforme dispone el artículo 76 de la Ley. Con ello las reiteradísimas solicitudes de los internos invocando su preferencia por ser destinado a algún establecimiento penitenciario próximo al lugar de residencia de sus familiares o allegados o por motivos de acceso a uno de los escasos puestos de trabajo disponibles no aparece recogida en el Ordenamiento jurídico como un derecho subjetivo ni mucho menos como un derecho fundamental oponible a la actuación del Estado, que se presume actúa siempre en favor del interés general. No existe en la legislación penitenciaria el derecho a ser destinado a un determinado centro, ni siquiera a uno próximo al de lugar de residencia, ni mandato alguno para la Administración, por lo que el destino variará en función de cada caso concreto, primando sobre todos ellos la finalidad de reinserción social.

²⁸² El cambio de destino ha sido considerada como una práctica habitual en fraude de ley por parte de la Administración. Véase: BONA I PUIVERT, R. “*Clasificación y Tratamiento Penitenciario. Traslados y permisos de salida: su control jurisdiccional*”. Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.996. Págs. 262 y 263.

Los traslados interurbanos de presos y detenidos se asignan, según dispone el artículo 12.1.b) de la Ley Orgánica 2/1.986, de 13 de marzo, al Cuerpo de la Guardia Civil. Los protocolos y procedimientos para su realización en el Decreto 2.355/1.967, de 16 de diciembre, en la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 15 de junio de 1.995 (especificaciones técnicas que deben reunir los vehículos destinados a las conducciones de detenidos, presos y penados) y en la Instrucción 5/2.009 (modificada por la Instrucción 8/2.2009) de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre conducción y custodia²⁸³.

En este aspecto debemos considerar la necesidad de respetar y conjugar las cuestiones de seguridad, retención y custodia que también forman parte de la Institución y los derechos de los detenidos, presos y penados en la medida en que durante su realización o por las condiciones en las que se efectúan sus derechos fundamentales pueden verse vulnerados o comprometidos. Sirvan como ejemplos de lo señalado las conducciones de internos parcialmente inmovilizados con esposas desde el Archipiélago de Canarias a aeropuertos peninsulares y desde estos a los Centros de destino que supone la restricción al mínimo posible de sus posibilidades deambulatorias o las condiciones de traslado y custodia de personas enfermas o para la asistencia a eventos de índole familiar o social al haberse concedido permisos extraordinarios por tal motivo.

La segunda proposición contenida en el artículo 12 de la Ley Orgánica *“en todo caso, se procurará que cada una (de las áreas territoriales que se designen) cuente con el número suficiente de aquéllos (establecimientos) para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados”*, ha sido objeto de innumerables invocaciones para cuestionar la política de dispersión de internos pertenecientes a grupos armados puesta en marcha por el Ministerio de Justicia en 1.989.

Hasta ese año, el 75% de los 450 reclusos existentes en las prisiones españolas pertenecientes a la banda terrorista ETA se encontraban en los

²⁸³ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur-Menor (Navarra). 2011. Pág. 323.

centros de Herrera de la Mancha y Alcalá-Meco; el resto se ubicaban dispersos en 13 centros. Al objeto de romper los nexos que esta situación propiciaba y favorecer que cada preso decidiera individualmente sobre su futuro condenando la violencia y se acogiesen a eventuales medidas de reinserción, se produjo su distribución entre todos los centros dependientes de la Dirección General.

Desde este momento y de forma sistemática por los grupos del entorno político que han dado soporte al fanatismo separatista se ha denunciado el incumplimiento de lo previsto en el artículo precitado con el objeto de dar cuerpo a la reivindicación de la reagrupación de los presos terroristas existentes en España y Francia en centros penitenciarios del País Vasco o próximos²⁸⁴.

Respecto a la valoración jurídica de la medida aplicada hacemos propio lo señalado por el Comisario Europeo de Derechos Humanos GIL-ROBLES quien en su informe del año 2.000 señaló:

“En cuanto al cumplimiento de las penas en centros penitenciarios del País Vasco cercanos al domicilio del detenido, esta medida no está contemplada en la Constitución ni en la legislación penitenciaria como un derecho, sino como un objetivo de la política penitenciaria para favorecer la reinserción del condenado. El Tribunal Constitucional lo declaró en varias ocasiones y hasta el momento el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos no ha hecho una interpretación en sentido contrario. Sin embargo, y partiendo del hecho de que esta causa no está en el origen de ninguna violación de los derechos contemplados en la Convención Europea

²⁸⁴ La polémica suscitada por esta política de dispersión tuvo su repercusión en el ámbito eclesiástico y amplios sectores sociales del País Vasco. P.E: la Carta Pastoral “*El Preso una Persona Humana*”: “*Es cierto que la situación personal de cada preso es inseparable de su propia historia individual y del contexto socio-político que la rodea. Pero no lo es menos que la persona del preso es un valor que en ningún caso puede ser ignorado en razón de cualquier supuesta eficacia político-social que del mismo se pueda sacar o esperar*”. Se pronuncia en materia de destino de los reclusos y la medida de dispersión cuestionada en los entornos nacionalistas radicales indicando: “*la violación o incumplimiento de la normativa vigente no pueden ser utilizados como instrumento de presión para el logro de objetivos estratégicamente definidos*”. “*...el sistemático y calculado alejamiento del entorno familiar, son situaciones y formas de actuar atentatorias de la dignidad humana, aun cuando hipotéticamente pudieran caer dentro de las reglamentaciones vigentes*”. SETIÉN, J.M. Carta Pastoral: “*El Preso una Persona Humana*”. 6 de enero de 1.990. Editorial Diocesana. San Sebastián.

de los Derechos Humanos Arts. 5,6 y 7), creo que en la medida de lo posible y a condición de que esto ayude realmente al proceso de reinserción, hay que favorecer el cumplimiento de las penas en los centros que ofrezcan más facilidades para la consecución de este objetivo, y en este sentido las proximidad de sus familiares y de su lugar de origen puede y deber ser un elemento que tengan en cuenta las autoridades competentes”.

En este mismo sentido se pronunció BERISTAIN IPIÑA:

“Ningún país democrático proclama como fin único la inserción de los penados. Y ninguno le otorga el derecho a cumplir condena en el establecimiento más próximo a su domicilio habitual”²⁸⁵.

El artículo 12.1 de Ley penitenciaria no contiene un mandato incondicionado al ejecutivo sino un criterio orientativo que habrá de seguirse si no pone en peligro principios superiores de la Institución Penitenciaria, comenzando por los constitucionales de reeducación y reinserción²⁸⁶. Si el entorno social anima o contribuye a la reiteración en la acción delictiva, el alejamiento no solamente es admisible sino que se ha demostrado como una medida válida para que los activistas encarcelados puedan concluir que la realidad contradice sus convicciones individuales y que esta discrepancia concluya con el abandono de la militancia o el cuestionamiento de la organización. Frente a esto, los grupos criminales responden con la denuncia de la desagregación de los internos como una vulneración de sus derechos subrayando las dificultades que se generan para mantener el contacto con los familiares y con la exigencia de que se secunden protestas contra la normativa aplicada (huelgas de hambre o encierros voluntarios en las celdas).

²⁸⁵ BERISTAIN IPIÑA, A. *“Basta Ya. Contra el Nacionalismo Obligatorio”*. VV.AA. Ed. El País-Aguilar. Madrid, 2.003. Pág. 35.

²⁸⁶ El Tribunal Constitucional en Auto 14/1.984, de 11 de enero, estableció que el artículo 25.2 de la Constitución *“no es sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no derivan derechos subjetivos”*. En el mismo sentido establece la STC 19/1.988, de 16 de febrero que los fines reeducadores y resocializadores no son los *“únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad”* y, por ello, no puede considerarse contraria a la Constitución *“la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista”*. Por ello, si no existe un derecho objetivo a la reeducación y reinserción social difícilmente podemos considerar que sí existe el de cumplir la pena en su medio social.

La legislación francesa, país donde también están recluidos un número considerable de terroristas etarras, tampoco tiene una disposición que reconozca el derecho objetivo a cumplir las condenas en establecimientos próximos al domicilio de los penados, aplicando también la medida de dispersión a los internos de nacionalidad española pertenecientes a la banda armada ETA. También allí se pretende evitar la consolidación de estos grupos como colectivo, rotándose en su destino al objeto de prevenir la preparación de fugas, que es una de las preocupaciones principales de la Dirección General de la Administración Penitenciaria Francesa, dependiente del Ministerio de Justicia.

Consideramos que el mantenimiento o la finalización de la dispersión como elemento de la política penitenciaria es una cuestión importante a afrontar por la Gobierno y la Administración ante el anuncio de abandono del uso de la violencia (*“alto el fuego permanente, general y verificable”*, según su terminología) realizado por portavoces de esta organización criminal el 20 de octubre de 2.011, abriéndose nuevamente el debate jurídico sobre la eventual aplicación de la norma analizada como parte integrante esencial de la política antiterrorista, aspecto que analizaremos en el Título correspondiente de este trabajo.

2.5.- Capacidad y dotación de los centros. El principio celular. Otros aspectos (aseo, enseres y pertenencias, alimentación y uniformidad)

El artículo 12 establece en su punto 2º que *“los establecimientos no deberán acoger más de 350 internos por unidad”*. Con ello se traslada a la legislación interna la Regla 63.3 de las Mínimas donde se propone:

“Es conveniente evitar que en los establecimientos cerrados el número de reclusos sea tan elevado que llegue a constituir un obstáculo para la individualización del tratamiento. En algunos países se estima que el número de reclusos en dichos establecimientos no debe pasar de quinientos. En los establecimientos abiertos, el número de detenidos deberá ser lo más reducido posible”.

A lo largo de los años de vigencia de la Ley y consecuencia de la aplicación del llamado “*Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios*”, aprobado por acuerdo de Consejo de Ministros de 5 de julio de 1.991, siendo director General de II.PP. Antoni Asunción, se creó un modelo tipo de centro penitenciario caracterizado por su estructura modular, la existencia de amplios espacios abiertos y la dotación de todos los elementos precisos para el cumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 13 relativas a las dotaciones mínimas de los establecimientos²⁸⁷.

Motivo de crítica al sistema penitenciario ha sido la disposición contenida en su artículo 19 donde se recogió simultáneamente un mandato y su propia excepción. Se señala en su punto primero que “*todos los internos se alojarán en celdas individuales*”. Esta proposición queda matizada inmediatamente:

“En caso de insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del médico o de los equipos de observación y tratamiento, se podrá recurrir a dependencias colectivas. En estos casos, los internos serán seleccionados adecuadamente”.

Este enunciado, que pretende preservar el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución, según las previsiones del artículo 3 L.O.G.P.²⁸⁸, ha servido hasta la actualidad tanto para armar críticas políticas al sistema por causa del supuesto hacinamiento como para asentar promesas electorales sucesivas²⁸⁹.

²⁸⁷ Respecto a la arquitectura penitenciaria TÉLLEZ AGUILERA, A. *Los Sistemas Penitenciarios y sus prisiones*. Derecho y realidad. Edisofer, S.L. Madrid, 1.988. Analiza las construcciones carcelarias, los planeamientos filosóficos que contienen y su desarrollo desde Las Partidas hasta la actualidad, así como el cumplimiento de la normativa vigente.. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Teoría de la Pena*. Akal/Iure. Madrid, 1.990. Págs .286 a 295. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur-Menor (Navarra). 2011. Pág. 236.

²⁸⁸ Existen incluso resoluciones judiciales reconociendo la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia del establecimiento de la obligación de compartir celda en supuestos contrarios al ordenamiento jurídico. P.e.: Sentencia de 28.6.2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la que se condena a la Administración al existir celdas vacías en el establecimiento y lesionar el derecho a la intimidad personal produciendo perjuicios derivados de un auténtico daño moral que exceden una “grave incomodidad” no indemnizable.

²⁸⁹ Sirva como ejemplo de los debates y polémicas políticas que se han suscitado desde la aprobación de la Ley la mantenida en la Comisión de Interior del Congreso de Diputados

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre este aspecto en Sentencia 195/1995, de 19 de diciembre, entendiendo que alojar a más de una persona en una misma celda no atenta al derecho fundamental de la intimidad al permitir la propia legislación penitenciaria esta posibilidad.

En los puntos siguientes de ese artículo se realizan unas consideraciones sobre las características técnicas de estos espacios destinados al alojamiento nocturno de los reclusos y aquellos en los que se desarrolla la vida en común:

“Deberán satisfacer las necesidades de la higiene y estar acondicionadas de manera que el volumen de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción se ajuste a las condiciones climáticas de la localidad”.

El texto aprobado no recogió la enmienda presentada por el Grupo de Socialistas de Cataluña que preveía la posibilidad de que el interno acondicionara su propia celda, argumentándose que la misma tenía su regulación en el reglamento de desarrollo en función del régimen del establecimiento y del grado de tratamiento del recluso. Este aspecto no contemplado en ningún texto normativo constituye una posibilidad a considerar en la medida en que durante un determinado periodo temporal, en ocasiones de varios años, los escasos metros cuadrados asignados constituye su verdadero hogar y único espacio de privacidad al que solamente acceden durante las horas establecidas y siempre disponibles para la inspección revisora del personal de la Institución. Unido en el mismo artículo que reconoce el principio celular, se señala que, por razones de higiene, es exigible un cuidadoso aseo personal a todos los reclusos para lo que la Administración deberá facilitar gratuitamente a los internos los servicios y artículos de aseo diario necesarios.

El artículo 20 suprime la obligatoriedad de llevar uniforme reglamentario hasta ese momento vigente, regulando en positivo el derecho a vestir sus

entre la entonces Secretaria General de Instituciones Penitenciarias Mercedes Gallizo Llamas con la diputada Rosa Díez González el 2 de marzo de 2.011. Diario de Sesiones número 719, Pág. 18 y ss. Respecto a los efectos sobre los internos de la sobre ocupación de los centros: BENITO RANGEL, F, GIL PARRA, M. y VICENTE CUENCA, M.A. *“Efectos aparejados por el hecho de compartir celda”*. Revista de Estudios Penitenciarios N° 253. Madrid, 2.007. Págs. 9 a 18.

propias prendas, siempre que sean adecuadas, u optar por las que les facilite el establecimiento, que deberán ser correctas, adaptadas a las condiciones climatológicas y desprovistas de todo elemento que pueda afectar a la dignidad. En los supuestos de salida al exterior deberán vestir ropas que no denoten su condición de reclusos. Si careciesen de las adecuadas, se les procurará las necesarias.

Esta disposición que exige de uniformidad es más avanzada que las previsiones contenidas en las Reglas 17.1.2 y 88.1 de las Naciones Unidas y 16.1.2 y 88.1.2 del Consejo de Europa, donde sí se prevé la posibilidad de imponer uniformidad carcelaria, así como en otras normas de los países de nuestro entorno. Con ello se supera el degradante sistema penitenciario anterior en su aspecto externo, que incluía notas de infamia y crueldad a la privación de libertad añadiendo deshonor e ignominia de manera innecesaria. En consecuencia, se constituye como un verdadero derecho objetivo de los internos el de vestir sus propias prendas, con fundamento en los artículos 10, 15 y 25.2 de la Constitución.

El artículo 21, en su punto primero, establece el derecho de los internos de disponer de la ropa necesaria para su cama y de mueble para guardar sus pertenencias.

El número 2 recoge la obligación de la Administración de proporcionar

“Una alimentación adecuadamente preparada, controlada médicamente, que responda en cantidad y calidad a las normas dietéticas y de higiene, teniendo en cuenta su estado de salud, la naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, sus convicciones filosóficas y religiosas. Además, dispondrán, en condiciones normales, de agua potable a todas horas”.

En la medida de lo posible se deben facilitar las distintas dietas seguidas por los ciudadanos libremente y aquellas otras que por motivos religiosos o culturales se hallan implantadas en la sociedad. Estamos ante otro de los aspectos de la legislación a valorar positivamente en la medida en que la obligación de la Administración no es solo la elemental de alimentar a las personas sometidas a esta relación especial sino también cumplirlo de forma respetuosa con las creencias personales del recluso.

De manera inversa y escrupulosa, la legislación prevé el destino de los objetos no autorizados a los internos, previéndose que el dinero, ropas, objetos de valor y otros sean guardados en lugar seguro, previo el correspondiente resguardo, o enviados a personas autorizados por el interno. También se dispone la destrucción por razones higiénicas e instada por el médico de las ropas y efectos contaminados. Respecto a los medicamentos que tuviere en su poder, en el momento de ingreso o recibidos del exterior, el Director, de conformidad con el médico, dispondrá cuales puede conservar para su personal administración y cuáles deben quedar depositados en la enfermería, atendidas las necesidades del enfermo y de las exigencias de seguridad. La intervención de estupefacientes determina el cumplimiento del destino legamente establecido de dichas sustancias, negándose con ello cualquier posibilidad de automedicación de los reclusos.

2.6.- Vigilancia y seguridad interior

Este tipo de actuaciones imprescindibles para el cumplimiento de la finalidad de retención y custodia prevista en el Art. 1 de la L.O. no pueden estar provistas de carácter sancionador o disciplinario, siendo contenido integrante del deber de los reclusos previsto en el artículo 4.1º b) de acatar las normas de régimen interior que pautan la vida del establecimiento.

DE VICENTE MARTÍNEZ resalta la importancia dada por el legislador a este asunto y la separación de los aspectos del interior y del exterior de los establecimientos al objeto de dar cumplimiento a la función de retención y custodia que dispone el art. 1 de la Ley y en relación también con su art. 3.4 que establece la obligación a la Administración de velar por la vida, integridad y salud de los internos²⁹⁰ Para esta autora,

“El artículo 23 de la LOGP resume en un texto breve, completo y de gran claridad los procedimientos existentes en la práctica penitenciaria para trata de garantizar la seguridad y el control en los centros penitenciarios, tratando de evitar situaciones de riesgo desencadenadas por la posesión

²⁹⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. “La observación de los internos, los recuentos de la población reclusa, los controles e intervenciones como medidas de seguridad interior de los establecimientos penitenciarios”. Diario La Ley Nº. 7121. Madrid, 2.009. Págs. 5-6.

por parte de los internos de objetos prohibidos y peligrosos, así como tratar de evitar las fugas de los establecimientos penitenciarios. El precepto se justifica por sí mismo dada la variedad de métodos utilizados para introducir en los establecimientos objetos prohibidos, generalmente drogas así como objetos contundentes²⁹¹”.

La regulación de este aspecto fundamental se realiza remitiendo sus condiciones a las disposiciones reglamentarias posteriores²⁹². La L.O. señala en su artículo 23:

“Los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona”.

Desde un análisis actual, resulta llamativa la remisión de aspectos que comprometen la intimidad y la dignidad de las personas a normas subordinadas. En desarrollo del precepto indicado, el Reglamento de 1.981 (bajo la denominación “*Seguridad y vigilancia*”) completó el Ordenamiento y estableció:

“La vigilancia y seguridad interior de los Establecimientos ha de organizarse a través de las siguientes actividades:

1º.- El conocimiento basado en la observación de los internos de cada dependencia, advirtiendo las relaciones con otros internos, los movimientos dentro y fuera del departamento, así como cuantos datos puedan ser valorados sobre actividad delictiva imputada, condena y antecedentes disciplinarios.

2º.- Los recuentos de control de la población reclusa, tanto los ordinarios, según horario aprobado por la Junta de Régimen y Administración, como

²⁹¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. “Registros y cacheos en el ámbito penitenciario” Revista de Derecho y Proceso Penal. 22. Aranzadi. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2.009. Págs 31 y 32.

²⁹² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur-Menor (Navarra). 2011. Pág. 373.

los extraordinarios que se ordenen fuera de aquel horario. El resultado de todos los recuentos efectuados constará en partes, que firmarán los funcionarios que los hayan practicado.

Los recuentos que no se efectúen estando los internos en sus respectivas celdas, necesariamente se verificarán en formación para asegurar la rapidez y seguridad del resultado.

3°.- Los registros de ropas y enseres de los internos y las requisas de puertas, ventanas, suelos, paredes y techos de las celdas o dormitorios, salas de recreo y demás dependencias. De cuantos registros y requisas se practiquen se formularán partes, con indicación del resultado, que firmarán los funcionarios que los hayan efectuado.

4°.- El registro y control de las personas autorizadas a comunicar con los internos, así como de las que tengan acceso al interior de los Establecimientos para realizar algún trabajo o gestión dentro de los mismos.

5°.- El control de las actividades de los internos para prevenir infracciones disciplinarias, poniendo en conocimiento inmediato del jefe de Servicios cualquier anomalía regimental que se observare y hasta cualquier indicio o sospecha de perturbación de la vida normal del Establecimiento.

6°.- La adopción por los funcionarios de servicio de medidas provisionales, incluida la separación o aislamiento durante el tiempo mínimo indispensable de los internos que provoquen alteraciones graves del orden y de la seguridad del Establecimiento, dando cuenta inmediata al Director.

7°.- El registro de vehículos que entren o salgan del Establecimiento que se fijen por la Dirección del mismo.

8°.- El registro de paquetes y encargos que reciban o remitan los internos.

9°.- Todas las actividades mencionadas en este artículo se practicarán con el respeto debido a la dignidad de las personas”.

La competencia para realizarlo, salvo en lo previsto en la disposición final primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria, corresponde a los

funcionarios de Instituciones Penitenciarias, conforme a la distribución de los servicios que el Director acuerde. Por el contrario y según dispuso el artículo 74 del Reglamento (nada indica la Ley Orgánica al respecto), la vigilancia exterior corresponde a las Fuerzas de Seguridad del Estado, conforme establecía el artículo 4.1.d) de la Ley 55/1.978, de 4 de diciembre, de Policía, vigente en el momento de elaborarse la Ley penitenciaria y que asignaba esta función al Cuerpo de la Guardia Civil.

La previsión legal de practicar registros y cacheos en las personas de los internos que se recoge en el artículo 23 no tuvo un desarrollo explícito en el Reglamento inicial. Ninguna de las actividades descritas en la norma subordinada alude directamente a la realización de cacheos sobre las personas, aspecto que tiene una incidencia directa sobre la dignidad de quien es sometido a esta práctica necesaria para el mantenimiento del orden interno. Como señala DE VICENTE MARTÍNEZ

“Sólo deben realizarse de forma excepcional, cuando sea necesario por motivos de seguridad, es decir, para proceder al registro es preciso que concurra una causa concreta suficientemente justificativa” “Es decir, para justificarla limitación del derecho del interno no basta con aducir que con el registro se trata de preservar el buen orden y seguridad del establecimiento o de semejante tenor, sino que se debe argumentar alguna razón más concreta en relación a las circunstancias específicas del establecimiento o bien por otras razones concretas relacionadas con el recluso, derivado de comportamientos previos, o de datos o informaciones concretas relacionadas con el mismo y que hicieran suponer fundadamente que el mismo pudiera albergar en su celda sustancias y objetos prohibidos”²⁹³

En consecuencia debemos afirmar que los registros y cacheos han formado parte de la vida diaria en las prisiones siendo realizados bajo la cobertura de la Ley Orgánica pero sin determinación de los casos, garantías y periodicidad en su realización.

²⁹³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. "Registros y cacheos en el ámbito penitenciario". Revista de Derecho y Proceso Penal 22. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). Pág. 34.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia de Amparo 57/1.994, de 28 de febrero, quince años después de elaborarse la Ley Orgánica, se pronunció sobre la cuestión. Constituye una Resolución profunda que analiza Tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por nuestro país en la que se determina el alcance de artículos de la Constitución esenciales como son el 10.1 (dignidad personal), 15 (prohibición de torturas o penas o tratos inhumanos o degradantes) y 18.1 (intimidad personal de la que forma parte la intimidad corporal).

El Tribunal admite en el ámbito de la relación de sujeción especial constituida la limitación excepcional de este derecho fundamental en la medida en que los registros sobre las personas pueden constituir, en determinadas situaciones, *“un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden en un establecimiento”*. Por lo tanto, solamente desde el análisis de la necesidad imprescindible de la adopción de estas medidas invasivas de la intimidad corporal se puede fundamentar su realización ponderando la situación concreta en el momento de la adopción de la medida y la conducta del interno, debiendo acudir siempre a los métodos que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos de las personas, siendo preciso que exista siempre un control posterior de los órganos judiciales. Literalmente señala:

“Todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido... de tal manera que para adoptar tal medida es preciso ponderar adecuadamente y, de forma equilibrada, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal, por un lado y, por otra parte, si dicha medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés jurídico que se pretende proteger. Y bien se comprende que el respeto a esta exigencia requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración Penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar, y posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental” (F.J. 6º)

Estamos ante la sentencia que permitió fundamentar jurídicamente la regulación efectuada por el Reglamento de 1.996 y que analizaremos oportunamente²⁹⁴.

2.7.- El Régimen en el Reglamento de 1.996

La regulación de los aspectos de vigilancia y seguridad interior se realiza en el Reglamento de 1.996 en el Capítulo VIII (“*de la seguridad de los Establecimientos*”) del Título II (“*de la Organización de los centros*”) y no, como parecería razonable (siguiendo la sistemática de la Ley Orgánica y del Reglamento anterior) en el Título destinado al régimen²⁹⁵.

El artículo 63 establece que la seguridad exterior de los Establecimientos corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o, en su caso, a los cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas. Supone una actualización de la normativa conforme a la realidad existente tras la creación de cuerpos policiales propios en varias regiones y a las disposiciones de la Ley Orgánica 2/1.986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

²⁹⁴ Aunque dicha sentencia se dictó en relación con el ámbito penitenciario y por existir un elemento común con el de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se trasladó esta doctrina en los supuestos de detención de personas motivado por el hecho de que la decisión de proceder al cacheo con desnudo integral la adoptan responsables de la Administración, en un caso penitenciario y, en otro, policial.

Únicamente el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina que “*la detención deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio*”, y el artículo 19 de la L.O. 1/1992, de 21 de diciembre, de Protección de la Seguridad Ciudadana, permite el control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos. Ambos preceptos resultaban insuficientes para perfilar los límites de los registros personales o cacheos en el ámbito, y no permitían saber cuándo y de qué modo es posible acudir a este tipo de registro. Se dictó la Instrucción número 7/1.996, de 20 de diciembre, del Secretario de Estado de Seguridad, en relación con la práctica de desnudos integrales a detenidos con el fin de averiguar si portan entre sus ropas o en los pliegues de su cuerpo algún objeto peligroso o pruebas incriminatorias. La L.O. 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana ha regulado los registros corporales externos, que sólo podrán realizarse por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando existan motivos para suponer que pueden conducir al hallazgo de instrumentos, efectos y otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que tienen encomendadas ex lege. Deben ocasionar el menor perjuicio a la dignidad de la persona, efectuarse por agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique y, cuando lo exija el respeto a la intimidad, en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. El art. 20.4. prevé su realización “*contra la voluntad del afectado, adoptando las medidas de compulsión indispensables, conforme a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad*”.

²⁹⁵ El art. 65 se modifica en su apartado primero y se introducen un segundo y tercero por R.D. 419/2.011, de 25 de marzo.

La Ley 5/2.014, de 4 de abril, de Seguridad Privada ha introducido en su artículo 40.1 a) la posibilidad de que efectivos de seguridad privada portando armas de fuego participen en la vigilancia perimetral exterior de los centros bajo los principios de complementariedad y subordinación funcional respecto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad²⁹⁶.

En cuanto a la seguridad interior, en 1.996 se mantiene la misma disposición del Reglamento anterior respecto a que esta labor corresponde a los funcionarios de Instituciones penitenciarias, siendo reseñable la referencia a “*los Cuerpos*” que se establece, “*con arreglo a los cometidos propios de cada uno y a la distribución de los servicios acordada por el Director del Establecimiento*”, redacción que involucra a todos los funcionarios, con independencia de sus atribuciones concretas o Cuerpos funcionariales de pertenencia en esta responsabilidad elemental para la propia pervivencia del orden interior y la salvaguarda de la integridad de todas las personas, internos, empleados o colaboradores que se encuentren en el establecimiento.

El artículo 65 enumera las medidas a aplicar para conseguir la seguridad interior²⁹⁷:

- Observación de los internos. Constituye la primera actuación que se matiza en el artículo 66 en el que desaparecen las referencias a los datos relativos a la actividad delictiva imputada, condena y antecedentes disciplinarios que recogía el Reglamento de 1.981. Introduce tanto la apreciación del influjo beneficioso o nocivo que puedan ejercer otros internos sobre el informado y la necesidad de elevar el correspondiente

²⁹⁶ En el mes de junio de 2.013, un año antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Seguridad Privada, estos vigilantes ya se habían incorporado para realizar estas funciones sin previa reforma legislativa señaladas al considerarse que se realizan con carácter auxiliar y de apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

²⁹⁷ Sobre la incidencia de estas medidas de seguridad en los derechos de los internos destaca las reflexiones aportadas por CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. 3ª edición. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.012. Págs. 167 a 169, destacando la no consideración de la celda como domicilio habitual y las consecuencias que conlleva sobre la intimidad de sus titulares. Además basa en los principios de necesidad y proporcionalidad su posible realización y el respeto a la intimidad y los derechos fundamentales su forma de ejecución, conforme “*señala acertadamente la STC 57/94 de 28 de febrero*” (Pág. 169).

informe en supuesto de detectarse circunstancias relevantes para la seguridad del establecimiento o el tratamiento de los internos.

La obligación del funcionario de observar a los reclusos se recogía en el Real Decreto de 5 de mayo de 1.913, siendo esta la idea básica del modelo Panóptico de BEHTHAM de 1.797 que situaba en el eje de esta actuación en un vigilante colocado estratégicamente en el centro del edificio lo que le permitía acceder visualmente a todos los internos sin ser visto. A ello se sumaba un entramado de tubos que posibilitaba la vigilancia acústica.

Trasladando esta finalidad básica del control de las personas privadas de libertad a nuestros días analiza DE VICENTE MARTÍNEZ la aplicación actual de la observación telemática,

“...no cabe duda que el objetivo de la misma, el conocimiento del interno que permita prever conductas atentatorias contra su seguridad, sólo podrá ser plenamente alcanzada a través del contacto cotidiano con los internos, algo que en la actualidad es cada vez más infrecuente²⁹⁸”.

- Recuentos ordinarios y extraordinarios de la población reclusa. Se mantiene una regulación similar a la del anterior Reglamento salvo en la eliminación de la referencia a su realización en formación por razones de rapidez y seguridad del resultado, dejando abierta la forma a aquella que garantice los mismos fines.

Existen resoluciones judiciales que justifican su realización en la comprobación del estado físico del recluso y no solamente en razones de seguridad, lo que merece ser destacado²⁹⁹.

- Registros, cacheos y requisas. El artículo 68 reitera en su punto primero lo establecido en el 76.3º del Reglamento anterior pero introduce una importante novedad al establecer un punto segundo con la regulación de los cacheos con desnudo integral. Así se indica:

“Por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño

²⁹⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *“La observación de los internos, los recuentos de la población reclusa, los controles e intervenciones como medidas de seguridad interior de los establecimientos penitenciarios”*. Diario La Ley Nº. 7121. Madrid, 2.009. Págs. 7.

²⁹⁹ Entre otros: Autos JVP de Las Palmas de 18 de junio y 1 de agosto de 1.994 y JCVP de 1 de diciembre de 2.005.

a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios.

El cacheo con desnudo integral se efectuará por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad.

Si el resultado del cacheo con desnudo integral fuese infructuoso y persistiese la sospecha, se podrá solicitar por el Director a la Autoridad judicial competente la autorización para la aplicación de otros medios de control adecuados”.

Esta es una novedad esencial del Reglamento de 1.996 en el que, por primera vez en nuestra legislación, se contempla y regula una de las más graves intromisiones de los poderes públicos en la intimidad de los ciudadanos, en un ámbito de evidente desigualdad en la relación jurídica y que afecta a la intangibilidad física de la persona por razones de dignidad y de intimidad.

La ausencia de regulación no significa, en modo alguno, que estos cacheos con desnudo integral no se realizaran con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento vigente. Se practicaban sin normativa que lo amparase más allá de la genérica referencia contenida en la Ley Orgánica y, en consecuencia, sin garantías jurídicas suficientes (“*Consuetudinaria práctica de las prisiones españolas desde tiempos inmemorables*”, en palabras de DE VICENTE MARTÍNEZ)³⁰⁰.

En el ámbito procesal penal, nos hallaríamos ante unas diligencias que tienen por objeto el examen (superficial o en profundidad) del cuerpo humano de una persona viva encaminadas principalmente a recopilar información útil para el esclarecimiento de los delitos y de las circunstancias en que se han cometido. Sin embargo en el ámbito penitenciario las intervenciones corporales se realizan, con carácter general, al margen de la

³⁰⁰ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. “Registros y cacheos en el ámbito penitenciario”. Revista de Derecho y Proceso Penal 22. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). Pág. 38.

investigación penal o como diligencia de prevención y por tanto fuera del marco de una actuación procesal.

Las intervenciones corporales inciden (o pueden incidir) de modo grave en los derechos fundamentales, especialmente los derechos a la integridad física y a la intimidad y su finalidad solo puede ser descubrir objetos escondidos en él. Cualquier otro fin (sancionador o intimidatorio) puede ser tachado como abusivo y vejatorio.

Al tratarse de una medida extrema restrictiva de los derechos fundamentales, su licitud dependerá del respeto al principio de proporcionalidad en su adopción y en la forma de realización. Ejecutarlas sin los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos determinaría la eventual ineficacia de las pruebas obtenidas en su caso para la imposición de la sanción administrativa tipificada en la legislación penitenciaria o para obtener la imputación en el ámbito penal y, además, la posibilidad de que el empleado público incurriera en alguno de los tipos descritos en el Código Penal o en el Estatuto Básico del Empleado Público³⁰¹. Fundamentación individualizada, imprescindibilidad y subsidiariedad, proporcionalidad, motivación, excepcionalidad, no carácter disuasorio y dación de cuenta son los requisitos que considera DE VICENTE MARTÍNEZ para que realización se adecúe a los requisitos legales establecidos³⁰²

La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está

³⁰¹ Además del ámbito penitenciario, los distintos tipos de intervenciones que la jurisprudencia constitucional estima admisibles son múltiples: el test de alcoholemia sobre conductores (SSTC 103/1985 y 161/1997) ; los llamados “registros íntimos” en el interior del cuerpo humano para buscar pruebas de la comisión de un delito (SSTC 37/1989 y 57/1994); la obtención de huellas dactilares (STC 37/1989); la extracción de sangre y de vello (SSTC 103/1985 y 207/1996); el examen radiológico (STC 35/1996). Para estas intervenciones corporales la única base legal se encuentra en el artículo 478.1 L.E.Crim.

³⁰² DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *“Registros y cacheos en el ámbito penitenciario”*. Revista de Derecho y Proceso Penal 22. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). Págs 40 a 45.

establecida expresamente en el Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁰³.

El Reglamento vigente viene a reconocer que el derecho fundamental a la intimidad no es absoluto y pueden ceder ante razones justificadas de interés general en evitación de acciones que pudieran alterar gravemente el orden del Establecimiento afectando a derechos fundamentales básicos y en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, posibilidad expresamente reconocida por la jurisprudencia constitucional no en cuanto a su realización per se sino para la persecución y sanción de comportamientos prohibidos en vía penal o administrativa³⁰⁴.

Se establece su realización por funcionario penitenciario del mismo sexo, en lugar cerrado, sin la presencia de otros internos y previa autorización del Jefe de Servicios (que según dispone el Art. 287.2.2ª del Reglamento de 1.981, vigente en estos momentos tiene como obligación específica cuidar de la disciplina general del Establecimiento). No cabe la iniciativa propia de los funcionarios sino que deben contar con la autorización expresa de este responsable.

La exigencia de proporcionalidad se establece claramente: deben existir motivos de seguridad concretos y específicos, razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento. De todos los realizados se formulará parte por escrito firmado por los funcionarios que lo hayan realizado. La ausencia

³⁰³ Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

³⁰⁴ Sentencia T.C. 37/1.989. Fundamentos Jurídicos 7º y 8º.

de motivación ocasionaría por sí sola en estos casos la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo. (SSTC 57/1994, 294/2000 y 218/2002).

Una cuestión importante es el eventual ejercicio de fuerza física en supuestos en los que la persona que ha de soportar la intervención corporal no consienta su práctica. El derecho a la integridad física y moral consagrado en el Art. 15 CE implica que las personas tienen un derecho a la intangibilidad salvo que medie su consentimiento. No obstante, el sujeto pasivo puede ser compelido a su realización mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta se pueda hacer en relación con los indicios ya existentes (STC 27/1989). Se puede afirmar que el sujeto pasivo tiene derecho a no someterse a las pruebas a cambio de soportar las consecuencias jurídicas derivadas del rechazo, que pueden ser, en ocasiones peores que las derivadas del sometimiento voluntario salvo que los motivos de seguridad contrastados determinen la necesidad imperiosa de aprehender el objeto buscado. Esta interpretación la apoyamos en que, si bien la jurisprudencia constitucional no ha afirmado que quepa suplir con la coacción física la falta de colaboración del afectado, tampoco ha excluido totalmente esta posibilidad (SSTC 37/1989 y 207/1996).

Por todo lo señalado, consideramos que es necesario dotar de cobertura por Ley, bien autónoma, de reforma de la penitenciaria o incluso en la de Enjuiciamiento Criminal regulándose de forma expresa todas estas cuestiones y estableciendo un protocolo de actuación taxativo y sometido a control judicial.

El Reglamento penitenciario prevé en su artículo 68.4 la *“aplicación de otros medios de control adecuados”* en los supuestos en *“los que los cacheos con desnudo integral fuesen infructuosos y persistiesen las sospechas mediando solicitud del Director a la Autoridad Judicial”*. Estamos ante una redacción reglamentaria ambigua que obvia dos aspectos fundamentales: la concreción de los medios a aplicar y la autoridad

competente que lo debe autorizar, lo que dificulta la interpretación de la norma conforme a los parámetros de seguridad jurídica que deben regir la materia³⁰⁵.

Si entendemos que existe una referencia indirecta a las pruebas radiológicas, debemos considerar que en aplicación de los principios generales de proporcionalidad y necesidad se podrían autorizar por el juez de guardia correspondiente en supuestos comprendidos en el ámbito del prevención de la comisión de hechos delictivos o de investigación y descubrimiento de ilícitos penales y, en consecuencia, con todas las garantías constitucionales. Si se tratara del descubrimiento de objetos que pudieran suponer un peligro grave y cierto para el orden del establecimiento, consideramos que el Juzgado de Vigilancia también podría actuar.

A continuación el Reglamento vigente prevé la realización de *“otros registros y controles sobre las personas autorizadas a comunicar y de quienes tengan acceso al interior de los Establecimientos para realizar algún trabajo o gestión de los mismos, salvo en las visitas oficiales de las Autoridades y de los vehículos que entren o salgan del Establecimiento y de los paquetes y encargos que reciban o remitan los internos”*, unificando en un solo artículo lo previsto en tres con anterioridad.

El Reglamento, al regular las visitas y comunicaciones de los familiares en el artículo 45.7, establece el respeto máximo a la intimidad de los comunicantes y prevé la realización de cacheos con desnudo integral con los mismos requisitos que los establecidos para los internos. En estos supuestos la relación de sujeción especial no existe por lo que se excluye cualquier justificación de la medida salvo la evitación o persecución de un ilícito penal. Cuando el sospechoso se niegue a someterse a la exploración podrá llegar a practicarse su detención basada en las sospechas de ser portador de

³⁰⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur-Menor (Navarra). 2011. Pág. 380. DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *“Registros y cacheos en el ámbito penitenciario”*. Revista de Derecho y Proceso Penal 22. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). Págs. 47 a 50.

sustancias ilícitas y procederse de conformidad con lo dispuesto en el art. 520.4 LECrim, garantizando la instrucción de sus derechos y posibilitando una eventual prueba radiológica con autorización judicial y presencia de letrado en su práctica.

En 1.996 se incorpora como novedad las intervenciones. Cinco son los objetos que deben ser intervenidos: dinero, objetos de valor como las joyas y alhajas, objetos peligrosos para la seguridad o convivencia ordenada, objetos prohibidos y objetos de ilícita procedencia. El motivo de incluir un determinado objeto o instrumento en esta categoría es diverso debiendo referirse siempre a los principios de orden, seguridad y disciplina sin posibilidad de que se hipervaloren³⁰⁶.

2.8.- Los medios coercitivos en la legislación española vigente

La previsión legal de utilización los medios coercitivos se establece en el artículo 45 de la Ley Orgánica, es decir, dentro del capítulo del régimen disciplinario, sistemática que se mantuvo en el Reglamento de 1.981 y que se modifica y corrige acertadamente en 1.996.

La Ley no realiza una enumeración de estos medios sino que se remite a las disposiciones de desarrollo, describiendo las situaciones que pueden justificar su empleo en el punto primero del artículo señalado, que son³⁰⁷:

“a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos

b) Para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas

306 Así lo analiza DE VICENTE MARTÍNEZ cuando aborda las resoluciones dictadas sobre la improcedencia de conservar y portar una camiseta con la sola leyenda “presos vascos a Euskal Herria”, los diferentes derechos e intereses enfrentados y la necesidad de que la administración acredite o aluda a eventuales anomalías en el comportamiento de los restantes reclusos del Centro. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.” *La Observación de los internos, los recuentos de la población reclusa, los controles e intervenciones como medidas de seguridad interior de los establecimientos penitenciarios*”. Diario La Ley 7.121. 24 de febrero de 2.009. Págs. 10-11.

³⁰⁷ En el momento de elaboración de la Ley Orgánica los medios coercitivos se encontraban regulados de forma provisional en la Orden Circular de 31 de julio de 1.978 y, de manera definitiva, en el artículo 2 del Real Decreto 2.298/1.979, de 20 de julio, sobre naturaleza y derecho de asociación de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias, que al dar una nueva redacción al artículo 453 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1.956, decía “*En caso de alteración grave del orden en el interior de los establecimientos, el director podrá ordenar a los funcionarios que hagan uso de las defensas de goma, esposas, esprais lacrimógenos u otros medios análogos para el restablecimiento de aquel*”

c) para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo”.

Respecto a la autorización, la Ley Orgánica establece un criterio general: *“solo podrán utilizarse, con autorización del director”*, matizándose en el segundo punto:

“Cuando, ante la urgencia de la situación, se tuviese que hacer uso de tales medios, se comunicará inmediatamente al Director, el cual lo pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia”.

Por lo tanto existe una habilitación genérica a cualquier funcionario para actuar en los supuestos de urgencia.

La finalidad de su uso se limita exclusivamente al restablecimiento de la normalidad y solamente subsistirá el tiempo estrictamente necesario. Desde el punto de vista de su justificación, el Reglamento de 1.981 añadió a la redacción de la Ley la necesidad de exponer al Juez de Vigilancia los motivos de su aplicación y el de 1.996 impone que esta comunicación se realice *“con expresión detallada de los hechos que hubieran dado lugar a dicha utilización, de las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento y también el cese en su aplicación”.*

La Ley Orgánica remite a las previsiones reglamentarias cuales pueden ser estos medios coercitivos. Tanto en el Reglamento de 1.981 (que reprodujo los medios previstos en las Órdenes Circulares aprobadas con anterioridad) como el vigente señalan: aislamiento provisional, fuerza física personal, defensas de goma, aerosoles de acción adecuada y esposas.

El Reglamento actual ha establecido y matizado algunas cuestiones en cuanto a su empleo, pudiéndose destacar los siguientes:

a) Su uso será proporcional al fin pretendido, nunca supondrá una sanción encubierta y solo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario.

b) No podrán ser aplicados a mujeres gestantes y hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran

hijos consigo, ni a los enfermos convalecientes de enfermedad grave, salvo en los casos en los que de la actuación de aquéllos pudiera derivarse un inminente peligro para su integridad o para la de otras personas.

c) Cuando se aplique la medida de aislamiento provisional, el interno será visitado diariamente por el Médico.

d) Los medios materiales coercitivos serán depositados en aquel lugar o lugares que el Director entienda idóneos, y su cuantía y estado se reflejarán en libro oficial.

Mención destacada merece la previsión realizada en el punto 5 del artículo 72 del Reglamento:

“En caso de graves alteraciones del orden con peligro para las personas o para las instalaciones, el Director con carácter provisional podrá recabar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad de guardia en el Establecimiento, quienes en caso de tener que utilizar las armas de fuego lo harán por los mismos motivos y con las mismas limitaciones que establece la legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

Esta medida dota a las direcciones de los Centros de una posibilidad para restablecer el orden en supuestos de alteraciones graves que no existía ni gozaba de cobertura legal con anterioridad a 1.996. Nos hallamos ante situaciones excepcionales en las que una decidida intervención inicial, proporcionada a la gravedad de la situación presente, puede suponer la evitación de mayores desórdenes posteriores.

2.9.- La participación de los internos ¿régimen o tratamiento?

El artículo 24 de la Ley constituye un ejemplo más de la imposible dicotomía que pretendió consagrar el legislador. Se establece una normativa que tiende a estimular sistemas de participación en actividades y la asunción de responsabilidades por los internos en el orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo. La interpretación inicial es diáfana: nos encontramos ante actividades propias del centro desprovistas de contenido terapéutico o tratamental. Sin embargo, no podemos admitir que estos aspectos carezcan de valores inherentes aplicables a los principios

de rehabilitación social que la Constitución propugna, entendiéndose por el contrario que existe una vinculación directa entre la previsión contenida en los artículos 9.2 y 25.2 de su articulado.

Sorprende por heterogénea la sistemática del artículo que introduce un segundo párrafo regulando el derecho de los internos a la “*adquisición de productos alimenticios y su consumo en el interior*”, estableciendo como importe máximo de los mismos los que rijan en la localidad donde se halle ubicado el establecimiento, abriendo la posibilidad de que los internos participen en el control de la calidad y precios de estos productos. Nos encontramos así ante un verdadero “*escalón normativo*” que eleva a rango orgánico la posibilidad de adquirir y consumir productos a precio de mercado conforme a sus preferencias, equiparando este derecho con un pilar importante de la articulación de la vida del centro penitenciario como es el reconocimiento del derecho a participar en sus asuntos que le reconoce como miembro integrante de la misma y, en consecuencia, de la propia sociedad.

La responsabilización de los internos en la gestión de los centros, la incorporación de sus actuaciones a estas cuestiones consideradas regimentales fue una de las novedades de la Legislación española que acogió las previsiones de las Reglas Mínimas de Ginebra y siguió los modelos de legislaciones comparadas como las de Alemania, Suecia, Noruega y Bélgica. Tampoco podemos olvidar que estas novedades legislativas ya fueron avanzadas meses antes en disposiciones con rango de Circular³⁰⁸.

Sorprende que los penitenciaristas del momento ensalzaran la importancia de la co-gestión como método para lograr la reeducación y reinserción social de los reclusos y, sin embargo, abrazaran acriticamente los postulados estrictos del concepto tratamental. En este sentido solamente algunos

³⁰⁸ La Regla 28, después de prohibir en el apartado 1º que los reclusos puedan desempeñar en los servicios del establecimiento un empleo que permita ejercitar una facultad disciplinaria, dispone en el párrafo 2º: “*sin embargo, esta regla no será un obstáculo para el buen funcionamiento de los sistemas a base de autogobierno. Estos sistemas implican, en efecto, que se confíen bajo fiscalización, a reclusos agrupados para su tratamiento, ciertas actividades o responsabilidades de orden social, educativo o deportivo.*”

autores anticiparon la conjunción de todos los recursos para el mismo fin. Ejemplo de ello lo constituye GARRIDO GUZMÁN quien escribió:

*“El moderno Derecho penitenciario orientado hacia la resocialización exige que el interno adquiriera o conserve hábitos de iniciativa y responsabilidad, evidentemente formativos de la personalidad”*³⁰⁹.

La gestión conjunta y ciertos niveles de autogobierno como derecho legalmente reconocido, más allá de los fines de normalización que tiene, constituye un elemento fundamental en la finalidad de reeducación en orden a cumplir el mandato dirigido a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removiéndolos obstáculos que el medio carcelario implica en orden a impedir o dificultar su plenitud, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. COBO DEL ROSAL y BOIX REIG señalan:

*“Se trata, en definitiva, de que la ejecución de ciertas sanciones penales se cumpla, en condiciones tales, que los penados puedan ejercer voluntariamente su derecho de reincorporación a la sociedad en condiciones satisfactorias”*³¹⁰.

La Ley Orgánica reenvía a las disposiciones reglamentarias las condiciones y formas de participación en las actividades de los centros. El Reglamento de 1.981 lo hizo en el capítulo XI del título II, en sus artículos 135 a 137. La regulación posibilitó esta participación en los establecimientos de cumplimiento de régimen abierto y de régimen ordinario, así como en los de preventivos. En consecuencia, se excluyeron reglamentariamente a los internos de los establecimientos de régimen cerrado y especial.

Sin embargo, la reforma parcial del Régimen de 26 de marzo de 1.984, en su artículo 46 que reguló los establecimientos cerrados, introdujo la

³⁰⁹ GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penal*. Ed. Civitas. Madrid, 1.982. Pág. 378.

³¹⁰ COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J. *“Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social”*. Comentarios a la Legislación Penal, tomo 1. Derecho Penal y Constitución. Madrid, 1.982, Pág. 222.

posibilidad de que la Junta de Régimen y Administración, con informe del equipo técnico, pudiera establecer, dentro del régimen general,

“distintas modalidades en el sistema de vida de los internos según las características de éstos y los grados de control que sea necesario mantener sobre los mismos, fijando, en cada caso, limitaciones de las actividades en común y del número de internos participantes en las mismas”.

La regulación exhaustiva del Reglamento de 1.981 constituye un ejemplo de numerosas disposiciones legales que se hallan pendientes de trasladar a la vida diaria de los Centros. La creación de las Comisiones establecidas en la norma (*de programación y desarrollo de las actividades educativas, culturales y religiosas, actividades recreativas y deportivas y actividades laborales, compuesta cada una de ellas por tres internos, al menos, elegidos o renovados en la elección cada seis meses conforme a un censo del que se excluya a los que tuvieran antecedentes disciplinarios sin cancelar*) y sus funciones no han existido salvo en casos excepcionales de la realidad penitenciaria española salvo cuando se han puesto en funcionamiento lo llamados módulos de respeto. Así lo indican FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN cuando analizan las previsiones de participación de los internos:

“las anteriores previsiones constituyen probablemente en gran medida letra muerta del reglamento, y las mayores cotas de participación en encuentran en los módulos de respeto, que responden al principio de configuración de su normativa específica en sí misma en programa de intervención reeducadora,, en el que el acceso al mismo del interno está basado en el principio de voluntariedad, y cuya dinámica real de funcionamiento se basa en una división de los reclusos en grupos, a cuyo frente se encuentra como líder un interno, y en el que la participación se asegura conforme a las reglas siguientes: 1º. Briefing diario; 2º. Asamblea de representantes; 3º. Comisión de Acogida. 4º. Comisión de convivencia.

5º. *Comisión de ayuda legal. Esta Comisión orientará al interno a la hora de formular peticiones o realizar recursos. 6º. Comisiones de área*”³¹¹.

El Reglamento de 1.996 modifica la sistemática establecida para la participación de los internos en las actividades de los establecimientos, situando la materia como un Capítulo propio dentro del Título II (“*de la organización General*”), es decir, al margen del Título III (“*del Régimen de los Establecimientos penitenciarios*”) y junto a la regulación de los siguientes aspectos: “*del ingreso en un establecimiento penitenciario, de la libertad y excarcelación, conducciones y traslados, relaciones con el exterior, información, quejas y recursos, de la participación y colaboración de las organizaciones no gubernamentales y de la seguridad de los establecimientos*”.

De forma paralela a la participación en las actividades del Centro, el artículo 61.1 de la Ley Orgánica regula, según hemos señalado en el Capítulo correspondiente del presente trabajo, la participación de los internos en la planificación y ejecución de su tratamiento para conseguir su colaboración.

Como último artículo del primer Capítulo de la Ley Orgánica, el 25 prevé la existencia de un horario en todos los centros

“que garantice ocho horas para el descanso nocturno y queden atendidas las necesidades espirituales y físicas, las sesiones de tratamiento y las actividades formativas, laborales y culturales de los internos”.

Esta previsión permite cuestionar la práctica de realizar recuentos y otras formas de control en horario nocturno que supongan la comprobación de la permanencia de los reclusos en sus celdas y que puedan perturbar este descanso continuado. Entendemos que solamente en supuestos de justificada necesidad, con carácter extraordinario y de manera limitada en el tiempo

³¹¹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur-Menor (Navarra). 2011. Pág. 301.

sería admisible su existencia, siendo en consecuencia improcedente su reiteración sistemática o su práctica innecesaria.

3.-SUBORDINACIÓN DEL RÉGIMEN AL TRATAMIENTO

El artículo 71 de la Ley Orgánica establece la subordinación de las actividades regimentales a las tratamentales, señalando en su punto 1:

“El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas”.

En el segundo punto se señala:

“las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas. La Dirección del establecimiento organizarán los distintos servicios, de modo que los miembros del personal alcancen la necesaria comprensión de sus correspondientes funciones y responsabilidades para lograr la indispensable coordinación”.

Esta redacción, junto con la ubicación sistemática de los aspectos tratamentales y regimentales en Títulos distintos, configura dos planos diferenciados de la estancia de los internos en prisión coherentes con el modelo propuesto por el legislador.

La normativa penitenciaria recogió reiteradas formulaciones de esta subordinación respondiendo al planteamiento ofrecido con insistencia para separar lo jurídico de lo psicológico, negando virtualidad a los primeros aspectos para lograr resultados sobre lo segundo y lo hizo con una norma del más alto rango³¹².

³¹² Esta misma interpretación se mantiene en la actualidad por algunos autores. Así GALLEGO DÍAZ afirma “el régimen no es tratamiento” para luego afirmar “nada impide que una determinada actividad de régimen se convierta a veces, en relación con un penado concreto, en elemento del tratamiento, pues, como ya se ha indicado, una actividad formativa, por ejemplo, puede resultar de gran utilidad para la reinserción del interno. Pero en todo caso tal actividad, para que pueda operar como elemento del tratamiento, ha de obedecer o responder a un plan individualizado que tenga relación directa con el diagnóstico de la personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial del interno basado en un estudio científico, tal y como exige el artículo 62 LOGP, a la que habrá de

Podemos señalar algunos artículos concretos en los que directamente se elevan las necesidades treatmentales respecto a los aspectos organizativos, suscitándose en su propia redacción serias dudas sobre la consecución de los fines discriminadores y jerarquizadores pretendidos:

1.- El Artículo 16 de la Ley establece que la separación de los internos a su ingreso tendrá en cuenta, respecto a los penados, *“las exigencias del tratamiento”*.

2.- El Art. 25.2º indica que la distribución del tiempo *“se hará de modo que queden atendidas, aparte de otras necesidades o actividades, las sesiones de tratamiento”*.

3.- El Art. 28 dispone *“el trabajo será compatible con las sesiones del tratamiento”*, debiendo adoptar la Administración *“las medidas que reglamentariamente se determinen para asegurar la satisfacción de aquellos fines y garantizar la efectividad del resultado”*.

4.- El Art. 33.1 b) de la Ley señala *“Se cuidará de que los horarios laborales permitan disponer de tiempo suficiente para la aplicación de los medios de tratamiento”*.

5.- En el artículo 51.1, respecto a las comunicaciones, prevé la existencia de restricciones que, *“en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado”*. (Esta misma posibilidad se repetía en el Reglamento de 1.981)³¹³.

6.- El Art. 58 de la Ley, en cuanto a la disposición de libros, periódicos y revistas, autoriza el establecimiento de limitaciones en casos concretos.

El Reglamento de 1.981 establecía criterios similares, siendo ejemplo de ello lo previsto en el Art. 201.1:

seguir la correspondiente evaluación desde la perspectiva de la reinserción del interno. En otro caso, la identificación y confusión entre régimen y tratamiento puede llevar a que la clasificación, los beneficios penitenciarios o los permisos de salida puedan convertirse en premio más que en instituciones orientadas a conseguir la reinserción del delincuente”. GALLEGO DíEZ, M. *“Concepto de tratamiento penitenciario: un doble paradigma”*. La Ley Penal Nº 110. Madrid, 2.014. Pág. 18.

³¹³ El Reglamento de 1.996 prevé, en su artículo 43.1. el establecimiento de restricciones e intervenciones o denegaciones de las comunicaciones orales por resolución motivada del Director, previo informe de la Junta de Tratamiento. Nada se establece respecto a las comunicaciones familiares, íntimas o de convivencia ni a las telefónicas o escritas.

“En el caso de imposibilidad de conseguir el pleno empleo de todos los internos clasificados en los Establecimientos penitenciarios tendrán preferencia en la asignación de estos puestos aquellos internos a los que, en la prescripción del tratamiento individualizado, se signifique la necesidad de aplicación del trabajo como medio de consecución del fin propuesto”.

El ordenado sistema de convivencia y el correcto cumplimiento de los deberes prestacionales por parte de la Administración estructurados desde el punto de vista jurídico constituyen, como analizaremos con posterioridad, una condición inexcusable para el éxito último de la aplicación del tratamiento. El orden, per se, no es la finalidad de la Institución, tampoco lo es el tratamiento o la terapia. La convivencia garantizada y el reconocimiento de los derechos y obligaciones que se efectúa se constituye como un marco necesario o requisito previo de la intervención carente de virtualidad para este fin³¹⁴.

Esta diferenciación de régimen y tratamiento se inició formalmente en la reforma del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1.956, acentuándose con el Decreto 162/1.968, de 25 de enero, y más tarde con el Real Decreto del Ministerio de Justicia de 25 de julio de 1.977 y se materializa de forma global en la Ley, generando un concepto novedoso y distinto a lo existente.

Desde el inicio, un sector de la doctrina forense puso de relieve las profundas disfunciones contenidas en la propia normativa. MANZANARES SAMANIEGO indicó que el nuevo derecho positivo no consiguió trazar de manera absoluta el límite entre ambas áreas, pues existen zonas de dudosa naturaleza donde sólo una cuidadosa exégesis permite aventurar su adscripción al régimen o al tratamiento. En ocasiones parece como si la

³¹⁴ Así lo ha mantenido siempre GARCÍA VALDÉS. Cuando analiza la nueva consideración que ofrece el Reglamento del 96 indica: *“la norma reglamentaria ensancha el marco de las actividades terapéutico-asistenciales a la específica formación socio-cultural, educativa, recreativa, deportiva y laboral del recluso... que, en mi opinión, son marginales ayudas al respecto, pero no su esencia ((del tratamiento). También, por esta vía, cualquier otra aplicación no científica de instrumentos regimentales podría volverse en tratamiento, lo que desnaturaliza la tarea profesional de los Equipos Técnicos. En verdad, empero, que todo colabora al mejor conocimiento del interno y se orienta a su deseada y posible reinserción, pero no todo es criminología clínica”.* GARCÍA VALDÉS, C. *Del presidio a la prisión Modular*. Ópera Prima editorial. Madrid, 2.009. Pág. 59.

divisoria partiera en dos una Institución aparentemente única. Así ocurre, por ejemplo, con los permisos penitenciarios, que al regularse sistemáticamente en el Título II de la Ley (*“del Régimen Penitenciario”*) parecen carecer de carácter tratamental³¹⁵.

Desde esta perspectiva, que compartimos en su totalidad, el autor cuestionó que se incluyera horizontalmente en el Título del Régimen penitenciario los siguientes aspectos: organización general, el trabajo, la asistencia sanitaria, el régimen disciplinario, las recompensas, los permisos de salida, la información, quejas y recursos, las comunicaciones y visitas, la asistencia religiosa, la instrucción y la educación. Poco tiempo después, el Reglamento de 1.981, redujo el contenido del Título dedicado al Régimen (II) y crea un Título (el V) *“de los permisos de salida”* y otro (III) *“de las prestaciones de la Administración”*, donde se sitúa la asistencia sanitaria e higiénica, la educación e instrucción, la asistencia religiosa, el trabajo penitenciario, la alimentación de los internos, el vestuario, equipo y utensilios y la adquisición voluntaria de artículos autorizados. También los beneficios penitenciarios (citados de forma imprecisa en el artículo 76.2 c) de la Ley Orgánica, a propósito de las competencias de los Jueces de Vigilancia), se recogen y desarrollan en un Título del Reglamento de 1.981 (el VI) dedicado exclusivamente a ellos.

En un momento previo a la elaboración de la norma, la radical separación estuvo en entredicho y con ello la privación de potencialidad rehabilitadora de numerosas instituciones, medidas y actividades inherentes a la privación de libertad o realizables en este contexto determinado. Además, la monopolización de su ejecución por un conjunto reducido de profesionales de las ciencias de la conducta, excluyendo la participación del resto de empleados públicos o de la sociedad civil, supone una reducción condicionante del éxito del propio modelo.

Podemos afirmar que la confusión entre estos dos componentes nucleares de la norma existía en la fase de elaboración de la Ley y responde a un

³¹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.M. *“Subordinación del Régimen al Tratamiento”*. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Vol. 2º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Edersa. Madrid, 1.986. Pág. 1.028

planteamiento deliberadamente aceptado por sus principales autores. ALARCÓN BRAVO aludió a la necesidad de superar la vieja concepción que identificaba el tratamiento con “*el régimen de vida en que va a tener lugar la ejecución de la pena o medida*”, y distingue entre el régimen en sentido estricto (ordenación normal de la convivencia entre los internos) y el tratamiento, entendido como conjunto de actividades directamente encaminadas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados³¹⁶. Por el contrario, MANZANARES SAMANIEGO incidió en que existen determinadas actividades consideradas como simples prestaciones que poseen, respecto a penados concretos, elementos tratamentales. Empleando un ejemplo práctico, señala la formación profesional aplicada a “*un ladrón incapaz de desempeñar un trabajo digno de tal nombre y que puede proporcionarle la posibilidad de subvenir a sus necesidades sin incurrir en nuevas infracciones criminales*”³¹⁷, cuya regulación educativa y laboral se contiene en los capítulos segundo y décimo del Título II y estando exento del carácter tratamental.

La Ley contiene contradicciones que evidencian la dificultad para trazar nítidamente la diferencia de los dos ámbitos: el artículo 26 (Título dedicado al Régimen), señala “*El trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento*”. También ocurría en el Reglamento de 1.981 que ubicaba el trabajo dentro del Título “*de las prestaciones de la Administración*” y señalaba, por un lado, que el trabajo penitenciario “*constituye un derecho y un deber del interno*” (Art. 182) y por otro que “*el trabajo tendrá la consideración de elemento fundamental del tratamiento cuando así resulte de la formulación de un programa individualizado*” (Art. 184). También podemos citar la regulación establecida sobre los permisos de salida, ubicados formalmente en el Régimen (Arts. 47 y 48 LOGP) o en rúbrica separada del Reglamento de 1.981 (Arts. 254 y 255). Si consideramos que los permisos ordinarios son

³¹⁶ ALARCÓN BRAVO, J. “*El tratamiento penitenciario*”. Estudios Penitenciarios II. La Reforma Penitenciaria. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. 1.978. Págs. 23 a 26.

³¹⁷ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “*Subordinación del régimen al tratamiento*”. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Vol. 2º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Edersa. Madrid, 1.986. Pág. 1.029

un instrumento “*como preparación para la vida en libertad*”, es decir, conectados con el tratamiento, la sistemática es cuanto menos cuestionable, al igual que lo es negar la relación con el tratamiento de las salidas de fin de semana característicos del régimen abierto que forman parte inescindible del propio régimen correspondiente a este grado de clasificación. Como afirmó MANZANARES SAMANIEGO, esta subordinación de medio a fin,

*“Constituye, hasta cierto punto, una peculiaridad española, consecuencia, a su vez, de la implantación del nuevo sistema de individualización científica, cuyos principios ya no coinciden con los del sistema progresivo tradicional”*³¹⁸.

Para justificar esta línea argumental, citando a ALARCÓN BRAVO, señaló:

*“Ello se debe a que en el derecho comparado y en el español anterior, el régimen y el tratamiento se confunden, quizá porque se creyó que lo que la Ley llama “régimen” tenía virtualidad de “tratamiento” y que eran los elementos integrantes del régimen los únicos agentes o factores de la reforma, considerando como tales la disciplina, la religión, la educación, los ejercicios físicos, etc”*³¹⁹.

Como señalaremos oportunamente, la ponderación y aplicación de cuantas actuaciones se lleven a cabo desde que una persona ingresa en un centro hasta que egresa y al objeto de evitar el deterioro de quien padece esta situación, afrontar las carencias detectadas, incrementar sus recursos personales o mantener o mejorar su estado de salud en orden a intentar que el tiempo de prisión no sea de simple deterioro físico o psíquico, deben integrar una nueva noción de tratamiento al que también están llamado todos los empleados públicos y la sociedad en general. Como señala DE LA CUESTA ARZAMENDI,

³¹⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J.M. “*Subordinación del Régimen al Tratamiento*”. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Vol. 2º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Edersa. Madrid, 1.986. Pág. 1.028

³¹⁹ Cita su artículo (ALARCÓN BRAVO, J.M.) “*El Tratamiento Penitenciario*”. Estudios Penales II, Universidad de Santiago de Compostela, 1.878. Pág. 24.

“Con independencia de que la caracterización criminológica tradicional pueda ser muy discutible, y así lo han puesto de relieve con éxito las ramas más modernas de la Criminología, pienso que la distinción (régimen/tratamiento) resulta aceptable en el ámbito penitenciario y puede servir de eficaz criterio de separación, de distinción, entre actividades regimentales y terapéuticas”. “...conviene indicar con claridad que la apuntada distinción entre régimen y tratamiento en ningún caso significa renuncia alguna a la relación entre régimen penitenciario y resocialización. Muy al contrario, como repetidas veces ha destacado la doctrina penitenciaria más solvente, la resocialización no es sólo la meta, el objetivo al que han de tender las actividades terapéuticas, sino que legalmente constituye también el fin primordial (Art. 1 LOGP y Art. 1 RP) de las Instituciones Penitenciarias en su conjunto”³²⁰.

Para JUANATEY DORADO en esta nueva concepción

“El régimen disciplinario no debe limitarse a su función represiva, sino que debe orientarse también hacia la finalidad resocializadora. De hecho, así se reconoce expresamente en el artículo 231 RP, que incluye entre las funciones propias del régimen disciplinario no sólo la de garantizar la seguridad y el buen orden regimental, sino también la de estimular el sentido de responsabilidad y la capacidad de autocontrol de los internos”³²¹.

4.- ELTRABAJO PENITENCIARIO

El trabajo forzoso es una constante desde los primeros antecedentes de sanciones y castigos en la humanidad. Baste referirnos a esta condena del Derecho Romano, recuperada en la Edad Media e impulsada definitivamente en la Moderna cuando, debido al déficit de población que ponían en peligro incluso los proyectos militares de los monarcas, se conmutaron penas capitales y corporales por servicios en las galeras, minas,

³²⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización”. Eguzkilori. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Nº 2 Extraordinario. Octubre, 1.989. San Sebastián, 1.990. Pág. 60

³²¹ JUANATEY DORADO, C. *Manual de Derecho penitenciario*. Iustel. Madrid, 2.011. Págs. 197.

fortificaciones y presidios del Rey, en obras públicas y, en los países que disponían de dominios de ultramar, por la deportación con igual finalidad. Con el periodo Ilustrado tiene lugar el nacimiento de la pena privativa de libertad como tal que conjuga las experiencias de trabajo obligado y las instituciones de corrección a lo que hay que sumar otros aspectos económicos o político-económicos remarcados por la doctrina³²².

Compartiendo los postulados doctrinales que relativizan los criterios economicistas como justificación última en la génesis de la pena privativa de libertad podemos afirmar que, en su generalización por medio de los sistemas penitenciarios, el trabajo tuvo una importancia nuclear. En Norteamérica se transitó desde un sistema de aislamiento celular costoso e improductivo como es el Filadélfico o celular a una institución productiva como el sistema Auburn caracterizado por el trabajo en común bajo la regla del silencio³²³. Indica MATA Y MARTÍN:

³²²GARCÍA VALDÉS, C. “*El nacimiento de la pena privativa de libertad*”. Cuadernos de Política Criminal. Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Núm. 1. Madrid, 1.977. Págs. 23 a 49. GARCÍA VALDÉS, C. “*Una Nota Acerca del Origen de la Prisión*” en Historia de la Prisión. Teorías Economicistas. Crítica .Edisofer S.L. Madrid, 1.997. Rebatendo la primacía de los aspectos económicos en el surgimiento de la pena, señala: “*La conocida tesis de que el problema resuelto con el encierro es el empleo de una mano de obra barata y la creación de una delincuencia que la propia sociedad necesita para, posteriormente, reintegrársela, como pescadilla que se muerde la cola, parece poco creíble. ¿cómo se puede hablar de esto tanto en los años del nacimiento de la prisión cuanto en los de su consolidación? Es decir, de finales del siglo XVI a la plenitud del XIX. Trabajo barato, salarios baratos, reabsorción en época de crisis...La pregunta está clara, ¿de quién? ¿quiénes son los que trabajan en los establecimientos penitenciarios?, ¿con qué competencia?, ¿con quién compiten?, ¿no será con el capitalismo preindustrial o industrial del todo!, ¿con qué especialización? ¿Cuántos son para que sean educados en la disciplina laboral y emplearlos, después, en libertad? ¿tantos son? No estimo preciso este pensamiento. Sinceramente, no me imagino la influencia de los salarios del mundo libre que podían hacer los vagabundos, prostitutas y mendigos raspando el palo del Campeche o hilando en las casas de corrección de Amsterdam, oficios desconocidos para ellos previamente y minúsculos para la producción nacional. Ni la de los presidiarios españoles efectuando obras de reparación del fortín...Y al salir libres, no alcanzo a ver qué masa trabajadora-más bien ridícula- pueden significar los exreclusos, integrada entre los obreros del mundo exterior...Y es que ello no es así. Surge otra idea. No es un problema definitivo de explotación o “domesticación de mano de obra.” Es que reaparece, con más o menos rigor, el pensamiento religioso del arrepentimiento reflexivo, de auto-concienciación y superación personal frente a la maldad o el delito; esto es lo que prima. ¿Por qué insistir en el tema de la necesidad de la mano de obra? ¿De quién?, ¿de los presos?, ¿de los locos? ¿Por qué ese obviar la idea religiosa, católica o protestante, determinante en mi criterio? Y ¿por qué centrar el nacimiento de la prisión en una interpretación economicista? (Págs. 411 y 412)*”

³²³MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del Delito*. 5º edición Civitas. Thomson Reuters. Cizur- Menor (Navarra). Págs. 92-95.

“En el régimen de Auburn el preso realiza actividades laborales en talleres de forma conjunta con otros presos pero siempre...en silencio absoluto. Se trata de enseñarles oficios útiles, como los de sastre, tejedor, picapedrero, carpintero, etc, pues con ello no sólo se elimina la ociosidad sino que además se instruye en unas habilidades que le permitirán al término de la condena adquirir los medios de forma honesta. Esta actividad ocupa prácticamente todo el día y normalmente se lleva a cabo contando con un empresario que establece un jornal para la actividad y recibe lo producido en la misma. Por el trabajo el preso, al menos en los primeros tiempos, no recibe peculio o remuneración alguna pues se entendía que no hacía sino compensar en alguna medida lo que la sociedad estaba gastando en el mantenimiento de las prisiones.

El régimen de vida de los penados mantenía, acabada la jornada de trabajo en aislamiento celular nocturno, para evitar la promiscuidad y el contagio criminal entre los confinados. El penado tenía prohibidos los contactos exteriores, es decir no recibe visitas. Además el propio centro penal organiza para los internados un sistema de enseñanza elemental”³²⁴

En Europa inicialmente predominan los modelos celulares en un contexto de población carcelario creciente y fuertes excedentes de mano de obra por causa de la Revolución Industrial. Todos los sistemas progresivos europeos giran en torno al trabajo como elemento esencial en la disciplina y en el tratamiento. Como señala MATA Y MARTÍN,

“La reforma penitenciaria en el sentido moderno de ejecución de una pena privativa de libertad se considera que comienza con el Sistema de Filadelfia o pensilvánico (en ocasiones también llamado celular). Los iniciales sistemas penitenciarios van a implantarse en Norteamérica, aún cuando consta la influencia directa en los mismos de las ideas y experiencias europeas. En realidad se trata de un proceso de ida y vuelta pues se conoce la influencia de algunos modelos previos europeos en los desarrollados en Norteamérica y es patente la expectación e interés en

³²⁴ MATA Y MARTÍN, R. *Aproximación a las Bases del Sistema Penitenciario*. Valladolid, junio, 2014. Inédito. Pág. 158-159.

Europa por el régimen penitenciario que se desarrollaba al otro lado del Atlántico así como el efectivo influjo en los sistemas penitenciarios del viejo continente”³²⁵.

El sistema del Coronel Montesinos, claro precedente del sistema progresivo español y modelo de inspiración posterior de otros modelos avanzados, dividía la pena en tres fases – “*de los hierros*”, “*del trabajo*”, “*de la libertad intermedia*”- cada una con una actividad laboral propia (la primera, dirigida a vencer la resistencia del penado. La segunda para ejercer el oficio elegido y parcialmente remunerado y la tercera para la realización de trabajos o encargos de confianza en el exterior).

Desde un punto de vista epistemológico, GARCÍA ARÁN señala que tradicionalmente el trabajo penitenciario ha sido vinculado a diversas finalidades filosóficas o ideológicas³²⁶, resaltando la reeducativa en sus diversas posibilidades que abarcan desde el reforzamiento de la necesaria disciplina y régimen penitenciario hasta la expiación de los delitos cometidos mediante el esfuerzo y el sacrificio.

Un sector de la doctrina se ha caracterizado por efectuar una firme defensa del trabajo como parte fundamental del tratamiento penitenciario, resaltando los aspectos positivos que posee la ocupación de tiempo de internamiento de manera productiva y que, sin duda, afronta una carencia presente en numerosas personas que pueblan los establecimientos. Estimamos llamativa la dura crítica que esta postura suscitó en autores que, como GARCÍA VALDÉS, participaron activamente en la redacción de la Ley y que apuntaron a que esta consideración constituye una de las escasas deficiencias técnicas del texto, siendo restringido su alcance por la formulación del artículo 184 del Reglamento de desarrollo al establecerse:

“El trabajo penitenciario tendrá la consideración de tratamiento cuando así resulte de la formulación de un programa individualizado, y en todo

³²⁵ MATA Y MARTÍN, R. *Aproximación a las Bases del Sistema Penitenciario*. Valladolid, junio, 2014. Inédito. Pág. 149.

³²⁶ GARCÍA ARÁN, M. “*Trabajo y Educación en los Establecimientos Penitenciarios*”. II Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. Sevilla, 1.986. Págs. 22 y ss.

caso se organizará de forma que sea compatible con las sesiones de tratamiento y con las necesidades de la enseñanza en los niveles obligatorios”.

Tal vez las prevenciones sobre el pasado de la realidad penitenciaria española y sobre las nefastas experiencias que se vivían por la humanidad en amplias zonas geográficas condicionaron la perspectiva de los inspiradores y elaboradores de la Ley que intentaron erradicar del texto y de la realidad cotidiana estas prácticas nefandas negadoras de los más elementales derechos fundamentales que convierten al recluso en esclavo trabajador.

4.1.- Trabajo y reinserción social

La relación existente entre actividad productiva y resocialización resulta incuestionable, lo que nos permite afirmar que el trabajo resocializador con unos determinados caracteres forma parte integrante del tratamiento penitenciario y compartir, en consecuencia, la crítica que formula DE LA CUESTA ARZAMENDI a la visión estricta del concepto tratamiento penitenciario asumida por el legislador. Así señala:

“Sería lamentable que la eficacia del postulado resocializador se quedara en la articulación de programas terapéuticos en prisión, de los que sólo se beneficia un reducido sector de internos, y no llegara a impregnar toda la vida penitenciaria, afectando, por tanto, también y de manera decisiva, al régimen, al cual sí están sujetos todos los privados de libertad. En este orden de cosas, encuentra cada vez mayor apoyo doctrinal en que, al lado del entendimiento “terapéutico” de la resocialización, es posible y necesaria su interpretación en sentido “penitenciario”: esto es, en cuanto postulado inspirador del régimen de vida en prisión, mandato a la Administración de estructuración de la vida carcelaria de modo que se reduzcan, atenúen y, de ser posible, se anulen las consecuencias desocializadoras y estigmatizantes inherentes a toda condena o decisión de

internamiento de un sujeto en un establecimiento cerrado, con privación de libertad”³²⁷.

Este es el verdadero sentido de la pena aportado por los juristas del momento quienes consideraron esencial, por un lado, el establecimiento de un adecuado sistema jurídico (y judicial) de reconocimiento y defensa de los derechos de los internos garantizando su respeto exquisito por parte de la Administración y, sobre todo, conseguir el acercamiento y asimilación de la vida en prisión a la del exterior, en orden a aumentar las posibilidades de participación de los internos en los sistemas sociales como vía de ofrecimiento de alternativas válidas a su comportamiento criminal y evitar su posterior estigmatización y marginación. En consecuencia, el trabajo penitenciario no puede sino quedar afectado a la resocialización, postulado que, si bien no se reconoce expresamente ni en la Ley ni en el Reglamento inicial³²⁸, aparece como principio inspirador de toda la legislación.

En la línea de ensanchamiento de la visión que del tratamiento realiza el vigente Reglamento de 1.996, debemos destacar la redacción del artículo 132 que dispone:

“El trabajo penitenciario de carácter productivo por cuenta ajena no realizado mediante fórmulas cooperativas o similares, a que se refiere la letra c) del artículo 27.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, es un derecho y un deber del interno, constituye un elemento fundamental del tratamiento cuando así resulte de la formulación de un programa individualizado y tiene, además, la finalidad de preparar a los internos para su acceso al mercado laboral cuando alcancen la libertad”.

³²⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “Introducción al Capítulo II”. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Vol 1º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.986. Págs. 408 y 409. También: El Trabajo Penitenciario Resocializador. Teoría y Regulación Positiva. Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa. San Sebastián, 1.982. Págs. 212 a 220. “El Trabajo de los internos en el Derecho Penitenciario Español”. Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.996. Págs. 205 a 243.

³²⁸ Sí se señalaba en el Decreto 2.705/1.964, de 27 de julio, sobre Régimen y Funcionamiento de “Trabajos Penitenciarios”, derogado por el Reglamento de 1.981 y que, al hacer un elenco de las funciones del Organismo Autónomo señaló, entre otras, “la organización del trabajo penitenciario como actividad principal del recluso y con la finalidad primordial de su resocialización” (Art. 3, a))

Con la asignación de esta última finalidad en orden a la inserción laboral, el sistema se decanta con decisión por la valoración de este aspecto como base de la aspiración para la socialización de los reclusos una vez excarcelados, incardinando su contacto con la Institución en un proyecto laboral y social posterior.

Este postulado relativo a la vinculación entre trabajo y reinserción ya se establecía en el artículo 40 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1.980 (*“El trabajo durante el cumplimiento de la pena de prisión perseguirá entre sus fines la reinserción social del condenado y será retribuido con arreglo a las normas laborales que regulan la actividad desempeñada.”*) y estaba recogido en las Reglas Internacionales de Ginebra (Regla 71.4º) y de Estrasburgo (72.4º) al señalarse que la Administración habrá de suministrar a los internos un trabajo que contribuya *“por su naturaleza a aumentar la capacidad del recluso para ganar honradamente su vida después de su liberación”*.

DE LA CUESTA ARZAMENDI ha resaltado en diversas publicaciones que ni todo trabajo desarrollado dentro de los muros carcelarios tienen la consideración de rehabilitador ni es una actividad indicada para el conjunto de reclusos en todos los momentos de su internamiento. Desde estas premisas el trabajo debe tener dos características³²⁹:

- a) Requiere el cumplimiento del principio de asimilación al trabajo en libertad respecto a la organización, sistemas y condiciones (económicas, jurídicas y sociales), lo que conlleva que el trabajador en prisión debe ser un empleado más, sujeto al Derecho del Trabajo y con los derechos individuales y de la autonomía colectiva que disfrutan los demás. El trabajo forzado o esclavo no retribuido o sin garantías no es, en consecuencia, resocializador.
- b) Ha de tener carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre.

³²⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. *El Trabajo Penitenciario Resocializador. Teoría y Regulación Positiva*. Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa. San Sebastián, 1.982. Págs. 414-415.

Bajo estos requisitos se establece la necesidad de integrar el trabajo en un programa de tratamiento completo, estructurado y articulado sobre diversas actuaciones que aborden las carencias y necesidades del sujeto en todas sus dimensiones. Desde esta perspectiva entendemos que internos analfabetos, con grandes déficits en su bagaje de recursos sociales, sometidos a dependencias o necesitados de incorporar hábitos saludables a su rutina diaria, no pueden tener en el trabajo penitenciario su exclusivo ámbito de rendimiento durante la totalidad de horas de actividad en el centro, siendo precisa una intervención integral y coherente en todos los aspectos.

Es necesario considerar la trascendencia que para el propio individuo en su dimensión social tiene el ejercicio de una determinada profesión dentro de las sociedades complejas en las que nos encontramos. Podemos afirmar que la cualificación laboral y el ejercicio profesional constituyen una cuestión identitaria de las personas. Al nombre de las personas le sigue su profesión y cualificación como algo consustancial, definidor y diferenciador. Los hombres y mujeres somos reconocidos, además de por el nombre y apellidos, por la profesión que ejercemos y el ámbito en el que se proyecta. Quien no trabaja ve pronto rebajada su autoestima al considerar que no existe o no es útil para el resto de ciudadanos. En la función de repersonalización que debe intentarse durante el periodo de estancia en prisión, la actividad laboral es un aspecto fundamental para la consideración, el reconocimiento y la autopercepción como un sujeto útil durante ese periodo y con expectativas futuras una vez recobrada la libertad.

4.2.- Regulación constitucional del trabajo penitenciario. Art. 26 L.O.G.P. Desarrollo reglamentario.

La proclamación del derecho y deber de los internos al trabajo que se establece en el artículo 25.2 de la Carta magna tiene una proyección singular que debe ser analizada.

La Constitución, en el artículo 35.1º, concibe el trabajo como un deber y un derecho, siendo relevante la ubicación del mismo dentro de la Sección 2º

(“*De los derechos y deberes de los ciudadanos*”) del Título I (“*De los derechos y deberes fundamentales*”) del texto³³⁰.

Frente a ello, la referencia al derecho al trabajo remunerado para los reclusos se efectúa en una proposición dentro del punto 2º del artículo 25³³¹, dentro de la Sección primera (“*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”) del Capítulo Segundo (“*Derechos y libertades*”) del Título I (“*De los derechos y deberes fundamentales*”) por lo que, conforme dispone el artículo 53, cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de este derecho ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad³³² y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La diferente ubicación sistemática del reconocimiento del derecho al trabajo de los penados ha sido uno de los aspectos que ha venido suscitando mayores interpretaciones doctrinales. El artículo 25 se encuentra, respecto al alcance de la disposición contenida en el artículo 35.1º de la propia Constitución, en una posición preeminente conllevando, además de un mandato al legislador, la tutela establecida por el artículo 53 para los derechos y libertades proclamados en el capítulo II, Título I: vinculación de todos los poderes públicos, reserva de ley para su regulación normativa que, en todo caso, habrá de respetar su contenido esencial, recurso de inconstitucionalidad contra las normas que lo infrinjan e incluso alegación ante tribunales ordinarios a través de los procedimientos normales y sujeción de los jueces al mismo en la interpretación y aplicación de la normativa vigente³³³.

³³⁰ Art. 35.1º: “*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*”.

³³¹ Donde se señala: “*En todo caso, (el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo lo misma) 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.*”

³³² Actualmente previsto en el Capítulo I del Título V de la ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

³³³ Sobre su alcance: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “*la Constitución como Norma Jurídica*”. Anuario de Derecho Civil. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.979. Págs. 292 y ss.

ALZAGA VILLAAMIL, desde una postura crítica, señaló que estaríamos ante una de las *“declaraciones más candorosas que hemos encontrado a lo largo del extenso texto constitucional”*, una *“poco feliz solución técnica”* pero que mostraría la *“preocupación que embargó a los parlamentarios constituyentes por la situación de la población reclusa”*³³⁴. Desde otra perspectiva, PÉREZ LUÑO apuntó:

*“Con el Estado Social se proyectan también sobre las cárceles los derechos sociales implícitos en todas las políticas de resocialización y de reinserción social de quienes sufren penas de privación de libertad. Puede afirmarse, en definitiva, que el artículo 25 de la Constitución, concretando la definición de nuestra forma de Estado como social y democrática de Derecho, según postula el artículo 1.1 de la propia Constitución, se hace cargo de estas exigencias”*³³⁵.

El Tribunal Constitucional ha señalado³³⁶:

“No nos encontramos ante un “derecho subjetivo perfecto del interno frente a la Administración (aunque tampoco) ante una mera declaración dirigida a destacar la obligación positiva de la Administración Penitenciaria de procurar al interno el efectivo disfrute de ese derecho” puesto que existe una “exigencia complementaria de la garantía fundamental de la participación en esa actividad de prestación de la Administración”.

En otra Sentencia establece³³⁷:

“Predomina en el derecho constitucional al trabajo del interno su faceta o carácter de derecho a prestación en cuanto que para hacerlo efectivo exige la organización de un sistema de tal carácter prestacional sin obviar el reconocimiento del derecho de los internos a una actividad retribuida o puesto de trabajo dentro de las posibilidades de la organización

³³⁴ ALZAGA VILLAAMIL, O. *La Constitución Española de 1.978 (Análisis sistemático)*. Ediciones del Foro. Madrid, 1.978. Pág. 244

³³⁵ PÉREZ LUÑO, A.E. *“Las generaciones de derechos humanos en el ámbito penitenciario”*. Derecho Penitenciario y Democracia. Fundación El Monte. Sevilla, 1994, Págs. 56-57.

³³⁶ AATC 256/1988, de 29 de febrero, y 95/1989, de 20 de febrero

³³⁷ SSTC 172/1.989, de 19 de octubre y 17/1.993, de 18 de enero.

penitenciaria existente” (en cuanto a la titularidad subjetiva del interno se ve limitada) “a una eficacia limitada a las posibilidades materiales y presupuestarias del propio establecimiento”, configurándose como “un derecho de aplicación progresiva, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata”.

Desde esta perspectiva, se configura también un mandato a los poderes públicos (para que):

“Atiendan a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa, según las posibilidades socioeconómicas y sin perder de vista, precisamente, la indicada finalidad reeducadora y de reinserción social, que por disposición constitucional, tiene la pena...” (Este derecho al trabajo) “se inserta en los fines de reeducación y reinserción social a los que por exigencia constitucional deben orientarse las penas privativas de libertad y, en tal sentido, son derechos de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración Penitenciaria tenga en cada momento, no pudiendo, por tanto, ser exigidos en su totalidad de forma inmediata en el caso de que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos”.

En cuanto a la regulación que realiza la Ley, la sistemática parece notablemente mejorable ya que regula el trabajo en artículos diferentes no correlativos sin lógica interna en su redacción. Sirva como ejemplo que el Capítulo II del Título regulador del Régimen penitenciario se abra con una declaración acerca del derecho y deber de los internos al trabajo, a la que se añade una referencia a su calidad de elemento fundamental del tratamiento.

El artículo 26 de la L.O. 1/1979 debe ser interpretado a la luz de la previsión constitucional específica existiendo, frente a lo señalado en el Art. 35 de la Carta Magna, ciertas singularidades que se deben remarcar:

1.-En primer lugar, se ordena que sea facilitado por la Administración, mandato que no se establece respecto al derecho al trabajo de los españoles.

2.- El trabajo penitenciario tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre.

3.- El trabajo no tendrá carácter aflictivo ni será aplicado como medio de corrección. No atentará a la dignidad del interno. Se establecen, por lo tanto, con meridiana claridad las condiciones de la actividad, es decir, el contenido de la obligación a satisfacer por la Administración o, siendo más precisos, el objeto del derecho subjetivo de los penados.

Respecto a la organización y planificación del trabajo por parte de la Administración, el apartado d) del artículo 26 dispone:

“Se hará atendiendo a las aptitudes y cualificaciones profesionales, de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del establecimiento”.

Se recogen así aspectos que tienen carácter marcadamente regimentales o de ordenación de la convivencia y seguridad con la voluntad de los reclusos.

4.- finalmente, se establece una referencia a la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social.

Este postulado parece recogerse en el desarrollo reglamentario de 1.981. El artículo 182 dispuso:

“El trabajo penitenciario, que constituye un derecho y un deber de un interno, tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre”.

Para establecer (184):

“El trabajo tendrá la consideración de elemento fundamental del tratamiento cuando así resulte de la formulación de un programa individualizado, y en todo caso se organizará de forma que sea compatible con las sesiones de tratamiento y con las necesidades de la enseñanza en los niveles obligatorios”.

Se pretendió separar el concepto amplio de trabajo que contiene el artículo 182, llegando incluso a desgajar la finalidad terapéutica (que se concretaba en el artículo 184) de su incidencia sobre la formación, la consolidación o creación de hábitos laborales y su esencia productiva, salvando el carácter obligatorio que solamente se predica de la primera modalidad respecto de la visión tratamental estricta que elimina esta consideración.

Desde el inicio, la doctrina cuestionó este planteamiento, indicándose que no es posible desligar la actividad laboral de toda relación con la meta resocializadora. Efectivamente, con independencia de los supuestos en que aparezca indicado por razones terapéuticas, el trabajo penitenciario habrá de orientarse siempre hacia la resocialización, estimándose inadmisibles matizar la finalidad constitucional resocializadora reservándose a la ejecución programas clínicos.

El Reglamento de 1.996 reubica sistemáticamente el trabajo penitenciario al regular la relación laboral especial penitenciaria en el Capítulo IV de su Título V, (*“del Tratamiento”*), y no en el segundo (*“de la organización general”*) o tercero (*“del Régimen de los Establecimientos Penitenciarios”*).

De este Capítulo, en la actualidad mantienen su vigencia los artículos 132 y 133³³⁸. El 132 desarrolla lo establecido en el apartado c) del punto uno del artículo 27 de la Ley Orgánica, es decir, el trabajo que realizan los internos dentro o fuera de los establecimientos en la modalidad de producción de régimen laboral. El 133 reproduce las disposiciones de la Ley Orgánica por las que exceptúan de la obligación de trabajar, sin perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios a grupos de penados por circunstancias diversas. Igualmente se prevé la posibilidad de trabajar a internos preventivos de manera voluntaria.

³³⁸ Desde la entrada en vigor del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, que derogó los artículos 134 a 152 del reglamento.

4.3.- Características del trabajo penitenciario. Clases

La Ley Orgánica reguló el trabajo penitenciario siguiendo lo dispuesto en la reforma reglamentaria de 1.977, dotándole de las siguientes características³³⁹:

- 1.- No tendrá carácter aflictivo ni será aplicado como medida de corrección.
- 2.- No atentará a la dignidad del interno, por lo que se descartarán en todo caso tanto los llevados a cabo en condiciones deshonrosas en el exterior como los inútiles y humillantes.
- 3.- Tendrá carácter formativo, productivo o terapéutico.

El legislador señaló que la creación o conservación de hábitos laborales se predica solamente del trabajo formativo y no del productivo (o incluso del terapéutico), lo que sin duda constituye una mala redacción de la disposición (lo que se enmienda en el Reglamento de 1.981 al señalarse, en el artículo 192.6º: *“En toda actividad del trabajo penitenciario se considerará fundamental el proceso de adquisición y conservación de hábitos laborales”*).

4.- La organización atenderá a las aptitudes y cualificación profesional del interno, de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos, en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del establecimiento.

Se traslada con ello la previsión constitucional de libertad de elección de trabajo u oficio a realizar dentro del contexto de privación de libertad en que se aplica, pudiéndose incluso concluir que también existe un reconocimiento

³³⁹ El Art. 26 establece que: *“el trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento. Sus condiciones serán:*

- a) *No tendrá carácter aflictivo ni será aplicado como medida de corrección*
- b) *No atentará a la dignidad del interno*
- c) *Tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre*
- d) *Se organizará y planificará, atendiendo a las aptitudes y cualificación profesional, de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del establecimiento*
- e) *Será facilitado por la Administración*
- f) *Gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social*
- g) *No se supeditará al logro de intereses económicos por la Administración”*

tácito del derecho a la clasificación laboral y promoción profesional, principios que fueron recogidos en el Reglamento de desarrollo.

5.- Será facilitado por la Administración

Esta afirmación abrió el debate sobre la prohibición radical del empleo de sistemas privados en las prisiones españolas. Más de treinta años después de vigencia, las formas de colaboración público-privada que se han desarrollado dentro del marco de la economía de mercado tienen también amplia proyección en el medio que posibilita la satisfacción de legítimos intereses económicos privados y la finalidad propia de la Administración. Lejos de este planteamiento se halla la eventual puesta a disposición de mano de obra al margen de la legislación vigente o en condiciones distintas a las puedan obtenerse en el mercado laboral con el fin de satisfacer un ánimo de lucro en condiciones ventajosas.

6.- Gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social, derecho reconocido a los condenados, en todo caso, por la Constitución³⁴⁰.

Además de lo dispuesto en el artículo 26, también el 3.2º exige la adopción de las medidas necesarias para que los internos y sus familiares continúen con sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social adquiridos antes del ingreso en prisión, y el artículo 35 que reconoce el derecho a la prestación por desempleo de los liberados que se inscriban en la Oficina de Regulación del Subsidio por desempleo³⁴¹.

7.- La última característica predicada en la Ley del trabajo penitenciario es su no supeditación al logro de los intereses económicos por la Administración.

³⁴⁰ En el momento de elaborarse la Ley Orgánica estaba vigente el Decreto 573/1.967, de 16 de marzo (BOE 31), que incluyó en la Seguridad Social de los reclusos que realizaran actividades laborales retribuidas, siendo derogado por el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, vigente en la actualidad.

³⁴¹ Actualmente regulado por Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo.

El artículo 27 de la Ley establece una clasificación constituida por unos conceptos con vocación de totalidad. Se considera trabajo a:

- 1.- La formación profesional, a la que la Administración dará carácter preferente.
- 2.- El Estudio y la formación académica, que el Reglamento de 1.981 consideró, en su artículo 186.3º como trabajo realizado por cuenta propia³⁴².
- 3.- El trabajo productivo, expresado bajo la denominación de producción de régimen laboral o mediante fórmulas cooperativas o similares de acuerdo con la legislación vigente³⁴³.
- 4.- Las actividades ocupacionales que formen parte de un tratamiento.
- 5.- Las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento.
- 6.- Las ocupaciones artesanales, intelectuales y artísticas.
- 7.- Los trabajos en empresas del exterior.

El número 2 del artículo 27 establece que todo trabajo directamente productivo que realicen los internos será remunerado y se desarrollará en las condiciones de seguridad e higiene establecidas en la legislación vigente. Es decir, establece una clara asimilación al trabajo libre, lo que acentúa aún más su carácter resocializador y le aleja definitivamente del concepto regimental anterior con la connotación de forzoso que conllevaba.

Se ha considerado por la doctrina que en el Reglamento de 1.981 se realizó la diferenciación entre el trabajo por cuenta propia (como las actividades de estudio y formación académica, las artesanales, intelectuales y artísticas) y por cuenta ajena. En esta última modalidad, con excepción de la formación profesional y las tareas meramente ocupacionales, se distinguía

³⁴² Señalaba el artículo 186 3º que “*las actividades laborales que consisten en estudio y formación académica, las artesanales, intelectuales y artísticas, se considerarán trabajo realizado por cuenta propia, vinculándose el mismo a la normativa general promulgada para esta clase de trabajo*”.

³⁴³ En el momento de elaborarse la Ley penitenciaria las cooperativas en España se regían por la Ley de 19 de diciembre de 1974 y, de acuerdo con su disposición transitoria primera y hasta que no se promulgara el Reglamento para su aplicación, de forma supletoria la Ley de 2 de enero de 1942 y el Reglamento de 13 de agosto de 1971. El cooperativismo penitenciario se consideraba como una posibilidad a explorar vinculada a los planteamientos democráticos en consolidación. Sobre este aspecto: ZAPATERO SAGRADO, R. “*El cooperativismo penitenciario: una opción de futuro*”. Revista de Estudios Penitenciarios. Nº 220-223. Enero-diciembre 1978. Escuela de Estudios Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Madrid, 1978.

el trabajo productivo del prestado en servicios auxiliares comunes del establecimiento y del que realizan los internos en régimen abierto a través de la contratación ordinaria con empresas libres.

El trabajo productivo, considerado como una relación laboral especial³⁴⁴, debió estar reglamentado expresamente, en aplicación de lo señalado en la disposición adicional segunda de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; lo que no se produjo hasta el año 2.001. Esto determinó la aplicación de los preceptos de los respectivos Reglamentos penitenciarios de 1.981 y de 1.996 hasta la aprobación del Real Decreto 782/2.001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad³⁴⁵.

Como señaló la doctrina³⁴⁶, el trabajo objeto de la relación laboral especial de los penados en Instituciones penitenciarias habrá de reunir los presupuestos sustantivos exigidos por el artículo 1.1 de la Ley 8/1.980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (que constituye también una Ley esencial en ejecución de lo previsto por el artículo 35.2 de la Constitución) y el ámbito de aplicación del Decreto regulador de esta relación laboral especial tendría que ser necesariamente más reducido que la lista de modalidades de trabajo recogida por el artículo 27.1. de la Ley Orgánica General Penitenciaria, debiendo limitarse a las que se señalan en las letras c) y f) de este precepto (las de producción de régimen laboral y las artesanales, intelectuales y artísticas-cuando no se ejercieran por cuenta propia-) ya que las previstas en las letras d) y e) (es decir, las ocupacionales que formen parte de un tratamiento y las prestaciones personales en

³⁴⁴ El artículo 3.1º de la Ley de Relaciones Laborales de 1.976 declaró como relación laboral especial a las actividades laborales de los internos en los centros penitenciarios en sus distintas modalidades y de acuerdo con su naturaleza respectiva. Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley penitenciaria, la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1.980 recogió en su artículo 2.1º c), entre las relaciones laborales especiales, la de los penados en las instituciones penitenciarias.

³⁴⁵ Sobre la relación laboral especial: FERNÁNDEZ ARTIACH, P. *Todos los aspectos jurídicos de la relación laboral especial incluida por el R.D. 782/2001, de 6 de julio*. Editorial Tirant Lo Blanch, S.L. Valencia, 2006.

³⁴⁶ CAMPS RUIZ, L. y otros: *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.981. Pág. 33 y ss.

servicios comunes del establecimiento) se consideraban contempladas en la exclusión del artículo 1.3.b) del Estatuto de los Trabajadores, y las de las letras a) y b) (las de formación profesional y las dedicadas al estudio y formación académica) no comportan relación de alteridad.

4.4.- El trabajo como deber y como tratamiento. Excepciones.

Alterando el orden del artículo 35.1 de la Constitución, el artículo 26 de la LOGP establece que la actividad laboral de los privados de libertad será considerada como “*un derecho y un deber*”³⁴⁷.

Respecto al alcance del artículo 35 de la Constitución, esta proclamación referida a todos los españoles tiene un componente ético-social, interpretándose como un postulado declarativo y carente de coerción en supuesto de incumplimiento. Esta misma interpretación, de forma más acentuada incluso, atribuye la doctrina a la previsión legal penitenciaria³⁴⁸, considerándose una mera reproducción en el ámbito carcelario de lo dispuesto en la Constitución para todos los ciudadanos.

El punto uno del artículo 29 de la Ley Orgánica establece la obligación de trabajar de todos los penados conforme a sus aptitudes físicas y mentales. Esta declaración concluyente llevó a un sector de la doctrina a considerar que su incumplimiento debía conllevar repercusiones en el ámbito regimental, bien en forma de imposición de sanciones disciplinarias o de pérdida de los beneficios penitenciarios.

GARCÍA VALDÉS, apoyándose en la legislación comparada, los tratados internacionales vigentes y lo previsto en el artículo 35 de la Constitución, afirma que la obligatoriedad laboral y la consideración que de elemento de régimen penitenciario tiene el trabajo, “*no hacen dudar*” respecto a la posibilidad de acarrear sanciones disciplinarias al penado que incumple sus

³⁴⁷ La Constitución señala en el artículo 35.1 “*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.*” La L.O. Penitenciaria altera el orden anterior, señalando “*El trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento.*”

³⁴⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. “*Comentarios a la legislación penal. El trabajo, derecho y deber del interno y medio de tratamiento.*” Comentarios a la Legislación Penal-Tomo VI. Vol. 1. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.986., Pág. 424.

obligaciones laborales o no observa las órdenes o instrucciones recibidas en la materia³⁴⁹. Esta consideración vendría reforzada con lo que previó en el artículo 104 del Reglamento de 1.981 cuyo su último párrafo dispuso:

“Los reclusos que incurran en responsabilidad disciplinaria por incumplimiento de los deberes y obligaciones que legalmente les vienen señalados, serán objeto de la sanción adecuada”,

lo que llevado al ámbito de la disciplina del trabajo nos conduce al artículo 210 del mismo texto, previendo un sistema de recompensas y correcciones para aquellos que más se signifiquen por su comportamiento, laboriosidad y producción, y los que, por el contrario, demuestren una conducta censurable, falta de interés por el trabajo, escaso aprovechamiento de las enseñanzas teórico-prácticas, deficiencia manifiesta y deliberada en la obra que realicen, o escasa producción y rendimiento en las tareas que les encomienden.

En esta misma línea, MAPELLI CAFFARENA señaló que, en la materia analizada, en el ámbito penitenciario, las cosas son diferentes. *“No se trata de una mera declaración de principios, sino que no cabe la posibilidad de que un penado se niegue a trabajar sin que fuese sancionado”*³⁵⁰. Ello lleva a interpretar que en la estructura formal penitenciaria nos encontramos con la obligación de trabajar común a todos los internos, preventivos y penados, y con el deber de trabajar seguido en caso de infracción de su correspondiente sanción, que tan solo afecta a los penados.

Esta obligatoriedad estaría justificada por razones regimentales, considerando la puesta en peligro de la seguridad y el orden de los establecimientos en caso de incumplimiento de aspectos básicos que afectaran a su higiene, limpieza o mantenimiento. Sin embargo, MAPELLI CAFFARENA considera que la legislación se excede en una finalidad al extender la obligatoriedad de trabajar a todas las ocupaciones del artículo 27, de manera que el penado deviene en un trabajador al que la

³⁴⁹ GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la legislación penitenciaria*. Ed. Civitas. Madrid, 1.982. Pág. 100.

³⁵⁰ MAPELLI CAFFARENA, B. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1.983. Pág. 227.

Administración penitenciaria puede emplear en una empresa privada en condiciones económicas que, si aquél considera por las razones que sean desventajosas, se verá obligado a aceptarlo o bien a arriesgarse a ser sancionado.

La disposición fue tachada de insatisfactoria, propugnando su derogación o la realización de una interpretación restrictiva que entendiéndose que con la realización de las llamadas prestaciones personales el deber de trabajar se considerase cumplido o que este deber genérico requiriese un acto voluntario posterior consistente en la aceptación expresa y concreta de la actividad propuesta por la Administración, garantizando y profundizando en el planteamiento de que el recluso debe participar activamente en la designación de la actividad a desarrollar.

Respecto a las excepciones que se establecen a la obligación de trabajar, tienen su fundamento en razones físicas y médicas, así como en la edad, por ser beneficiarios de prestaciones económicas pasivas o por causa de fuerza mayor.

Es necesario considerar que la redacción originaria de la LOGP respecto a las mujeres embarazadas, que estableció la exención de trabajar durante las seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto y las ocho posteriores al alumbramiento, era coincidente en su contenido con lo establecido en el artículo 25.4 de la vigente en aquel momento Ley de Relaciones Laborales, que cumplía lo dispuesto en el artículo 3.2 y 3 del Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España. Pocos meses después de publicarse la Ley Penitenciaria, la Ley 8/1.980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, al regular los supuestos de modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo (Capítulo Tercero del Título primero), fijó un mismo periodo de descanso pero sin señalar un mínimo posterior al parto disponiendo en su artículo 48 la suspensión del contrato con derecho a la reincorporación al puesto

reservado en el supuesto de maternidad, con una duración máxima de catorce semanas, distribuidas a opción de la interesada³⁵¹.

Similares paralelismos entre el trabajo en el medio libre y el realizado en el interior de las prisiones se establecieron en la redacción de la Ley Penitenciaria, como ocurre con la limitación temporal a mayores de sesenta y cinco años, la incapacitación permanente para toda clase de trabajos que, lógicamente es conceptualmente incompatible con la realización de actividades laborales o las situaciones de baja laboral por accidentes o enfermedad.

En la regulación del trabajo de los preventivos, el punto segundo del artículo 29, manteniendo una postura garantista respecto al principio de presunción de conciencia, establece que los sometidos a esta medida provisional “*podrán trabajar conforme a sus aptitudes e inclinaciones*”. La Administración les facilitará los medios de ocupación de que disponga, permitiendo al interno procurarse a sus expensas otros, siempre que sean compatibles con las garantías procesales y la seguridad y buen orden.

En cuanto al trabajo como tratamiento, la última parte de la primera proposición del artículo 26 de la LOGP remarca la consideración del trabajo como elemento fundamental para ello aunque sistemáticamente se encuentre recogido dentro del régimen. Esta contradicción fue puesta de manifiesto, como se ha señalado, por un sector mayoritario de la doctrina. Se ha indicado que si el trabajo penitenciario se configura como una actividad obligatoria de los penados, consustancial a la propia estancia en los establecimientos (como parece deducirse de las disposiciones legales reiteradamente establecidas), no puede compatibilizarse con el componente intrínsecamente voluntario del tratamiento. Ello podría llevar incluso a

³⁵¹ La Ley Orgánica 13/1.995, de 18 de diciembre estableció la actual redacción del artículo 29.1. e) de la Ley Orgánica General Penitenciaria exceptuando de la obligación de trabajar a las mujeres embarazadas equiparando los plazos a los previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

considerar que el postulado contenido en la Ley Orgánica declarando el trabajo obligatorio para los penados es inconstitucional³⁵².

Consideramos que no existen medios de tratamiento válidos para todos los sujetos; tampoco lo es el trabajo. Cada interno requerirá las actuaciones que los especialistas consideren oportunas al objeto de alcanzar su reeducación y rehabilitación. En este contexto, el trabajo puede ser o no tratamiento y lo será cuando el examen y diagnóstico aprecien que en su situación personal existen carencias de tipo laboral que deben afrontarse a través de la ocupación para adquirir o mantener aptitudes y hábitos laborales lo que le permitirá insertarse en el mercado laboral una vez excarcelado en las mejores condiciones posibles.

Realizando un análisis práctico del trabajo penitenciario, la percepción que tienen los internos de los centros es muy positiva. Así se demuestra en el estudio sociológico realizado en 2.009 en las prisiones catalanas, donde se concluye:

“Todo ello nos permite confirmar la importante función que desempeña el trabajo en los dos grandes aspectos planteados en nuestras hipótesis iniciales: el trabajo facilita la socialización del recluso a través del aprendizaje e interiorización de pautas de comportamiento, valores y hábitos (de autodisciplina, puntualidad, responsabilidad, valoración del esfuerzo y convivencia), al mismo tiempo que contribuye a que el interno estructure su vida cotidiana en reclusión, lo que le proporciona estabilidad emocional a la vez que reduce la conflictividad y facilita el orden social en la cárcel”³⁵³.

El artículo 28 establece la coordinación del trabajo con dos aspectos esenciales para la finalidad resocializadora de la prisión: la enseñanza y el tratamiento. Así, se indica

³⁵² En este sentido MAPELLI CAFFARENA, B. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1.983. Págs.219 y ss.

³⁵³ DE ALÓS MONER, R.; MIGUÉLEZ LOBO, F; MARTÍN ARTILES, A. y GIBERT BADIA, F. “¿Sirve el trabajo penitenciario para la reinserción? Un estudio a partir de las opiniones de los presos de las cárceles de Cataluña”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*. Nº 127. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 2009. Págs. 11 a 29.

“El trabajo será compatible con las sesiones de tratamiento y con las necesidades de enseñanza en los niveles obligatorios. A tal fin, la Administración adoptará las medidas que reglamentariamente se determinen para asegurar la satisfacción de aquellos fines y garantizar la efectividad del resultado”.

Como resaltó DE LA CUESTA ARZAMENDI:

“Llama desde un primer momento la atención los conceptos de trabajo y tratamiento empleados. Frente a la línea extensiva seguida por los artículos 26 y 27, que llevaba a calificar de “trabajo” las actividades “dedicadas al estudio y formación académicas” y su consideración como “elemento fundamental del tratamiento”, el correcto entendimiento del artículo 28 exige leer esos términos en un sentido diferente, más estricto, lo que pone de manifiesto cierta incoherencia terminológica que es de criticar”³⁵⁴.

Con la perspectiva temporal que hoy tenemos, sorprende la trascendencia dada al trabajo como eje de la vida en prisión que denota una cierta prevención respecto al empleo de mano de obra reclusa que en épocas anteriores llegó a tener la consideración de núcleo de los aspectos regimentales de la vida diaria.

No existe en la literatura del momento referencias sólidas a los valores inherentes a la actividad laboral (asunción de responsabilidades, disciplina, auto-exigencia, desarrollo y superación personal, formación, socialización, dignificación, repersonalización, sostenimiento del entorno familiar o resarcimiento a las víctimas por los daños causados...) y sí una gran preocupación por su regulación legal y su equiparación al trabajo en el medio libre. No se aprecia entre los autores de forma mayoritaria la asunción de un postulado que en la actualidad puede exponerse abiertamente: el carácter tratamental del régimen penitenciario.

Si en cualquier régimen el trabajo es un elemento esencial, en el informado por el principio resocializador se convierte en su *“piedra*

³⁵⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. *“Trabajo. Enseñanza. Tratamiento”*. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Vol. 1º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.986. Pág. 455.

angular”. También se debe indicar que la actividad laboral (siempre que reúna ciertas características) se presenta como una vía privilegiada para la aproximación a la vida en libertad, ampliación de los derechos de los internos y refuerzo de los mecanismos y de defensa de los mismos que el favorecimiento y potenciación de la acción resocializadora exige. Esto no era cuestionado ni desconocido en el proceso de elaboración de la Ley penitenciaria sino que se quiso trazar un límite claro entre el trabajo como sanción penal, propio de épocas pasadas y regímenes totalitarios de este tipo de actividad realizada durante la estancia en los centros carcelarios con una potencialidad reeducadora y reinsertadora evidente.

4.5.- Otras cuestiones

Los artículos 30 a 34 de la Ley establecen la preferencia de los productos penitenciarios en las adjudicaciones administrativas y otros aspectos organizativos y de planificación del trabajo, llegando incluso a prever la constitución de cooperativas como paradigma de responsabilización y autogobierno por parte de los internos de todos los aspectos del trabajo. Sin embargo no se ha realizado una adecuación a este postulado de la legislación en materia de contratación de las administraciones públicas aprobadas con posterioridad ni se conoce la incorporación en los pliegos de prescripciones técnicas como criterio de valoración de las ofertas consideración alguna.

Respecto a las condiciones para la organización y planificación del carácter productivo en los Centros por parte de la Administración, aspecto organizativo fundamental que afecta directamente a los internos, se rige por los siguientes principios:

1.- Proporcionará trabajo suficiente para ocupar en días laborables a los internos, garantizando el descanso semanal³⁵⁵.

³⁵⁵ Conforme señalaba el artículo 25 de la Ley de Relaciones Laborales, vigente en el momento de la promulgación de la Ley, al igual que le Ley de la Jefatura del Estado de 13 de julio de 1.940 y su Reglamento de 25 de enero de 1.941, así como en el Real Decreto 860/1976, de 23 de abril, por el que se reguló el desarrollo de la Ley de Relaciones Laborales, el régimen de descanso semanal en empresas con sistemas de trabajo a turno y en el comercio, declarados con posterioridad vigentes por la Disposición Transitoria 4ª E.T.

2.- La jornada laboral no podrá exceder de la máxima legal y se cuidará de que los horarios laborales permitan disponer de tiempo suficiente para la aplicación de los medios de tratamiento³⁵⁶.

3.- Velará porque la retribución sea conforme al rendimiento, categoría profesional y clase de actividad desempeñada.

4.- Cuidará de que los internos contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento de sus restantes obligaciones, disponiendo el recluso de la cantidad sobrante en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Además se establece la embargabilidad de la retribución del trabajo solamente en las condiciones y con los requisitos establecidos para el salario del trabajador libre, que según el artículo 1.451 de la Ley de Enjuiciamiento Civil afectaba a la mitad del exceso del Salario Mínimo Interprofesional.

Un aspecto importante viene referido a la solución de las situaciones discrepantes que pueden surgir en el cumplimiento de las prestaciones. El artículo 34 establece las vías procedentes para la resolución de los conflictos de trabajo y la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores penitenciarios con arreglo a dos criterios: exclusión de los conflictos colectivos y sumisión a las vías ordinarias, previa reclamación o conciliación en vía administrativa.

La exclusión de las formas colectivas de defensa de los derechos e intereses laborales responde a una decisión consciente por parte del legislador que merece, como señala DE LA CUESTA ARZAMENDI, un juicio insatisfactorio desde la óptica resocializadora. Así, la asimilación al trabajo libre no incluye el reconocimiento de derechos colectivos a los trabajadores penitenciarios; circunscribiéndose solamente al plano

³⁵⁶ La jornada máxima legal estaba establecida en el artículo 23 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1.976 y prevista en el artículo 40.2. de la Constitución. La LRL estableció que la jornada laboral semanal no podía exceder de cuarenta y cuatro horas, sin perjuicio de las reducciones operadas por vía de descansos en las jornadas continuadas. En ningún caso cabía la realización de más de nueve horas ordinarias de trabajo efectivo; y entre el final de una jornada y el inicio de la otra debían mediar como mínimo doce horas.

individual y ejercitable, previa reclamación o conciliación administrativa, ante la jurisdicción laboral³⁵⁷.

En cuanto a la protección de los derechos e intereses laborales de los internos y la posible competencia de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria preciso considerar que, conforme señala el Título específico, esta Institución tiene atribuciones para

“salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos de régimen penitenciario puedan producirse”. De forma especial, le corresponde *“acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos”* Además, *“podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias formulando propuestas referentes a la organización y actividades de los talleres y, en general, a las actividades regimentales y económico-administrativas”*.

En consecuencia consideramos que posee las facultades relativas a la organización del trabajo como elemento de régimen o de tratamiento, a conocer de la imposición de sanciones en materia laboral e incluso para resolver recursos por las sanciones impuestas que tuvieran su origen en la relación laboral.

En otro orden de cosas y aplicable a todos los reclusos (sin que se considere la actividad delictiva cometida o a las circunstancias personales y familiares existentes), con independencia de la realización de actividades

³⁵⁷ La reclamación previa a la vía judicial estaba establecida en el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1.958 y el 29 de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por Ley Orgánica de 17 de octubre de 1.940 de la Magistratura de Trabajo, completada por el Decreto de 4 de julio de 1.958 el Decreto 2.354/1.962 y debía dirigirse al Consejo de Administración del Organismo Autónomo *“Trabajo Penitenciario”* cuando la relación jurídica se hubiese establecido con él, conforme disponía el artículo 78 de la Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas y, en su caso, al Ministerio de Justicia, cuando la reclamación se dirigiera contra actos de la Administración si la relación se mantenía directamente con ella. No podemos obviar que el propósito de estas leyes preconstitucionales era solventar el conflicto social de trabajo como contraposición entre los intereses de empresarios y trabajadores, cuya existencia se había querido negar ideológicamente durante el periodo franquista creando la falsa armonía en torno aun supuesto interés común patrio capaz de superar estas disputas.

laborales durante su estancia en prisión, el Artículo 35 de la Ley Orgánica prevé que los liberados que se hayan inscrito en la Oficina de Empleo, dentro de los quince días siguientes a su excarcelación y no haya recibido una oferta de trabajo adecuada, tendrán derecho a la prestación por desempleo conforme a las disposiciones reglamentarias que se establezcan.

La norma no se refiere a aquellos supuestos en los que, como consecuencia de la cotización pertinente durante el desarrollo de la actividad laboral, hubieran generado el derecho a la correspondiente prestación. Se dirige, por el contrario, a paliar las necesidades básicas de los liberados y de sus familias durante los primeros meses de excarcelación en supuestos en los que, queriendo trabajar, no obtuviera un trabajo.

En el momento de entrada en vigor de la Ley se hallaba vigente la Ley Básica de Empleo y su Reglamento de 24 de abril de 1.981, que nada preveía al respecto. Ante esta laguna legal, la doctrina se inclinaba por considerar que para el reconocimiento de este derecho era preciso que el recluso hubiera trabajado en prisión por entender que, salvo en los casos exceptuados por el artículo 29.2 de la Ley Orgánica Penitenciaria, lo contrario supondría un agravio comparativo para los trabajadores libres no delincuentes.

Finalmente, la Ley 31/1.984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, estableció esta medida a favor de los penados que hubieren sido liberados, reconociéndoles como beneficiarios del “*subsidio por desempleo*” siempre que lo hubieran sido por cumplimiento de condena o remisión de la pena y no tuvieran derecho a la prestación. Dicha norma quedó refundida con la aprobación de la Ley General de la Seguridad Social por Real Decreto Legislativo 1/1.994, de 20 de junio.

Este derecho se devenga tras un mes de espera sin haber recibido oferta de empleo adecuado. La cuantía mensual del subsidio por desempleo es igual al 80% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) comprendiendo las correspondientes cotizaciones para prestación de asistencia sanitaria y, en su caso, protección familiar. La duración

establecida es de seis meses prorrogables, por períodos semestrales, hasta dieciocho meses.

El Real Decreto 625/1.985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley señalada, limita la posibilidad de solicitar el subsidio por desempleo a los trabajadores liberados de prisión por libertad condicional o cumplimiento de condena superior a seis meses que no tuvieran derecho a la prestación de nivel contributivo. De igual manera, establece los requisitos documentales a aportar por el solicitante, la duración y el plazo para presentar su solicitud.

Estamos ante una medida fundamental de carácter asistencial que posibilita que los internos puedan subvenir a sus necesidades básicas una vez alcanzada la libertad condicional o definitiva; medida que supone un esfuerzo económico importante para la sociedad posiblemente nunca evaluado en su cuantía ni en sus resultados.

En la actualidad, tras la excarcelación por cumplimiento definitivo de las penas consecuencia de la derogación de la llamada “doctrina Parot” por Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2.013, se ha producido como reacción el cuestionamiento de la generación de este derecho a favor de estos liberados definitivos existiendo opiniones favorables a su condicionamiento a la manifestación pública de su arrepentimiento y a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito. Fruto de este planteamiento la Disposición Final Cuarta de la Ley 22/2.013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2.014, en su punto ocho, limita la percepción de este subsidio en los supuestos contemplados en los apartados a), b), c) o d) del artículo 36.2 del Código Penal³⁵⁸.

³⁵⁸ En los apartados a) (delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo) y b) (delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal) del artículo 36.2 se condiciona al cumplimiento de lo previsto en el artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Respecto a los apartados c) (abusos y agresiones sexuales a menores de trece años) o d) (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, cuando la víctima sea menor de trece años), se requiere la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito, considerando la conducta efectivamente observada en orden a reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, y que han formulado una petición expresa de perdón a las víctimas de sus delitos. Para la aplicación de estas modificaciones legislativas la Secretaría General de II.PP. ha dictado la Instrucción 2/2.014, de 20 de enero, elaborando los modelos procedentes para los supuestos de libertad provisional, condicional

5.- LA LABOR ASISTENCIAL EN EL MEDIO PENITENCIARIO

BUENO ARÚS definió la asistencia, tutela o patronato carcelario y post-carcelario como:

“Aquella actividad pública o privada, organizada o espontánea, encaminada a solventar las necesidades materiales y morales de los reclusos y exreclusos y de sus familiares y a mantener vivos los lazos que unen al condenado con la sociedad (familia, medio ambiente, centro de trabajo)”³⁵⁹.

Esta concepción secular de origen humanista es compatible con cualquier finalidad que se asigne a la pena, bien sea esta la expiación, la retribución jurídica, la defensa social o la prevención general o especial.

Como hemos indicado, durante el periodo franquista el auxilio a los reclusos y sus familiares se prestaba a través de la institución de “*patronato*” mediante tres organismos oficiales: el Servicio de Libertad Vigilada (encargado de la tutela de los liberados condicionales hasta la terminación de la condena o la revocación de la libertad), el Patronato Nacional de San Pablo, para presos y penados, y el Patronato de Nuestra Señora de la Merced, para la redención de penas por el trabajo. Con la reforma legislativa de 1.968 desaparecieron el Servicio de Libertad Vigilada y el Patronato Nacional de San Pablo, asumiendo el Patronato en exclusiva la función asistencial y (en terminología propia de la ley), “*la colaboración en el tratamiento y la integración social del delincuente*”³⁶⁰.

o definitiva que dan lugar a la percepción del llamado “subsidio de excarcelación”. En la actualidad el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha interpuesto cuestión de inconstitucionalidad sobre esta disposición. (Diario Iustel 30.1.2015).

³⁵⁹ BUENO ARÚS, F. “*La Asistencia Social Carcelaria y Post-carcelaria*”. Cuadernos de Política Criminal Nº 21. Edersa. Madrid, 1.983. Pág. 769

³⁶⁰ Respecto a la evolución histórica de la asistencia social anterior a la L.O.G.P. es interesante la ponencia impartida por el que fuera Secretario General de la Comisión de Asistencia Social Joaquín RODRÍGUEZ SUÁREZ en el marco de las II Jornadas Penitenciarias Andaluzas celebradas en Sevilla del 1 al 3 de diciembre de 1.983 y publicadas por la Consejería de la Gobernación de la Junta de Andalucía en 1.986. En la misma narra la evolución del Patronato de Nuestra Señora de la Merced como núcleo sobre el que se van asignando nuevas competencias, “*encomiables y benéficas, relativas al socorro de los familiares de los presos, en abierta competencia con Auxilio social, a estos presos, sobre todo en el plano moral; cuantas más veces y mejor se entonasen determinadas canciones, impasible el ademán, más y mejores ayudas proporcionaba el Patronato*”. En esta línea, para conseguir la reinserción del delincuente, señalaba

En el proceso de consolidación democrática, la Ley Orgánica buscó incardinar la incipiente asistencia social del Estado social de derecho que se proclamaba de nuestro país en el ámbito penitenciario desde el momento mismo del ingreso en prisión, prologándose su labor más allá de la excarcelación definitiva, abarcando dicha asistencia no solamente a los propios internos sino también a sus familiares. Se trata de un planteamiento de marcado carácter tuitivo o protector. No previó la incidencia que este aspecto asistencial puede tener en el tratamiento penitenciario.

Es destacable que la Ley Orgánica dispensara a la Asistencia post-penitenciaria un Título propio, el IV, compuesto por tres artículos (73 a 75), que comienza con una declaración esencial en línea con lo señalado por el artículo 25.2 de la Constitución y que contiene un mandamiento a la plena reintegración en el ejercicio de sus derechos ciudadanos al que haya extinguido su responsabilidad penal, además de prohibir que los antecedentes penales puedan actuar como factor discriminatorio social o jurídico³⁶¹.

RODRÍGUEZ SUÁREZ que se utilizan dos vías. Por un lado, lo que en términos profesionales se denomina “*vida regimental*”, es decir, disciplina, trabajo, escuela, horarios, actividades comunes, se intenta que los encarcelados vayan impregnando sus mentes de la elemental noción de que más les vale conducirse con docilidad y mostrarse tan unánimes como los cisnes de Rubén Darío o los guardias civiles de Valle-Inclán, desechando cualquier perniciosa tentación de ser distintos. Por otro, con lo que técnicamente denominamos “tratamiento”, se parte de la vieja historia judeo-cristiana del pecado y el arrepentimiento; el delincuente ha de reformarse, “regenerarse”. Se emplean al efecto técnicas más o menos depuradas y contrastadas, en todo caso en el “*nihil obstar*” de la moralidad oficial vigente, técnicas como Dios manda: psicológicas, psiquiátricas, pedagógicas, sociológicas... El delincuente, cambiado para bien, debe salir de las aguas del Jordán de su prisión con el anhelo por su reintegración a la vida común, como el hijo pródigo. Ocurre, sin embargo, que esa vida común que le espera fuera de la cárcel no es ni más ni menos que esta sociedad que disfrutamos. Esta, no otra.”

³⁶¹ Art. 73.1: “El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal debe ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos. 2.- Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.”

5.1.- El Registro Central de Penados³⁶²

El primer artículo del Título fue elogiado por la doctrina³⁶³ al sentar una declaración programática, de notorio carácter progresista, referente al necesario olvido legal y social de la conducta delictiva pretérita del liberado que ha extinguido su pena³⁶⁴.

Más de treinta años después de la aprobación de la norma pervive la consideración de que la disposición recogida en el artículo 73.2º puede constituir una simple declaración de principios debido a la subsistencia tanto de la Institución del Registro Central de Penados como el concepto mismo de “*antecedentes penales*” por lo que supone de existencia de una información judicial y pública de las condenas que opera como una medida de control y, en consecuencia, de eventual discriminación y estigmatización social. Para MAPELLI CAFFARENA,

“Los antecedentes penales son de peores consecuencias que la propia pena de cara a la reinserción social del condenado. Éste verá limitadas sensiblemente las posibilidades de acceder en igualdad de condiciones que el resto de personas a numerosas oportunidades laborales. Su persistencia en el tiempo no puede justificarse en ninguna consideración preventiva, sino todo lo contrario. El Estado muestra aquí el peor de sus aspectos. El cumplimiento de la pena impuesta por los tribunales de justicia lejos de poner punto final al episodio penal en la vida de una persona, consolida un

³⁶² El Registro Central de Penados y Rebeldes se creó por Real Decreto de 22 de septiembre de 1.848, suprimiéndose en 1.868 y siendo reorganizado por Real Decreto de 2 de octubre de 1.878. Sobre su regulación histórica, los empleos en que solicitan los antecedentes penales y sus consecuencias: LARRAURI, E. y JACOBS, J.B.: “*Reinserción laboral y antecedentes penales*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2.011, núm. 13-09. (<http://criminnet.ugr.es/recpc/13>). MAPELLI CAFFARENA, B. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Civitas Thomsom Reuters. Cizur-Menor (Navarra) 2011. Págs. 446-447.

³⁶³ GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Ed. Civitas. Madrid, 1.982. Pág. 233.

³⁶⁴ Baste señalar lo establecido por MAPELLI CAFFARENA, B. “*El tratamiento que recibía en los Reglamentos anteriores a la vigente ley eran de tal forma anacrónicos que no es arriesgado afirmar que es éste uno de los aspectos en los que la nueva ley ha dado un paso más firme*”. Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1.983. Pág. 319.

status capitidiminuido, que se prolonga mediante unos plazos arbitrariamente establecidos por el legislador”³⁶⁵.

Conscientes de ello, ya en 1.986, autores como CARMONA SALGADO aportaban una solución ideal imposible de lograr:

*“La total desaparición del Registro Central, o bien la automática eliminación, que no cancelación, de los antecedentes, con lo que los penados se colocarían ante las mismas posibilidades que el resto de miembros de la sociedad una vez extinguida la pena”*³⁶⁶.

Varios años después consecuencia de la creciente demanda social de seguridad podemos apreciar la existencia de propuestas de creación de ficheros públicos de penados en situación de libertad condicional que fueron condenados por delitos contra la libertad sexual, especialmente violentos o cuyas víctimas fueron menores de consecuencia de la lógica preocupación que provoca su presencia en la colectividad, abriéndose un amplio debate político, jurídico y social sobre los fines de la pena, sus límites constitucionales, las fórmulas de tránsito de la prisión a la libertad y las garantías que el sistema punitivo democrático puede ofrecer a los ciudadanos tras el cumplimiento de condenas de este tipo de delitos graves.

5.2.- La asistencia social y su relación con el tratamiento

La asistencia social penitenciaria y pos-penitenciaria se prevé en el artículo 74 de la Ley de manera conjunta, señalando:

“El Ministerio de Justicia, a través de la Comisión de Asistencia social, organismo dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, cuya estructura o funciones se determinarán en el Reglamento Orgánico de dicho Departamento, prestará a los internos, a los liberados condicionales o definitivos, y a los familiares de unos y otros, la asistencia social necesaria”.

³⁶⁵ MAPELLI CAFFARENA, B. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Civitas Thomsom Reuters. Cizur Menor (Navarra) 2011. Pág. 444-445.

³⁶⁶ CARMONA SALGADO, C.: *“La Asistencia Postpenitenciaria”*. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Vol 2º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Edersa. Madrid, 1.986. Pág. 1.061.

Un asunto a considerar es la relación o proyección que la asistencia social tiene sobre el tratamiento penitenciario, cuyo contenido puede sobreponerse o incluso integrarse. Surge, en consecuencia una duda importante no resuelta respecto a la eventual absorción de esta prestación de la Administración en un programa de tratamiento rehabilitador. Desde la perspectiva restringida y el origen clínico del tratamiento, no podríamos considerar que los profesionales de esta disciplina se integrarían en los equipos de intervención, reflexión que entendemos improcedente si adoptamos una visión amplia conforme a la interpretación efectuada por el Reglamento de 1.996. Esta consideración ya fue asumida siete años después de la entrada en vigor de la Ley por ALARCÓN BRAVO al señalar con acierto:

*“Son necesarios los asistentes sociales preparados y especializados en el campo penitenciario, y no solo en la tarea de estudio de la personalidad del interno, base para su clasificación, sino en esa misma actividad, en sentido estricto, y también en la programación y ejecución de una parte de los métodos de tratamiento, en los métodos sociales”*³⁶⁷.

Los inspiradores de la redacción del Título del Tratamiento de la Ley fueron conscientes de la insuficiencia de la interpretación restrictiva que se estaba aportando por lo que apuntaron soluciones integrales de contenido social y asistencial a la función resocializadora desde otras especialidades.

CARMONA SALGADO señaló que *“una moderna y efectiva labor asistencial no puede basarse en unos principios benéfico-caritativos que le servían antiguamente de soporte”*,³⁶⁸ planteamiento que coincide con el propugnado con anterioridad a la aprobación de la Ley por GARRIDO GUZMÁN quien postuló la creación y desarrollo de este Servicio dotado con profesionales propios y específicos para este fin, dentro de la Institución

³⁶⁷ ALARCÓN BRAVO, J. *“Asistentes Sociales y Equipos de Observación y Tratamiento”* Primeras Jornadas Penitenciarias de Castilla-La Mancha. Vol. I. Ciudad Real, 1986. Págs. 29 y ss.

³⁶⁸ CARMONA SALGADO, C. *“La Asistencia postpenitenciaria”*. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Vol 2º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Edersa, Madrid, 1.986. Pág. 1.067.

penitenciaria, con un funcionamiento descentralizado, integrados dentro de la finalidad tratamental y compuesto por

“Un equipo de especialistas en criminología, sociología, psicología, psiquiatría, y derecho, al objeto de servir de órgano planificador e impulsor, por un lado, del programa a realizar por los asistentes sociales, y de otro, con respecto a los libertados, para prestarles su consejo especializado en cada caso. La sumisión por parte del recluso y liberados a la asistencia del Patronato deber ser voluntaria a excepción de los penados que fueran a acceder a la libertad condicional, que deberían aceptar su tutela si desean acogerse a los beneficios de la libertad condicional”³⁶⁹.

Desde el inicio existió una difícil articulación de los postulados asistenciales como servicio al que deben acceder internos, liberados definitivos o condicionales y familiares de todos ellos con los aspectos tratamentales que corresponderían a los penados y, eventualmente, a los liberados condicionales. Además y no lo debemos olvidar, existe una función de vigilancia y control del cumplimiento de las condiciones impuestas o del comportamiento seguido por los libertados condicionales tradicionalmente realizados por las instituciones de patronato y de cuyos informes dependía y depende, en buena medida, la revocación de las resoluciones judiciales que concedieron este beneficio en la terminología del momento. Difícil encaje, en consecuencia, donde lo regimental, asistencial y tratamental confluye repercutiendo unos aspectos sobre otros. Esta situación acentúa conforme a lo dispuesto en la modificación del Código Penal aprobada por L.O. 1/2.015, de 30 de marzo que, modificando la esencia jurídica de la libertad condicional, pasa a considerarse no el último periodo de cumplimiento de la pena sino una causa de suspensión de su cumplimiento.

La modernización preconizada por la nueva Ley se intentó conseguir con la promulgación del Real Decreto 1.415/1983, de 30 de marzo, sustituyendo la expresión hasta ese momento vigente de *“Patronato de Nuestra Señora*

³⁶⁹ GARRIDO GUZMÁN, L. *Compendio de Ciencia Penitenciaria*. Universidad de Valencia. Valencia, 1.976. Págs. 233 a 237.

de la Merced” por el de “Comisión de Asistencia Social”, creando una estructura descentralizada a través de la Comisión Central y las Delegaciones provinciales o locales de Asistencia Social³⁷⁰.

En la práctica la modificación tuvo un carácter meramente nominativo, manteniendo el contenido de las funciones en cuanto a la labor asistencial por lo se puede advertir un cierto avance dubitativo hacia el cumplimiento de lo señalado en el artículo 74 de la Ley. Se estructuró un incipiente servicio asistencial con connotaciones tratamentales solamente deducibles de la función asignada a los asistentes sociales en el artículo 301 del Reglamento aprobado en 1981 (que se mantiene en la actualidad con rango de resolución, según dispone la Disposición transitoria tercera del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero).

Estas funciones estaban descritas así: (*“Los Asistentes Sociales realizarán las tareas siguientes*):

- a) Entrevistarse con los internos observados o tratados, con sus familiares y en general con las personas que los conozcan, trasladándose si es necesario al domicilio de los mismos, recogiendo por todos los medios a su alcance la mayor información periférica posible acerca de aquéllos.*
- b) Escribir solicitando datos sobre los internos a familiares o personas de la localidad donde hayan vivido, Centros o Empresas donde haya permanecido o trabajado, y en general a quienes puedan proporcionar información para el estudio de su personalidad.*
- c) Emitir el informe propio de su especialidad y aportarlo a las reuniones del Equipo, así como cuando se les solicite por la Dirección del Establecimiento.*
- d) Asistir como Vocales a las reuniones de los Equipos de Observación y Tratamiento, participando en sus acuerdos y actuaciones.*
- e) Colaborar en la ejecución de los métodos de tratamiento, en especial por medio de métodos sociales”.*

³⁷⁰ Cuya composición y denominación de los vocales se estableció a través del Real Decreto 2.141/1.983, de 22 de junio.

El resto de apartados de este artículo prevén funciones asistenciales y de recopilación documental asociadas a las mismas.

El artículo 302 del Reglamento de 1.981 dispuso que, en supuestos en que existiera más de un Asistente Social en un Equipo Técnico o de Tratamiento, conforme a la estructuración de los órganos colegiados, solamente uno de ellos actuara como Vocal del mismo, designándose por el Organismo de la Comisión de Asistencia Social que corresponda (Comisión de Asistencia provincial o local en su caso).

La acción social también debería crear el clima adecuado para el desarrollo de la personalidad dentro de la sociedad, eliminando los obstáculos y las situaciones de necesidad que se opusieran a esta finalidad. Así se conseguiría abordar de manera integral los problemas de sanidad, vivienda, comunicaciones, formación, educación, trabajo, economía... de las personas en contacto con el sistema penal. De otra parte, debe intervenir en la planificación y ejecución de las actividades preventivas de dificulten la marginación o exclusión social de los ex-internos.

Como principal virtualidad de la reforma realizada por el citado Real Decreto 1.415/1.983, de 30 de marzo, podemos considerar su pretensión de sustituir a las llamadas “*fuerzas vivas*” de la sociedad del momento por fuerzas sociales reales, pretendiendo así enraizar las Comisiones de Asistencia Social en el tejido comunitario. Corrigiendo el postulado inicial, se entendió necesario desprender a los primeros servicios sociales de cualquier referencia al tratamiento penitenciario o su continuación en libertad,³⁷¹ concibiéndose a la persona a la que se asiste como un ser carencial y desprovisto de los recursos necesarios para su inserción social en términos de normalidad. El objetivo se modifica por el de proporcionar a internos, liberados y familiares un cúmulo de prestaciones básicas e ineludibles para vivir en libertad. Era preciso evitar caer en las estructuras paternalistas pretéritas y se plantea la construcción de una base técnica y

³⁷¹ RODRÍGUEZ SUÁREZ, J. “*Asistencia Social y Prevención*”. II Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. Sevilla, 1.986. Pág. 175 y ss.

profesional consistente en la presencia de un pequeño grupo de asistentes sociales en las Comisiones Provinciales.

5.3.- El personal de asistencia y su organización

Los dos números del artículo 75 de la Ley regulan la constitución del personal que debería formar la Comisión de Asistencia Social y establece el principio de coordinación de las distintas entidades implicadas en la reinserción social de reclusos y exreclusos.

El artículo 75.2 de la Ley Orgánica previó, de forma incipiente, un aspecto que se ha convertido en fundamental en la actualidad. El desarrollo del Estado autonómico tuvo su rápida traslación al ámbito de la asistencia social, asumiendo todas las Comunidades creadas las competencias exclusivas en la materia como consecuencia de la previsión establecida en el artículo 148.1.20ª de la Constitución. En este contexto, la función de coordinación con las entidades dedicadas a la asistencia de los internos y el tratamiento de los excarcelados existentes en el lugar donde radiquen los establecimientos penitenciarios (autonómicos y también provinciales y locales) devino en una actuación prioritaria dentro del Estado diverso y plural en construcción.

La evolución política y social del Estado y de sus administraciones viene a coincidir con lo que señaló MAPELLI CAFFARENA al concebir que la moderna asistencia penitenciaria debería buscar, en primer lugar, la compensación de los efectos desocializadores que la privación de libertad continuada produce consecuencia del alejamiento violento del entorno social de quien lo padece. Esta situación especial determina que la liberación constituya un momento crítico en el que se decide si la integración social ha triunfado o no, y debe tener un carácter evolutivo en el proceso si realmente la pena tuviera la finalidad resocializadora que se pretende³⁷².

Siguiendo una visión restrictiva del concepto tratamental, MAPELLI CAFFARENA no consideró la posibilidad de que el tratamiento

³⁷² MAPELLI CAFFARENA, B. Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1.983. Págs. 312 y ss.

penitenciario tuviera su continuación en el exterior una vez alcanzada la libertad condicional o definitiva y limitaba a tres el número de niveles en los que las dificultades que el liberto debe afrontar: las relaciones humanas, el trabajo y la vivienda.

Más de una década después de aplicación de la Constitución y de la Ley penitenciaria, MORENO JIMÉNEZ analizó en profundidad la vinculación existente entre la asistencia social penitenciaria, el éxito del tratamiento y la reinserción social³⁷³ considerando que la situación de los servicios sociales penitenciarios apenas se había modificado ni en las funciones realizadas ni en la dotación de medios personales y materiales para tal fin. Así, señala

*“La regulación es contradictoria, su ejecución incompleta y parcial debido a la inadecuada estructura organizativa, surgiendo la necesidad de su adaptación a la nueva distribución territorial del Estado”*³⁷⁴.

Recoge la necesidad de superar los planteamientos estrictos del tratamiento incluyendo a la asistencia social y coordinar con eficacia las dos fases en las que concibe su aplicación: la penitenciaria y la post-penitenciaria, siendo esencial que la sociedad acepte entre sus miembros a los exreclusos y sus familias; necesidad que recuerda se establece en el artículo 9.2 de la Constitución, a cuyo efecto los poderes públicos tienen la obligación de remover los obstáculos que impidan o dificulten que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

Esta situación se mantiene en la actualidad pese a la sucesiva aprobación de diversas Instrucciones y Circulares para la reorganización de los servicios sociales periféricos³⁷⁵.

³⁷³ MORENO JIMÉNEZ, L.M.: *“Asistencia Social Penitenciaria: Contenido y Competencias”*. Vigilancia Penitenciaria (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria). Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.993. Págs. 101 a 112.

³⁷⁴ Fundamental resulta en este aspecto la previsión del artículo 148.1.20ª de la Constitución al señalar que *“las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de Asistencia Social”*, siendo este un ámbito en el que todas las constituidas las asumieron con la aprobación de sus correspondientes Estatutos de Autonomía.

³⁷⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur-Menor (Navarra). 2.011. Págs. 575 a 585.

5.4.- Seguimiento de la conducta de los internos y liberados condicionales.

Otro aspecto importante es la labor de seguimiento de la conducta de los liberados condicionales que se preveía en el artículo 62 del Reglamento de 1.981 (contradictorio con la exclusividad de su cometido que contempla el artículo 75 de la Ley y el 261 del propio Reglamento).

En la tramitación del expediente de libertad condicional de los penados, el artículo 62 del Reglamento de 1.981 recogía la invitación al penado a que manifestase la localidad en que deseaba fijar su residencia, si disponía de empleo o medio de vida al salir en libertad y si aceptaba la vigilancia y tutela de un funcionario de la Comisión de Asistencia Social. Esto determinaba que el director del establecimiento recabara del organismo provincial o local de Asistencia Social del informe sobre la oferta de trabajo presentada por el penado, sobre la posibilidad de vigilancia y tutela del mismo, y en caso de no disponer de puesto de trabajo, las gestiones hechas para encontrarle empleo. Esta disposición difícilmente se podía conjugar con las actividades estrictamente asistenciales a realizar por el personal de la Comisión de Asistencia Social que predica el artículo 75 de la Ley Orgánica.

En el Reglamento vigente este sistema de control se señala en su artículo 200 mediante la adscripción del penado a un Centro penitenciario o al Centro de Inserción Social más próximo a su domicilio, realizándose por los servicios sociales penitenciarios de ese Centro conforme a las indicaciones de la Junta de tratamiento y que constituyen una continuación del modelo de intervención bajo la denominación de programa individualizado de seguimiento. Una vez más, el Reglamento modula los postulados anteriores insertando este último periodo de cumplimiento dentro de la perspectiva general de la ejecución penal con fines resocializadores, aspecto que se verá profundamente alterado con la modificación del Código Penal establecida por L.O. 1.015, de 30 de marzo que dota de nueva naturaleza jurídica a la Institución de la libertad condicional y deroga el art. 93 del texto que

establecía las consecuencias del incumplimiento de las reglas de conducta impuestas o la comisión de nuevos hechos delictivos.

La función asistencial se ha considerado difícilmente compatible con la asignada a sus responsables que les obliga a remitir a la autoridad judicial datos útiles para la adopción de la resolución procedente sobre la revocación de la libertad condicional si cometiera un delito u observare mala conducta (conforme al Código de 1.973 y Reglamento penitenciario de 1.981 y al Código de 1.995 y Reglamento de 1.996), existiendo infinidad de supuestos de hecho en los que los planteamientos terapéuticos o tratamientos (P.e.: recaída en consumo de sustancias tóxicas y adopción de medidas para su abordaje) condicionaban severamente la necesidad de elevar informe a la autoridad judicial. En este aspecto se confunde también y en otro plano lo tratamental y lo regimental³⁷⁶.

A la vista de los servicios autonómicos y locales surgidos, numerosos autores propugnaron una profunda reforma legislativa con el objeto de considerar la prestación asistencial como derecho subjetivo jurídicamente protegible y no una simple expectativa de beneficencia; en línea con la nueva estructura de distribución del poder en el territorio establecida por la Constitución, proponiendo su inclusión dentro de las prestaciones dispensadas por los servicios sociales generales (dentro del departamento Ministerial correspondiente) lo que supondría que los Servicios penitenciarios perdieran su consideración de servicios sociales especializados³⁷⁷.

Desde el otro ámbito, se propuso que la vigilancia y tutela de los liberados condicionales se realizara por los propios Juzgados de Vigilancia reforzados en medios personales y materiales y apoyados o basados en los Servicios Sociales normalizados a través de una correcta coordinación con el resto de los órganos judiciales. Así se conseguiría que la prestación

³⁷⁶ Como resalta RENART GARCÍA, F. *La Libertad Condicional: Nuevo régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.003. Págs. 273 a 277.

³⁷⁷ Es preciso considerar que la Ley de 2 de abril de 1.985, reguladora de las Bases de Régimen Local prevé en su artículo 25.2.k) que el Municipio ejercerá competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de “prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social”.

asistencial o de apoyo en lo social de la población reclusa o ex-reclusa y sus familiares se prestara con mayor eficacia a través de la nueva red de Servicios sociales en surgimiento con criterios jurídicos acordes con la concepción del Estado Social y Democrático de derecho, superando los postulados asentados en la caridad y en la beneficencia del pasado. Además debemos considerar la necesidad de articular un sistema progresivo para que el tránsito de la prisión a la libertad lo sea bajo las medidas de control, seguimiento y apoyo que permitan minimizar la posibilidad de reincidencia considerando siempre la imprevisibilidad del comportamiento humano, la complejidad de la convivencia, el marco constitucional del que disponemos y las limitaciones de los recursos públicos e institucionales. En este contexto la libertad condicional es un mecanismo de gran utilidad para preparar al interno para la vida en libertad en los casos en los que haya un pronóstico favorable de reinserción permitiendo una intervención rehabilitadora y un control por diversos medios (vigilancia telemática, identificación por ADN...) inexistentes cuando se alcanza la liberación definitiva al margen de esta situación previa.

5.5.- Evolución posterior y situación actual

La intervención social es considerada esencial para alcanzar diversos fines como son: la integración de los mejores métodos de resocialización institucional (siendo su aportación imprescindible para el más amplio conocimiento del interno), la realización de los tratamientos sociales y su evaluación, dotar de verdadero contenido a la libertad condicional y posibilitar la reinserción social del liberado una vez retornado al medio libre con independencia de su situación jurídica³⁷⁸.

Veinte años después de la aprobación de la Ley Orgánica, en el año 1.999, RACIONERO CARMONA³⁷⁹, analizando la evolución histórica de esta

³⁷⁸Fruto de esta consideración fue la inclusión de los asistentes sociales como miembros activos y vocales con voz y voto en los Equipos de Observación y Tratamiento en el Reglamento de 1.981, incorporándose tanto en el artículo 266 (que regulaba la composición de los Equipos de observación) como en el 269 (que detallaba la de los Equipos de Tratamiento).

³⁷⁹ RACIONERO CARMONA, F. *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad. Una perspectiva judicial*. Ed. Dykinson. Madrid, 1.999. Págs. 257 a 266.

cuestión, destacaba la distinta función asignada por el Reglamento orgánico del Ministerio de Justicia aprobado por Decreto 1.530/1.968, que separaba la tarea de control de los liberados condicionales encomendada al Patronato de Nuestra Señora de la Merced a través de la “*Comisión Penitenciaria*” de la asistencia social encomendada a la Comisión de Protección y Tutela.

Con la entrada en vigor de la Ley penitenciaria, la Comisión de Asistencia Social prevista en sus artículos 74 y 75 sustituyó en un todo al Patronato, asumiendo en consecuencia tanto la asistencia social de los internos y liberados condicionales y definitivos, como el control de los liberados condicionales, a través de las Comisiones provinciales y locales.

Por Real Decreto 1.334/1.994 se modificó esta situación al suprimir las Comisiones provinciales y locales existentes, derogándose igualmente los artículos 258 a 261 del Reglamento; subsistiendo exclusivamente la Comisión de Asistencia Social como un órgano colegiado con la finalidad de definir las líneas generales las prestaciones a los internos y liberados condicionales, y a las familias de unos y otros, la asistencia social necesaria y la colaboración de forma permanente con las instituciones y los organismos y entidades dedicadas a la asistencia de los internos y a la rehabilitación de los excarcelados, así como con las redes autonómicas, provinciales y servicios sociales municipales. Este Real Decreto creó una Subdirección General de Asistencia Social dentro del Ministerio de Justicia e Interior que asumió las funciones de ejecución de las prestaciones asistenciales establecidas por la Comisión³⁸⁰.

El Real Decreto 326/1.995 afectó al Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios, cambiando su denominación por el de “*Trabajo y Prestaciones Penitenciarias*” y amplió sus funciones a la promoción, organización y desarrollo de la educación, cultura, deporte y trabajo en los centros penitenciarios, la asistencia social de los reclusos, liberados condicionales y de los familiares, la tutela, seguimiento y control de los liberados condicionales y la elaboración de los informes que sobre los

³⁸⁰ RACIONERO CARMONA incide sobre la redacción dada por el Real Decreto a la prestación dada a los liberados definitivos, que adopta la forma de “*colaboración*”, frente a lo dispuesto por la Ley Orgánica que lo establece en términos de “*obligación directa*”.

mismos requieran las autoridades judiciales correspondientes. Destaca sobre manera el soslayo de cualquier referencia a los liberados definitivos como destinatarios de cualquier prestación social³⁸¹.

La nueva estructura del Organismo Autónomo eliminó la Subdirección General de Asistencia Social e integró a la Comisión de Asistencia Social como órgano de colaboración inter-administrativo con la función de definir las líneas generales de las prestaciones sociales a los internos y liberados, a los familiares de unos y otros, y la colaboración de forma permanente con las instituciones, organismos y entidades dedicadas a la asistencia de los internos y a la rehabilitación de los excarcelados así como con las redes autonómicas, provinciales y locales de servicios sociales.

Con posterioridad a la organización del Organismo se dictó un importante Circular (21/95, de 2 de agosto), de “*Ordenación y Funcionamiento de los Servicios Sociales Penitenciarios*”, completada por la orden de Servicio (6/95) para su adecuada ejecución. Esta Circular estableció que los Servicios Sociales penitenciarios

“Son responsables de la asistencia social de los internos, liberados condicionales y de las familias de unos y otros, así como del seguimiento de los libertados condicionales. Están integrados por trabajadores sociales de la Institución Penitenciaria y el personal que en su caso se determine, y forman parte del Centro Penitenciario siendo un instrumento para el tratamiento de los penados”.

A través de una norma interna de la Administración corrige o cuando menos matiza el postulado legal que establece, no lo olvidemos, las funciones de los servicios sociales intra-penitenciarios de las asistenciales, encomendado unas y otras a funcionarios diferentes bajo la expresión “*con exclusión de cualesquiera otras actividades que no sean las estrictamente asistenciales*”. Por lo tanto, la Ley Orgánica fue reorientada en su aplicación, por la expresión administrativa “*los trabajadores sociales, con*

³⁸¹ Cuya regulación anterior se establecía por el Decreto 2.705/1.964 y abarcaba exclusivamente la gestión del trabajo en las prisiones y la formación profesional.

carácter general, realizarán sus tareas tanto con internos como con los liberados condicionales indistintamente”³⁸².

La situación existente llevó a un sector de la doctrina a solicitar una modificación urgente de la regulación propugnando la existencia de una norma unitaria, sistemática, y con el rango adecuado de toda la materia relativa a la Asistencia Social, así como la dotación de medios materiales y personales suficientes a estos servicios para intentar evitar la reincidencia en el delito e integrar todas las disposiciones del Derecho Penitenciario Español.

El Reglamento de 1.996 indica en el artículo 227 que la Acción Social Penitenciaria se dirigirá a la solución de los problemas surgidos a los internos y a sus familias como consecuencia del ingreso en prisión y contribuirá al desarrollo integral de los mismos.

Los cometidos enunciados, se circunscriben a tres apartados: ámbito de actuación, equipos de trabajo y mecanismos de procedimiento y gestión.

La acción social como ámbito de intervención pretende adaptarse al incremento experimentado por los distintos servicios y recursos comunitarios -tanto a nivel de Administración Local como Autonómica- que encuentran su razón de ser en la prestación de ayuda y asistencia a sus ciudadanos, considerándose especializada y circunscrita a las acciones que deriven directamente de la relación individuo-administración penitenciaria y cuyas funciones se complementen con las que ejercen esos servicios comunitarios.

Respecto a los Equipos de trabajo, la Intervención Social en la Administración Penitenciaria se desarrolla a través de los Servicios Sociales Penitenciarios (de los Centros penitenciarios o Centros de Inserción Social), que se integran en los Equipos Técnicos y en las Juntas de Tratamiento y que dirigen sus tareas profesionales a las personas privadas de libertad,

³⁸² Aspecto criticado por RACIONERO CARMONA, F. *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad. Una perspectiva judicial*. Ed. Dykinson. Madrid, 1.999. Pág. 263.

incluido el periodo de libertad condicional, en su caso. En cuanto a los mecanismos de actuación y de procedimiento, sus actuaciones se dirigen principalmente a atender las solicitudes que les formulen los internos, los liberados condicionales y las familias de unos y otros.

La legislación vigente, de manera vacilante, ha intentado consolidar no una mera declaración programática sino un derecho subjetivo y jurídicamente protegible a que se propicien a los reclusos aquellos medios de asistencia o ayuda encaminados al desarrollo integral de su personalidad y que posibiliten cumplir el fin resocializador de vivir respetando la Ley penal. La asistencia tutelar constituye una actividad jurídica conectada con los derechos y obligaciones constitucionales relativos al desarrollo de la personalidad (artículos 10, 27 y 45 de la Constitución), igualdad (9 y 14), trabajo y Seguridad social (35 y 41), protección de la familia (39) y progreso social y económico (40); correspondiendo a los mismos organismos a quienes incumbe la competencia en las materias citadas en relación con los ciudadanos en general su prestación a reclusos y exreclusos en términos de normalidad. Como estableció de manera preclara BUENO ARÚS,

“Si el interno no se halla excluido de la sociedad conforme dispone el artículo 4 del Reglamento penitenciario, nada justifica la existencia de cuerpos de capellanes, médicos y profesores de Educación General Básica de la Administración penitenciaria o de una organización específica como “Trabajos Penitenciarios”, ni el proyecto existente en aquel momento de crear un cuerpo de asistentes sociales para la asistencia carcelaria y postcarcelaria”³⁸³.

Finalmente es preciso señalar que la función de los profesionales asistenciales se ha visto reforzada tras modificación del Reglamento penitenciario mediante Real Decreto 419/2.011, de 25 de marzo, dándose

³⁸³ BUENO ARÚS, F. “La asistencia social carcelaria y poscarcelaria”. Cuadernos de Política Criminal Nº 21. Edersa, Madrid, 1.983. Pág. 787. En esta misma línea se coloca ADELANTADO GIMENO, J.: “De la resocialización a la nueva custodia. Teoría y práctica del tratamiento en Cataluña”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLVI. Fascículo I. Enero-abril, MCMXCIII. Ministerio de Justicia, Madrid, 1.993. Págs. 199-219.

una nueva redacción al apartado primero del artículo 272 al incluirse como miembro de las Juntas de Tratamiento a “*un trabajador social, que haya intervenido sobre las propuestas sobre las que se delibere*”³⁸⁴.

6.- LOS PERMISOS PENITENCIARIOS DE SALIDA

El inicio del proceso de elaboración de la Ley General, con la entrega en mayo de 1.978 del texto del Anteproyecto al entonces Ministro de Justicia y su publicación el 15 de septiembre del mismo año, corrió paralela a la incesante actividad de la Dirección General en la producción de órdenes circulares y normativa interna tendente a atajar la complicada situación intramuros y la demanda social y política de solventar una situación considerada intolerable.

Como hemos analizado en el apartado que abordaba la realidad penitenciaria previa a la elaboración de la Ley Orgánica, la Orden Circular de 4 de octubre de 1978 anticipó en gran medida el contenido legal en cuanto a la potenciación de las relaciones externas de los reclusos a través de la institución de los permisos de salida, regulando aquellas salidas temporales ya previstas en la normativa en supuestos en los que la presencia del interno en momentos determinantes de su vida y de sus allegados tenían un carácter próximo al de los derechos objetivos; nos referimos a los llamados “*permisos extraordinarios*”. Junto a ellos se previeron otras salidas sometidas al cumplimiento de unos requisitos y a la concurrencia de

³⁸⁴ El Artículo 272, en su apartado primero establece:

“1. La Junta de Tratamiento u órgano colegiado equivalente estará presidida por el Director del Centro penitenciario y compuesta por los siguientes miembros:

- a) El Subdirector de Tratamiento o Subdirector Jefe de Equipo de Tratamiento en los Centros de Inserción Social independientes.
- b) El Subdirector Médico o Jefe de los Servicios médicos.
- c) El Subdirector del Centro de Inserción Social, en los Centros de Inserción Social dependientes.
- d) Los Técnicos de Instituciones Penitenciarias que hayan intervenido, en su caso, en las propuestas sobre las que se delibere.
- e) Un trabajador social, que haya intervenido sobre las propuestas sobre las que se delibere.
- f) Un educador o coordinador del Centro de Inserción Social que haya intervenido en las propuestas.
- g) Un Jefe de Servicios, preferentemente el que haya intervenido en las propuestas.”

una disposición personal del interno que se incardinan en el proceso de resocialización bajo el concepto de “*permisos ordinarios*” de salida³⁸⁵.

La legislación internacional de la que se importan los permisos estaba constituida por:

1.- Las Reglas Mínimas de Ginebra de 1955: (Regla 44.2) que prevé las salidas de los reclusos en casos de enfermedad o fallecimiento de algún familiar.

2.- Las Reglas Penitenciarias Europeas de 1.973: (Regla 43.2) que establece que “*con el fin de estimular los contactos con el mundo exterior, deberá existir un sistema de permisos penitenciarios compatible con los objetivos del tratamiento*”. (Regla 70.2) “*Los programas de tratamiento deberán comprender igualmente una disposición relativa a los permisos penitenciarios que deberán ser concedidos lo más ampliamente posible por razones médicas, educativas, profesionales, familiares y otros motivos sociales*”. (Regla 70.3) añadiendo que “*los ciudadanos extranjeros no deberán quedar excluidos del beneficio de los permisos penitenciarios únicamente a causa de nacionalidad*”.

3.- La Recomendación nº 82(16) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros que establece

“*Considerando que el permiso penitenciario contribuye a hacer más humanas las prisiones y a mejorar las condiciones de detención y que es uno de los medios que facilitan la reinserción social del detenido, recomienda a los Gobiernos de los Estados que concedan permisos de salida penitenciarios en la más amplia medida posible por motivos médicos, educativos, profesionales, familiares y demás motivos sociales, considerando a la hora de la concesión: a) la naturaleza y la gravedad de la infracción, la duración de la pena y el tiempo de condena ya cumplida; b) la personalidad y el comportamiento del detenido así como el riesgo que puede presentar para la sociedad; c) la situación familiar y social del detenido que puede haber cambiado en el transcurso de su detención; d) el objetivo del permiso, su duración y modalidades*”.

³⁸⁵ Respecto a los antecedentes remotos de esta institución: MIR PUIG, C. *Derecho Penitenciario*. Atelier. Barcelona, 2.011. Pág. 131.

Esta Recomendación establece que la concesión del permiso debe realizarse lo antes y con la mayor frecuencia posible; beneficiando no sólo a los internos en prisiones abiertas, sino también a los internos en prisiones cerradas siempre que no sea incompatible con la seguridad pública; se debe facilitar el disfrute a los extranjeros cuya familia no resida en el país de cumplimiento, se deben adoptar las medidas para que puedan disfrutar quienes carezcan de vinculación familiar y no procede utilizar la denegación del permiso como sanción disciplinaria, salvo en caso de abusos del sistema. En todos los supuestos las denegaciones deben estar motivadas. También señala que se prestará especial atención al funcionamiento y desarrollo de las salidas y a su valoración y facilitar información pública de los objetivos y resultados del permiso.

Establecida la normativa internacional en la materia conviene indicar su naturaleza jurídica. No resulta pacífica por cuanto han sido considerados: un derecho subjetivo,³⁸⁶ una recompensa, un beneficio penitenciario de carácter genérico o un elemento del programa de tratamiento.

Durante el iter parlamentario que desembocaría en la aprobación de la LOGP, la novedosa configuración de los permisos ordinarios como elemento del tratamiento dirigido a la preparación para la vida en libertad, en línea con los postulados internacionales señalados y sin obviar otras naturalezas y finalidades asignadas como derecho subjetivo, recompensa y beneficio penitenciario³⁸⁷, no fue obstáculo para la unánime aceptación de su extensión a los preventivos. Así, sin mayores cuestionamientos acerca de su compatibilidad o conveniencia, se aprueba el Art. 48 de la Ley que dice:

“Los permisos a que se refiere el artículo anterior (esto es, tanto los especiales como los excepcionales) podrán ser concedidos asimismo a

³⁸⁶ GARRIDO GUZMÁN señala que podemos llegar a la consideración de que los permisos constituyen *un* derecho *limitado* de los internos por tres tipos de razones: 1º: de índole constitucional al pretender la reeducación y reinserción social, 2º: por no ser un beneficio ni una recompensa sino una forma de fortificar los vínculos familiares y sociales del interno y 3º: por no estar configurados como un derecho absoluto sino que está sometido al cumplimiento de unos requisitos objetivos. GARRIDO GUZMÁN, L. “*Los permisos de salida en el ordenamiento penitenciario*”. Revista Eguzkilore. N° 2 Extraordinario. Octubre, 1.989. San Sebastián, 1.990. Pág. 66.

³⁸⁷ Respecto a la naturaleza jurídica MIR PUIG, C.: *Derecho penitenciario*. Atelier. Barcelona, 2.011. Págs. 136 a 138. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.002. Págs. 23 a 29.

internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial correspondiente”.

Se mantuvo el criterio de la Circular de 1.978 que también reflejaba la previsión establecida en la reforma del Reglamento de 1.956 para conceder los llamados “*permisos especiales*” a internos preventivos como recompensa por su buen comportamiento, condicionado, eso sí, a la “*previa conformidad del Juez o Tribunal del que dependiere*”.

El Título Quinto de la Ley regula los permisos de salida consolidando las siguientes categorías (sin denominarlos)³⁸⁸:

a) Permisos extraordinarios: Conforme se estableció en la reforma reglamentaria de 1.977, Órdenes circulares de 1.978 y Ley Orgánica de 1.979, se conciben como un derecho objetivo de los internos, con independencia de las circunstancias penitenciarias, penales o procesales que concurren, y se concederán, salvo que existan circunstancias excepcionales “*en los casos de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuges, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos y alumbramiento de la esposa*”. Se trata de que la persona reclusa se halle presente y participe de los acontecimientos relevantes que ocurren en la vida el ámbito familiar y social en las que se integra. Como señala RENART GARCÍA, debemos remontarnos al Reglamento de 1.956 para hallar su primer antecedente que se encuentra influenciado por lo dispuesto en las Reglas Mínimas de Ginebra del año anterior. Este autor cita la concesión de estas salidas temporales en supuestos que sobrepasan los supuestos de muerte o enfermedad grave de parientes abarcando objetivos distintos, como son

“asistencia a comuniones, bodas o exámenes en un Instituto de Enseñanza Media. En efecto, mientras el diario “ABC” de 3 de junio de 1972 se hace

³⁸⁸ No podemos compartir la consideración de ZÚNIGA RODRÍGUEZ cuando señala que “*existen tres clases de permisos de salida: ordinarios, extraordinarios, de fin de semana para los penados de tercer grado y las salidas programadas*” pues, como afirma posteriormente, las salidas de fin de semana “*pertenecen a las modalidades de permanencia y salidas de los internos sometidos al tercer grado*” y las salidas programadas “*están unidas a una determinada y específica actividad de tratamiento*” ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L. *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Penal VI. Derecho penitenciario*. Iustel. Madrid, 2.010. Págs. 204 a 216.

*eco de la noticia del permiso concedido en Soria a un recluso para asistir a la comunión de su hijo, acompañado por un asistente social, en el diario “Ya” de 21 de febrero de 1.973 se recoge la ausencia de la prisión cántabra de El Dueso de dos internos para casarse e ir a la boda de la hija, respectivamente*³⁸⁹.

Mención especial merecen los permisos extraordinarios “por motivos sanitarios” previstos en el Reglamento de 1.996 con carácter potestativo. Su fundamento, como señala RENART GARCÍA, se encuentra en lo previsto en el artículo 36.2 de la Ley Orgánica al establecer la necesidad de que la atención médico-sanitaria que se preste a la población reclusa sea equivalente, cualitativa y cuantitativamente, a la que se presta a cualquier ciudadano libre. De esta forma el interno recibirá la atención médica en centros externos en régimen ambulatorio o de internamiento sin necesidad de custodia policial.³⁹⁰

b) Permisos ordinarios como preparación para la vida en libertad: pudiéndose conceder hasta siete días hasta un total de 36 o 48 días por año a los condenados de segundo o tercer grado. En los límites máximos no se computan los permisos de fin de semana en los establecimientos de régimen abierto. Los requisitos previstos en el reglamento repite los señalados en la Ley: extinción de una cuarta parte de la condena y no observar mala conducta. A ello se añadía:

“No obstante, la propuesta de los Equipos o el acuerdo de las Juntas de Régimen sobre las solicitudes de permiso serán negativos si consideran, por informaciones o datos fidedignos o por la concurrencia en el interno de circunstancias peculiares, que a su juicio es probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o que el permiso repercutirá perjudicialmente sobre el interesado desde el punto de vista de su preparación para la vida en libertad”.

³⁸⁹ RENART GARCÍA, F. *Los Permisos de Salida en el Derecho Comparado*. Ministerio del Interior. Secretaría General de II.PP. Madrid, 2.010. Pág. 21.

³⁹⁰ RENART GARCÍA, F. *Los Permisos de Salida en el Derecho Comparado*. Ministerio del Interior. Secretaría General de II.PP. Madrid, 2.010. Pág. 29.

Según establecía el Reglamento de 1.981, si se aprovechara un permiso de salida para fugarse o cometer nuevo delito, no podrán volver a disfrutar otro por un periodo de dos años, salvo los especiales por enfermedad de familiares o allegados o alumbramiento de la esposa. Si el delito cometido estuviera castigado con pena grave o se repitiera la evasión aprovechando un nuevo permiso, el período durante el que no se podrán disfrutar nuevos permisos será de tres años.

Como hemos señalado, el artículo 255 repetía la previsión de conceder permisos ordinarios o extraordinarios a los internos preventivos con aprobación de la Autoridad judicial correspondiente.

La mayoría de autores coincidieron en destacar el contrasentido que supone extender los permisos ordinarios de salida a quienes se hallan en prisión provisional³⁹¹. Así, GARRIDO GUZMÁN consideró que su concesión “*es uno de los mayores desaciertos de nuestra legislación*” y “*que no responde a la filosofía de esta clase de permisos en cuanto elementos de tratamiento*”³⁹².

En la actualidad y tras las diversas reformas existentes en materia de prisión preventiva, existe práctica unanimidad en entender que estos permisos técnicamente carecen de aplicabilidad a los internos con causa en preventiva, siendo imposible su autorización siquiera forzando el sentido de la Ley o acudiendo a interpretaciones analógicas³⁹³. Sensus contrario se

³⁹¹ Respecto a la difícil procedencia de concesión de permisos ordinarios a preventivos: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “*Relaciones del Recluso con el Mundo Exterior*”. BERDUGO de la TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, I. (Coords.): *Manual de Derecho Penitenciario*. Ed. Colex. Salamanca, 2.001. Págs. 270 y ss. CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho Penitenciario*. 3ª edición. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.012. Pág. 264. (“*sin embargo el Art. 48 LOGP parece permitir que también se puedan conceder a los presos preventivos con la autorización judicial de quien dependan, lo que no es posible por su incompatibilidad con la decisión judicial de prisión preventiva, por la falta de los requisitos referidos a la clasificación y por la finalidad resocializadora incompatible con la presunción de inocencia*”)

³⁹² GARRIDO GUZMÁN, L. *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Edersa. Madrid, 1.983. Pág. 430

³⁹³ Se ha considerado que esta redacción responde a una confusión entre grado y régimen. Desde esta perspectiva se equipararía la clasificación en segundo o tercer grado que establece la Ley con el sometimiento a segundo o tercer grado, por lo que los preventivos en régimen ordinario (es decir todos excepto los sometidos a lo dispuesto en el Art. 10.2 de la Ley Orgánica) cumplirían el requisito establecido en el Art. 47.2 de la propia Ley. Se entiende que todo grado implica un régimen determinado sin reparar en que no todo régimen conlleva necesariamente una clasificación. El requisito de la extinción de la cuarta

muestra MARTÍNEZ ESCAMILLA, quien considera posible su concesión excepcional atendiendo a que

“Sin embargo, su vida en prisión ha de estar sometida a algún régimen que será, con carácter general, el régimen ordinario, aunque también es posible su sometimiento al régimen cerrado (arts.96 y ss .RP). Cabría interpretar, pues, el requisito de estar clasificado en segundo o tercer grado como el sometimiento al régimen ordinario o abierto (este último lógicamente no se aplica a los preventivos)”³⁹⁴.

Como señala RENART GARCÍA, la previsión normativa por la que se extienden los permisos ordinarios de salida a internos preventivos ha de valorarse e interpretarse atendiendo al contexto sociopolítico en que se adoptó la medida³⁹⁵. A ello puede añadirse el desfase de nuestras leyes penales y procesales del momento y la falta de idoneidad del colectivo de funcionarios penitenciarios para aplicar técnicas criminológicas o perseguir fines reeducadores, comprendiéndose así con mayor claridad las razones que impulsaron la reforma de 1977 y las Ordenes Circulares de 1978. Desde el punto práctico, el afán por contrarrestar y superar el anticuado sistema penitenciario hasta entonces existente, unido a las ansias aperturistas y de cambio, llevaron incluso a la concesión de permisos de salida a internos clasificados en primer grado.

Debemos considerar que la unanimidad alcanzada en sede parlamentaria sobre la acertada previsión de los permisos de salida distaba mucho de su pacífica aceptación en determinados estamentos judiciales. Como ha señalado el principal impulsor y artífice de la Ley penitenciaria,

parte de la condena habría de calcularse, según la interpretación que realizó un minoritario sector doctrinal, sobre la pena solicitada en el proceso en el que se decretó la prisión provisional. Esto constituye una exigencia de imposible cumplimiento por un interno preventivo. Si la referencia legal a la “condena” constituye ya, per se, un argumento suficiente para desvirtuar cualquier posibilidad de concesión del permiso ordinario, la propuesta de adaptación de este requisito a la situación procesal del interno es inviable. La pretensión de realizar el cómputo sobre la pena solicitada en el proceso en el que se decretó la prisión preventiva supondría insuflar el otorgamiento de la salida de una notable inseguridad jurídica al basarse el cálculo en resoluciones futuras de imprevisible concreción.

³⁹⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.002. Pág. 124.

³⁹⁵ RENART GARCÍA, F. *Los Permisos de Salida en el Derecho Comparado*. Ministerio del Interior. Secretaría General de II.PP. Madrid, 2.010. Pág. 81 y Págs. 195-196.

“Los permisos de salida me causaron problemas al ponerlos en marcha por Órdenes Circulares previas que pertenecen a mi acerbo más querido. Algún que otro juez o magistrado de lugares que no olvido y ahora guardo, equidistantes entre sí en el mapa de España, y que ejercían la jurisdicción encerrados en su urna de cristal, al margen de la realidad, me interpellaron al respecto, especialmente si, por desgracia, la fuga tenía lugar, y trataron de inculparme por el delito de infidelidad en la custodia de presos”³⁹⁶.

El Tribunal Constitucional ha reafirmado la función resocializadora de los permisos de salida de forma meridiana en diversas resoluciones. Por su trascendencia nos referimos a la Sentencia 112/1.996, de 24 de junio (ponente Vives Antón), donde se indica:

“La posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y la reinserción social (artículo 25.2 de la Constitución) o, como ha señalado la S.T.C. 19/1.988, la corrección y readaptación del penado, y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento.

Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de la responsabilidad del interno y contribuyen con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse, e indican cual es la evolución del penado. Pero, al mismo tiempo, constituyen una vía fácil de eludir la custodia, y, por ello, su concesión no es automática, una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces con que estos concurren, sino que además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados.

³⁹⁶ GARCÍA VALDÉS, C. “La reforma penitenciaria: crónica de una transición”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1.147, Madrid, 25 de octubre de 1978. Págs. 3 y ss.

La presencia o no de dichas circunstancias ha de ser explicitada al pronunciarse sobre la concesión o denegación de un permiso de salida. Múltiples factores pueden ser tenidos en cuenta para hacer esta valoración, mas todos ellos han de estar conectados con el sentido de la pena y las finalidades que su cumplimiento persigue: el deficiente medio social en el que ha de integrarse el interno, la falta de apoyo familiar o económico, la falta de enraizamiento en España, anteriores quebrantamientos de condena o la persistencia de los factores que influyeron en la comisión del delito, entre otros, pueden ser causa suficiente, en cada caso concreto, que aconseje la denegación del permiso de salida”.

En esta misma línea la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid ha señalado (Auto 795/2.000, de 14 de junio):

“El permiso puede contribuir a su mayor eficacia porque, al contar con el preso, al incorporarlo a la ejecución de la pena, permite que éste valore la libertad no como añoranza sino como vivencia, pueda tomar contacto con un mundo exterior más aceleradamente cambiante que el de la prisión y refuerce los lazos familiares y la práctica de toma de decisiones propia del ejercicio de la responsabilidad”.

Por este motivo y siguiendo a RENART GARCÍA, sorprende que la legislación española mantenga la privación del disfrute de permisos de salida como sanción disciplinaria en su ordenamiento lo que resultaría conforme con su consideración de recompensa pero no como *“instrumento del proceso resocializador”*, a lo que añade la posible conculcación del principio de reserva de ley que se produce en la actualidad al tipificarse las sanciones en norma reglamentaria y no en la Ley formal³⁹⁷. Como afirma MARTÍNEZ ESCAMILLA, existe una vinculación directa entre esta Institución con el derecho fundamental a la libertad, lo que requiere la máxima atención del legislador: *“sería la legislación penitenciaria, al regular cómo se ejecuta la pena privativa de libertad, la que configura ésta de una forma más restrictiva o más flexible, estableciendo graduaciones,*

³⁹⁷ RENART GARCÍA, F. *Los Permisos de Salida en el Derecho Comparado*. Ministerio del Interior. Secretaría General de II.PP. Madrid, 2.010. Págs. 175 y 197-198.

*por lo que cualquier restricción sustancial del status libertatis que la legislación reconoce al preso, podría considerarse afecta a su derecho a la libertad*³⁹⁸; consideración que refuerza la precisa tipificación legal de las conductas sancionables.

7.- JUDICIALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN PENAL

Al reconocer la Constitución la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se reforzaron los postulados que propugnaban la judicialización del cumplimiento de la pena privativa de libertad. A ello debemos añadir las disposiciones de dos artículos concretos. El artículo 106.1 que dispone:

*“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”*³⁹⁹.

El artículo 117.3 de la Constitución señala:

“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas y procedimiento que las mismas establezcan”.

Respecto a la situación anterior, MIR PUIG señala.

En el sistema penal y penitenciario anterior al actual, por una mala comprensión del principio de separación de poderes –legislativo, judicial y ejecutivo-, se entendía que la ejecución de la pena privativa de libertad correspondía única y exclusivamente a la Administración penitenciaria, de ahí que prácticamente la jurisdicción se despedía del penado a la puerta de la cárcel, sin ejercer ningún control judicial, limitándose el juez o Tribunal o el Fiscal a efectuar visitas semanales a la cárcel ex art. 526 de la L.E.Cr., pudiendo sólo efectuar protestas, sugerencias o traslado de quejas a las

³⁹⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. Los permisos ordinarios de salida. Régimen jurídico y realidad. Edisofer, S.L. Madrid, 2.002. Pág. 118.

³⁹⁹ Artículo 103.1.C.E.: *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*.

autoridades penitenciarias. Así se hablaba de total individualización administrativa de la pena”⁴⁰⁰.

Si la sanción penal que el órgano jurisdiccional impusiera, una vez celebrado el oportuno juicio oral, con arreglo a los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no se ejecutara, en modo alguno se daría cumplimiento, no ya solo a la propia función de juzgar reconocida a los Tribunales sino al derecho a la obtención de una tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la propia Constitución.

La potestad jurisdiccional, de este modo, cubre cualquier tipo de conflicto jurídico concebible, incluyéndose el ejercicio del ius puniendi del Estado, por lo que la reserva del Poder Judicial en condiciones de exclusividad despliega toda su intensidad también en el ámbito penitenciario a través del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria creado dentro del orden jurisdiccional penal sometido a reserva de ley en todos sus aspectos (por lo que resulta constitucionalmente imposible regular cualquier materia relativa a la organización y el funcionamiento judicial directamente a través de reglamentos gubernativos).

Nos encontramos ante un aspecto fundamental de la doctrina y la legislación penitenciaria contemporánea. Como señaló ALONSO DE ESCAMILLA⁴⁰¹:

“Hacía falta el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Hacía falta porque existen las cárceles. Y porque además están llenas. Y porque el recluso es un ser humano y por ello titular de derechos. Y estos derechos del ser humano-recluso tienen que respetarse. ¿Qué mayor garantía para los derechos de estas personas que su vigilancia y control por el poder judicial?”

La Ley Orgánica modificó una realidad importante de nuestro sistema anterior. La ejecución penal estaba atribuida al Poder Ejecutivo, a la Administración sin control judicial inmediato. El principio de legalidad se

⁴⁰⁰ MIR PUIG, C. *Derecho penitenciario*. Atelier. Barcelona, 2011. Págs. 177-178.

⁴⁰¹ ALONSO DE ESCAMILLA, A. *El Juez Vigilancia Penitenciaria*. Editorial Civitas. Madrid, 1.985. Pág. 19.

respetaba en sus garantías criminal, penal y jurisdiccional, pero no ocurría lo mismo cuando de la ejecución se trataba⁴⁰². Cabe afirmar, en expresión de MANZANARES SAMANIEGO, que “*esa garantía de ejecución era, más o menos, la cenicienta del mencionado cuarteto*”⁴⁰³.

La situación previa a la entrada en vigor de la Ley significaba, de hecho, que el Poder judicial establecía un límite temporal máximo en la ejecución de la pena privativa de libertad pero, a partir de ahí, era la Administración penitenciaria, la Institución, la que podría modular la intensidad del castigo inherente a la misma y su propia duración real.

Se ha hablado de una especie de “*novación continua de la pena carcelaria*” realizada por el Ejecutivo en el marco de unas posibilidades amplísimas e incontrolables. Esta es la situación constatada por la Magistrada–Juez de Vigilancia Penitenciaria CARMENA CASTRILLO, quien, desde el ejercicio práctico, remarcó que el verdadero cambio producido en la situación penitenciaria española entre 1.974 y 1.992 no radicaba en los regímenes de vida establecidos, ni en la concepción del tratamiento individual, ni de la disciplina, ni en el reconocimiento de los derechos individuales sino que el verdadero cambio se hallaba en el control jurisdiccional⁴⁰⁴.

Esta garantía es una piedra angular en el sistema establecido en la medida en que, conforme a los postulados avanzados de la sociología jurídica, en la práctica, los derechos no dependen tanto de cómo los describen las leyes

⁴⁰² En el momento de promulgarse la Ley Orgánica las distintas garantías estaban reconocidas en el artículo 80 del Código Penal (texto refundido de 14 de septiembre de 1.973 (Decreto del Ministerio de Justicia) conforme a la Ley 44/1.971, de 15 de noviembre), estableciendo que “*no podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme*”, añadiendo el artículo 81 “*Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la Ley o los reglamentos, no con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto*”. Esta regulación es similar a la que tradicionalmente han contenido otros Códigos Penales en España, siendo posible señalar como antecedentes históricos los artículos 99 y 100 del Código Penal de 1.870 y el Art. 165 del Código de 1.928, que contenían idéntica redacción.

⁴⁰³ En palabras de MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “*Jueces de Vigilancia*”. Derecho Penitenciario y Democracia. VV.AA. Fundación el Monte. Sevilla. 1.994. Pág. 167.

⁴⁰⁴ CARMENA CASTRILLO, M. “*Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. La Eficacia del Control Jurisdiccional en el Cumplimiento de la Legislación Penitenciaria*”. Vigilancia Penitenciaria. (VI Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria). Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.993. Pág. 21

materiales, sino de la eficacia o el acertado funcionamiento de los procesos diseñados para hacerlos exigibles.

Su creación forma parte de los aspectos positivos de la legislación, siendo uno de los logros resaltados con práctica unanimidad. La innovación cuenta con diversos antecedentes en el derecho español que, sin embargo, no son comparables con la situación creada en 1.979. De igual manera, en el derecho extranjero la demanda del establecimiento de un control judicial de la ejecución de las penas privativas de libertad fue atendida con anterioridad en las legislaciones italiana (Art. 144 del Código Penal de 1.930 y Arts. 68 y siguientes de la Ley de 26 de julio de 1.975); francesa (Código del Procedimiento Penal de 31 de diciembre de 1.957 y Ordenanza de 23 de diciembre de 1.958) brasileña (Ley Federal de 5 de septiembre de 1.922) y portuguesa (ley de 16 de mayo de 1.944)⁴⁰⁵.

Con la Ley General Penitenciaria se incorpora definitivamente en nuestro país la novedosa figura del Juez de Vigilancia, a través de la que la ejecución de las penas privativas de libertad va a estar sometida al control jurisdiccional, acabando así con la exclusiva competencia de la Administración en esta materia. Ha señalado RACIONERO CARMONA,

*“A partir de este momento es posible hablar de tres fases en la persecución judicial del delito: la de instrucción, la de enjuiciamiento y la ejecución, cada una de las cuales está atribuida a un órgano distinto, correspondiendo la última –ejecución- a los Juzgados de vigilancia Penitenciaria en cuanto a las penas privativas de libertad y medidas de seguridad”*⁴⁰⁶.

La figura tiene un carácter esencialmente judicial compatible con la colaboración estrecha que debe mantener respecto a las autoridades

⁴⁰⁵ Sobre los antecedentes de la Institución y sus funciones: MATA Y MARTÍN, R. *Aproximación a las Bases del Sistema Penitenciario*. Inédito. Junio de 2.014. Págs. 291 a 297.

⁴⁰⁶ RACIONERO CARMONA, F. *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad*. Ed. Dykinson. Madrid 1.999. Pág. 73.

administrativas penitenciarias, conforme resaltó RUIZ VADILLO en uno de los primeros trabajos en los que analiza esta novedad legislativa⁴⁰⁷.

La Ley Orgánica asigna a esta figura, en palabras de MANZANARES SAMANIEGO

*“La función fundamental de “judicializar” la ejecución penitenciaria, actuando también como órgano contencioso-administrativo, defensor ejecutivo de los derechos fundamentales de los privados de libertad, como órgano administrativo (lo que es censurable) y como titular de iniciativas frente a la Administración Penitenciaria”*⁴⁰⁸.

Actúa por sí y no por delegación de los órganos sentenciadores, ya que en ningún precepto legal se dispone que esta figura ostente una competencia delegada. El legislador quiso que la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que venía atribuida a los Jueces y Tribunales sentenciadores pasara a este órgano jurisdiccional nuevo. A partir de este momento, la declaración de firmeza de la sentencia condenatoria determina que, ex nunc, el Juez o Tribunal sentenciador no intervenga hasta el momento del licenciamiento definitivo. Todo lo relativo a la ejecución de la pena privativa de libertad debería estar dentro de la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez de Vigilancia una vez el afectado ingresa en el centro penitenciario y, solamente por vías del recurso en supuestos determinados, podría intervenir el órgano judicial que impuso la pena.

Como ha afirmado BUENO ARÚS la Institución no es un órgano mixto, en parte jurisdiccional y en parte administrativo, sino que es un órgano netamente jurisdiccional, con jurisdicción propia, es decir, en ningún caso ejerce ningún tipo de jurisdicción prorrogada, propias del tribunal sentenciador. No es un delegado del órgano sentenciador sino que le sucede,

⁴⁰⁷ RUIZ VADILLO, E. *“La Ejecución de las Penas Privativas de Libertad, bajo la Intervención Judicial”*. En Anuario de Derecho Penal, Fasc. Iº. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.979. Págs. 33 a 43. De igual manera GARCÍA VALDÉS resaltó la necesidad de separar de manera diáfana las atribuciones de la Administración penitenciaria y la de los Jueces de Vigilancia, y no puede producirse una invasión de aquéllas por las de éste, pues sería como venir a reconocer facultades de dirección del establecimiento a toda autoridad judicial. GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Ed. Civitas. Madrid, 1.986. Págs. 243 y 244

⁴⁰⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *“Jueces de Vigilancia Penitenciaria”*. Derecho Penitenciario y Democracia. VV.AA. Fundación El Monte. Sevilla, 1994. Pág. 171

una vez que la sentencia es firme, para hacerse cargo de la ejecución de la pena impuesta⁴⁰⁹.

7.1.- Regulación legal. Competencias

La regulación se recoge en el Título V de la Ley (bajo la denominación “*Del Juez de Vigilancia*”), en sus artículos 76, 77 y 78 le otorga una doble función esencial: fiscalizar la actividad penitenciaria y garantizar los derechos de los internos. Además de las funciones establecidas en la Ley penitenciaria es preciso considerar aquellas atribuidas por el Código penal y los supuestos en los que el Reglamento penitenciario exige comunicar al Juez de Vigilancia las actuaciones de la Administración que pueden llevar a restringir los derechos de los internos.

Existen otras competencias que pueden surgir a lo largo de la estancia en prisión de los reclusos que no se hallan atribuidas a los Jueces de Vigilancia, manteniéndolas diversos órganos jurisdiccionales. Este aspecto tiene carácter capital y se ha ido desgranando a lo largo de estos más de treinta y cinco años de aplicación práctica y que todavía, en la actualidad, constituyen motivo de controversia jurídica. Los aspectos de la ejecución penal sobre los que carece de competencias son:

1) Aprobación de la libertad definitiva: Conforme establece la propia Ley, la aprobación de la liberación definitiva corresponde al Tribunal sentenciador. El Juez de Vigilancia ejecuta y hace ejecutar la pena impuesta, pero es la autoridad judicial autora de la sentencia la que procede a la declaración de su extinción.

Como señala CERVELLÓ DONDERIS, que califica la distinción entre cumplimiento y ejecución como compleja,

“la creación en algunas ciudades españolas de Juzgados de ejecutorias ha servido para asignarles la función de la ejecución de las sentencias

⁴⁰⁹ BUENO ARÚS, F. “*El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Competencias: redención de penas por el trabajo y extranjeros pendientes de expulsión*”. Fiscales de Vigilancia Penitenciaria. Cursos del Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.988. Pág. 13.

dictadas por causas por delito, dando lugar a que un Juzgado distinto al que sentenció se ocupe de todos estos aspectos de ejecución”⁴¹⁰.

2) Por la naturaleza de la pena: la redacción de la norma y la propia denominación de la Institución parecen determinar que el Juez de Vigilancia tiene competencias exclusivas en penas y medidas de seguridad privativas de libertad, no sobre otras de distinto contenido. Quedarían excluidas de su competencia las existentes que afectaban a otros bienes jurídicos conforme al Código Penal de 1.973 (vigente en el momento de aprobarse la Ley penitenciaria), como eran las penas de inhabilitación absoluta y especial, suspensión, extrañamiento, confinamiento, destierro, pérdida de la nacionalidad española, reprensiones pública y privada, caución, privación del permiso de conducir y multa. Tampoco estaría comprendida la de arresto menor cuando se autorizara al reo al cumplimiento en su propio domicilio, según permitía el artículo 85 del Código. Sí tendría sentido en supuestos de impago de multas que podían dar lugar a privaciones de libertad de hasta seis meses en razón de delito o hasta de quince días por faltas. Así, en vez de crear una figura competente en la ejecución penal el legislador optó por una jurisdicción de vigilancia penitenciaria, restringiendo su competencia a la privación de libertad.

Frente a los planteamientos inicialmente surgidos y plasmados en la norma penitenciaria, los Jueces han asumido otras cuestiones de ejecución que trascienden a la pena de prisión o la privación de libertad. La creación y aplicación de medidas penales alternativas al internamiento carcelario ha tenido también su reflejo en estas competencias, transitándose, como se ha señalado, del Juez de Vigilancia al Juez de ejecución penal de forma progresiva y poco definida⁴¹¹.

Ejemplo de lo señalado lo constituye la evolución en el cumplimiento de las nuevas medidas que se han ido introduciendo en nuestra legislación. Así, las previsiones que contuvo el Real Decreto 690/1.996, de 26 de abril, por el

⁴¹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho Penitenciario*. Tirant lo Blanc. 3ª edición. Valencia, 2.012. Págs. 154.

⁴¹¹ MARTÍN CANIVELL, J. “*Título V. Del Juez de Vigilancia (I) Atribuciones*”. *Comentarios a la legislación Penal*. Tomo VI. Vol. 2º. Ley Orgánica General Penitenciaria. VV.AA. Edersa. Madrid, 1.982. Pág.1.104 y ss.

que se establecieron las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y del arresto de fin de semana creados en el Código de 1.995 fueron modificadas posteriormente en la línea señalada, siendo determinante la previsión contenida en la L.O. 15/2.003, de 23 de noviembre⁴¹² que, modificando el artículo 49 del Código Penal, estableció:

“1.- La ejecución (de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad) se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios”.

3) Por razón de las personas, se consideró que su competencia abarca a los presos preventivos en todas sus dimensiones excepto en la relativo a la decisión de la situación de prisión preventiva que debía corresponder indefectiblemente al Juzgado de Instrucción o al Tribunal que esté conociendo del caso.

4) Por razón de la jurisdicción, los sometidos a la legislación penal militar eran destinatarios de la actuación de los Jueces de Vigilancia solamente si las penas privativas de libertad eran cumplidas en establecimientos comunes. Diez años después de aprobarse la Ley penitenciaria, el Capítulo II del Título V de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, previó la existencia en cada establecimiento penitenciario militar de un Juez de Vigilancia Penitenciaria desempeñado por jueces togados militares.

5) Facultades disciplinarias sobre empleados públicos: dentro de las competencias no incluidas por el legislador se encuentra la potestad disciplinaria sobre los funcionarios de los Cuerpos penitenciarios que corresponde a la propia Administración en el marco de la relación de supremacía especial establecida que mantiene con sus empleados públicos.

⁴¹² Esta modificación en el sistema de penas supuso, además de la supresión de la pena de arresto de fin de semana, la introducción de la localización permanente, encomendando su seguimiento y control a la Administración penitenciaria conforme dispusiera el juez o tribunal sentenciador. Para regular la ejecución de estas penas, de determinadas medidas de seguridad y la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad se aprobó el R.D. 515/2.005, de 6 de mayo, a su vez derogado por el R.D. 840/2.011, de 17 de junio, una vez producida la reforma del Código Penal llevada por L.O. 5/2.010, de 22 de junio.

Junto a las competencias genéricas conferidas existen otras facultades comprendidas en la norma penitenciaria que han permanecido durante décadas sin aplicarse. El ejemplo más evidente de esta inasunción se ha producido con las sucesivas modificaciones legislativas habidas, la más importante de ellas tras entrada en vigor del Código Penal en 1.996, al objeto de hallar la ley más favorable para su aplicación retroactiva. Esta revisión fue realizada de forma masiva y no sin polémica por los tribunales sentenciadores en aplicación de seis primeras disposiciones transitorias que contuvo la L.O. 10/1.995, de 23 de noviembre. Lo mismo ha ocurrido con la rebaja en las penas a imponer a los autores de delitos contra la salud pública conforme estableció la L.O. 5/2.010 de 22 de junio.

La entrada en vigor del Código Penal originó posiciones doctrinales y resoluciones judiciales encontradas respecto a la aplicación o no de las redenciones de penas por el trabajo que el recluso había obtenido conforme al Código de 1.973 en los supuestos de aplicación de la nueva norma como Ley más favorable⁴¹³.

Una primera posición fue la contenida en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1.996, de 23 de febrero y en diversas resoluciones judiciales (Auto J.V.P. Zaragoza de 17 de septiembre y de 25 de noviembre de 1.996) en el siguiente sentido:

“En lo relativo a la redención de penas por el trabajo sólo será aplicable a quienes resulten condenados con arreglo al Código que se deroga. En consecuencia, no podrán redimir quienes, bien por aplicación directa del nuevo Código, bien por revisión de sentencias anteriores, cumplan una pena de acuerdo con la nueva norma penal. Es más, en los casos de revisión de sentencia a efectos de cumplimiento el tiempo ya redimido no se computará y se efectuará la nueva liquidación con arreglo íntegramente al nuevo Código Penal”.

⁴¹³ Sobre el régimen transitorio y las dificultades prácticas que surgieron: CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho Penitenciario*. 3ª edición. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.012. Págs. 295 a 297.

La doctrina establecida por el Tribunal Supremo, de amplia repercusión práctica en el interior de las prisiones, interpretó la Disposición Transitoria 2ª considerando la necesaria aplicación de las redenciones de penas por el trabajo obtenidas hasta el día de entrada en vigor del Código (el día 23 de mayo de 1.996). Se recoge la regla “*tempus regit actum*” que declara la Disposición Transitoria 1ª, con excepción del otro principio del derecho penal de retroactividad de las disposiciones del nuevo Código si estas son más favorables. Así, los beneficios de redención cuando ya han sido consolidados se integran en una regla de cómputo de tiempo pasado en prisión, en virtud de lo cual con carácter general y dejando a salvo posibles redenciones extraordinarias, aún más beneficiosas, dos días de prisión equivalían a tres a tres de manera irreversible, es decir, como si el interno hubiera permanecido en prisión todo el tiempo así computado. Este criterio produjo una situación penitenciaria consolidada y compatible con lo establecido en el nuevo Código cuya prohibición relativa a la no aplicación de disposiciones sobre redención de penas había de entenderse referidas a aquellas producidas después de la entrada en vigor del nuevo Código Penal en la medida en que lo acontecido con anterioridad originaba una situación jurídica inamovible, una situación plenamente consolidada “*ex ante*” compatible con todo cuanto “*ex post*” representó la entrada en vigor de la nueva norma.

Debemos considerar la posibilidad de que existan funciones que no corresponden en exclusiva al Juez de Vigilancia⁴¹⁴. Se ha entendido que compete a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de los recursos contra las resoluciones de la Administración penitenciaria en aquellas materias no atribuidas expresamente a los Jueces de Vigilancia por el artículo 76, alcanzando una gran trascendencia la cuestión de la asignación de los destinos a los establecimientos que son acordados por la Administración penitenciaria.

La primera sentencia que se produjo fue la de la Sala de Conflictos de Jurisdicción número 16/1.986, planteado entre el Departamento de Justicia

⁴¹⁴ Téngase en cuenta en este aspecto la Sentencia del Tribunal Constitucional número 138/1.986, de 7 de noviembre.

de la Generalitat de Cataluña y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 2 de Barcelona. La Sala consideró que el destino de los internos es competencia del órgano administrativo conforme al artículo 80 (R.P. 1981) y no del Juez de Vigilancia, al ser los órganos administrativos los que tienen conocimiento cierto de la verdadera situación de los centros y sus posibilidades de internamiento, teniendo en cuenta los medios materiales y personales disponibles en cada momento. En igual sentido se pronunciaron con posterioridad el Tribunal Constitucional en Sentencia 138/1.986, de 7 de noviembre y el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, (sentencia de 14 de diciembre de 1.990), remitiendo a la Jurisdicción Contencioso-administrativa la materia de traslados⁴¹⁵.

Las resoluciones judiciales señaladas han tenido una repercusión práctica muy importante al excluir de la competencia de vigilancia penitenciaria eventuales quejas y recursos interpuestos por los reclusos, siendo trascendente en la política antiterrorista desarrollada desde el ámbito penitenciario ya que motivó jurídicamente las medidas de dispersión por diversos Centros de internos pertenecientes a bandas armadas y grupos terroristas como analizaremos oportunamente.

Respecto a las funciones concretamente establecidas, el artículo 76 se estructura en dos apartados. El primero dispone:

“1.- El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que puedan experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y

⁴¹⁵ Como reacción a esta sentencia, los Jueces de Vigilancia, en su reunión de 1.992 adoptaron por unanimidad el siguiente criterio (13): “*en materia de traslados de internos, la gestión corresponde a la Administración, pero al Juez de Vigilancia le compete el control de la forma de realizarlos, pudiendo dejar si efecto el traslado cuando haya habido abuso o desviación de poder por parte de la Administración Penitenciaria, por ejemplo, cuando con el traslado se intente sustraer al interno de la competencia de un determinado Juez de Vigilancia, que haya de resolver una queja o recurso formulado por aquel; cuando el traslado constituya una sanción encubierta o cuando con el mismo se produzca un empeoramiento de la situación del interno respecto de beneficios penitenciarios, de la aplicación de un tratamiento o de la posibilidad de desempeñar un trabajo en régimen abierto. A estos efectos la competencia corresponde al Juez de Vigilancia del territorio donde se encuentre el establecimiento penitenciario desde el que se produce el traslado. Si el interno formula una queja ante el Juez del lugar de destino, éste la trasladará al indicado anteriormente para su resolución*”.

desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”.

Este punto primero asigna una serie de competencias que podemos considerar “*genéricas*” y que cubren distintos aspectos. A tenor literal del precepto, le corresponden atribuciones en esos ámbitos señalados, lo que no significa que deba tener todas las posibles. Esta redacción ha ido marcando sucesivamente el desarrollo de la Institución del Juez de vigilancia y su ámbito competencial.

En cuanto a la salvaguarda de los derechos de los internos y la corrección de los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pudieran producirse, la doctrina es unánime al considerar que esta obligación abarca tanto a los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución (a excepción de los expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria, según dispone el Art. 25 de la Carta Magna), como aquellos otros que derivan de su condición de recluso. Aquí la Institución despliega su función tuitiva o garantista, siendo uno de los aspectos esenciales de su propia existencia, desarrollándose con carácter permanente, es decir, aplicable a lo largo de toda la vigencia de la relación jurídica penitenciaria y durante todo el tiempo de su duración.

En 1.986 MANZANARES SAMANIEGO ya mostraba la necesidad de definir qué se pueden considerar “*abusos y desviaciones*”, otorgando esta discrecionalidad a la autoridad judicial en orden a evitar que mínimas desviaciones del régimen penitenciario pudieran determinar fuertes correctivos judiciales. Esta imprecisión, aventuraba el autor, han podido determinar dificultades con la Administración penitenciaria caso de ser los primeros muy exigentes o dejar insatisfechos o mal protegidos a lo internos en el caso de jueces muy laxos o que no tuvieran o pudieran tener mucha dedicación a sus funciones de vigilancia penitenciaria. Este aspecto se consideró fundamental en orden a dotar a la Institución naciente de arraigo y

prestigio, habiéndose confirmado en la realidad la previsión realizada por el autor⁴¹⁶.

El punto segundo del artículo 76 señala:

“Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

- a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.*
- b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.*
- c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.*
- d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días*
- e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias*
- f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y Tratamiento, y, en su caso, de la Central de Observación, los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.*
- g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.*
- h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función, el auxilio judicial, de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado⁴¹⁷.*

⁴¹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Del Juez de Vigilancia”. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Vol 2º. Ley Orgánica General Penitenciaria. VV.AA. Edersa. Madrid, 1.986. Págs. 1.113 y ss.

⁴¹⁷ Apartado redactado según lo dispuesto en el Art. 2º de la L.O. 5/2003, de 27 de mayo.

i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto los clasificados en tercer grado.

j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del Establecimiento”.

Como aspectos más relevantes de las funciones específicas asignadas podemos indicar:

1.- La ejecución de las penas privativas de libertad asumiendo las funciones de los órganos sentenciadores.

El legislador excluyó de su competencia las penas no privativas de libertad, las sentencias absolutorias y aquellas penas accesorias previstas en el Código de 1.973. Dentro de las penas privativas de libertad tampoco fueron dotados de competencia para acordar la remisión condicional de la sentencia (permaneciendo en el tribunal sentenciador al considerarse que esta medida era lo contrario de “llevar a cabo” la pena privativa de libertad) ni en la ordenación de las anotaciones en el Registro Central de penados.

La redacción del Código que entró en vigor en 1.996 y sus sucesivas modificaciones ha constituido una oportunidad perdida para adaptar la Institución de forma plena a la nueva realidad penológica pretendida. Las disposiciones que asignan competencias al Juez de Vigilancia en penas no privativas de libertad (por ejemplo en la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, que conforme dispone el artículo 49.1^a “la ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria...”), abono de prisión provisional en causa distinta (58.2)⁴¹⁸ y suspensión de la ejecución de la pena en supuestos de trastorno mental grave (60.1) son algunos supuestos que amplían su ámbito competencial. Entendiendo que la

⁴¹⁸ La redacción inicial que excluía de aplicación de periodos de prisión preventiva para el cumplimiento de causas penadas sufrió una modificación por el apartado 18º de Art. único de la L.O. 15/2.003, de 25 de noviembre por la que se atribuye al Juez de Vigilancia el abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decreta, de oficio o a petición del penado, previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, siendo el competente el de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del Ministerio fiscal. Como requisito temporal, el apartado tercero señala “sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar” Con ello se evita el sistema de “cuenta corriente” que permitiría cometer impunemente infracciones penales en supuestos de absolución o de mayor duración de la prisión preventiva respecto a la pena finalmente impuesta.

ejecución efectiva de las sanciones impuestas constituye un ámbito donde las carencias son importantes, el legislador debe avanzar en los postulados señalados.

Respecto a la aplicación de las disposiciones del Art. 70.2 del Código Penal de 1.973 o 76 del actual, se realiza por el órgano sentenciador⁴¹⁹ lo que supone que la Ley Orgánica Penitenciaria ha quedado desplazada en su aplicación, manteniendo competencias ejecutorias de las penas privativas de libertad en los Tribunales sentenciadores⁴²⁰.

Estamos ante un asunto largamente debatido y que ha motivado la demanda de esta competencia a favor de los Jueces de Vigilancia en sus reuniones periódicas ya que consideran que numerosas resoluciones de la Sala 2ª del Tribunal Supremo en esta materia son incompatibles con los términos claros y precisos del artículo 76.2 a) de la LOGP.

La acumulación de condenas del artículo 76 C.P. como procedimiento (previsto en el artículo 988 L.E.Cr.) por el que, respecto de una pluralidad de condenas impuestas, el último juez o tribunal sentenciador fija un límite máximo de tiempo de cumplimiento, y por constituir una limitación legal a la suma del cumplimiento de todas las sanciones impuestas de forma separada, debe recoger alguno de los dos criterios establecidos para el establecimiento del máximo de duración de la pena: un límite establecido por el hecho de que el tiempo de cumplimiento no podrá exceder del resultado de multiplicar por tres la mayor de las penas en que haya incurrido el condenado en supuestos de conexidad delictiva; y otro límite fijando el tiempo máximo de cumplimiento en 20, 25, 30 o 40 años. En ambos casos el resto excedente de tiempo de cumplimiento queda extinguido.

⁴¹⁹ La Fiscalía General del Estado, en Consulta 7/1.989, de 12 de mayo, se pronunció en contra del traspaso competencial a favor de Vigilancia penitenciaria apoyando la competencia del último Tribunal sentenciador con fundamento en lo previsto en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴²⁰ En el medio penitenciario se conoce como “acumulación” o “enlace de condenas” a la suma aritmética de todas las penas que se están cumpliendo para considerarlas como una única, a efectos de la concesión de la libertad condicional, pero sin suponer ningún recorte o limitación en su cumplimiento, según se prevé en el artículo 193.2 del nuevo Reglamento Penitenciario. La aplicación de los límites previstos en el Código penal se han denominado en la Institución “refundición”, invirtiéndose así la terminología empleada.

Se enfrenta la consideración de que las acumulaciones constituyen ejecución o cumplimiento de penas y no su declaración o determinación, dando lugar a un interesante debate teórico con amplias consecuencias prácticas mantenido hasta la actualidad. El Tribunal Supremo ha mantenido la competencia en el órgano sentenciador en numerosas resoluciones (sentencias de 14 de octubre de 1989, 7 de mayo de 1990, 10 de mayo de 1993 y 18 de mayo de 1995), aduciendo el motivo, entre otras razones de que contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria no cabe recurso de casación. En esa misma línea se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia de 14 de julio de 1988.

En supuestos en los que, conforme al artículo 988 L.E.Cr., la acumulación no se produce en una misma sentencia y si se considera que según lo previsto en el artículo 17 L.E.Cr. debieron haber sido objeto de una misma resolución aplicando criterios de conexidad, entendemos preferible que la limitación no tuviera límites y fuera acordado, con intervención del Ministerio Fiscal, por el Juez de Vigilancia.

Bajo este mismo principio de asumir cuantos aspectos jurídicos surjan en ejecución y cumplimiento de las sentencias, se ha propugnado que junto al supuesto de acumulación asumieran también las correspondientes refundiciones preparadas por los establecimientos penitenciarios con precisión y las consecuencias de los quebrantamientos de condena en ambos supuestos⁴²¹.

2.- Resoluciones sobre la libertad condicional

Este es uno de los aspectos capitales de las funciones reconocidas a favor de esta Institución⁴²². Además de las actuaciones expresamente señaladas,

⁴²¹ Por todos: RUIZ VADILLO, E.: *“Algunas consideraciones sobre la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, la misión del Fiscal sobre determinadas competencias y sobre el futuro de la Institución”*. Fiscales de Vigilancia Penitenciaria. Cursos Centro de Estudios Judiciales. I Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 1.988. Págs. 81 a 112.

⁴²² MARTÍN CANIVEL, J. señaló *“el sacar la institución de la libertad condicional del campo puramente penitenciario y pasarla a la decisión judicial ha constituido un triunfo de la tendencia a dotar de garantías, tanto a la sociedad como al interno, en la aplicación de la libertad condicional”*. MARTÍN CANIVEL, J. *“Del Juez de Vigilancia Penitenciaria”*. VV.AA. Comentarios a la Legislación Penal. Ley Orgánica General Penitenciaria. Tomo VI. Vol 2º. Edersa. Madrid, 1.986. Págs. 1.116 y ss. Es preciso atender a la nueva

debemos considerar incluidos aquellos supuestos de ampliación de las libertades condicionales ya concedidas y de suspensión del disfrute de las mismas a nuevas Causas.

La Ley Orgánica le asigna la función de resolver las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan. Nos hallamos ante una de las cuestiones principales relacionadas con la cronología del cumplimiento de las penas y del teórico proceso de reinserción que sigue el penado en la medida en que la concesión, denegación y revocación de la libertad condicional constituyen resoluciones fundamentales dictadas por la autoridad judicial penitenciaria que plasman y sintetizan los resultados obtenidos en la ejecución penal y los eventuales fracasos en este periodo previo a la plena libertad.

En el largo periodo de aplicación de la vigente legislación penitenciaria y poniéndola en relación con la penal hemos transitado por diversos criterios y aspectos jurídicamente relevantes que recogen realidades cambiantes de la sociedad española e incluso relativos a la propia Institución.

Desde el primer aspecto, es interesante abordar la evolución experimentada en el tratamiento de los penados extranjeros condenados a pena de prisión en España y el disfrute del periodo de libertad condicional. Se ha pasado desde el criterio inicial que consideraba la existencia de serias dificultades para autorizar el abandono del territorio nacional durante este periodo, pues supondría de hecho que el penado se sustrajese del ámbito competencial de la jurisdicción española (lo que le colocaba en la difícil situación práctica de tener necesariamente que permanecer en España hasta su licenciamiento definitivo careciendo de recursos económicos y de posibilidades de obtener trabajo al no poseer las autorizaciones administrativas necesarias) a interpretaciones menos restrictivas de lo previsto en la legislación y a las disposiciones reglamentarias establecidas en 1.996.

consideración que a esta Institución prevé establecer el Proyecto de modificación del Código Penal publicado en el Boletín Oficial de la Cortes Generales de 4 de octubre de 2.013.

Con esta medida se reconoce la posible concesión de un “*indulto encubierto*” por el tiempo restante de cumplimiento añadiéndose la tácita obligatoriedad de permanecer en el extranjero durante este periodo (plasmada en la práctica con la inclusión en los Autos de concesión de la libertad condicional de prohibiciones de retorno en estos periodos).

3.- Aprobación de beneficios penitenciarios

Resaltan las facultades otorgadas a esta autoridad judicial conforme a la concesión del beneficio de redención de penas por el trabajo, institución que estaba abocada a su desaparición con la prevista aprobación del Código Penal de 1.980 en tramitación coincidente con la Ley penitenciaria.

La Ley Orgánica no mencionó la redención de penas. Tampoco lo hizo su primer Reglamento de desarrollo salvo en lo señalado en la Disposición Transitoria segunda que declaró la vigencia de los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1.956 relativos a la redención de penas por el trabajo en tanto continuara la vigencia de lo dispuesto en el artículo 100 del entonces vigente Código Penal de 1.973.

4.- Aprobación de sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días

Esta sanción tiene la duración máxima señalada en la Ley Orgánica y puede incrementarse en la mitad de su máximo cuando exista reiteración de la infracción. Solo cabe imponerse en casos de evidente agresividad o violencia por el interno, o cuando éste altere reiterada y gravemente la normal convivencia del centro. La celda donde su cumpla la sanción ha de ser de análogas características a las otras, se hará con vigilancia médica diaria, se suspenderá en caso de enfermedad y cuando las circunstancias lo aconsejen, no se aplicará a mujeres embarazadas ni hasta seis meses después de terminar un embarazo, ni a las lactantes o a las que tengan a sus hijos consigo. Aún aislado en celda, los internos podrán tener una visita semanal de la familia y disfrutar de una hora de paseo.

La aprobación que aquí se señala tiene carácter plenamente judicial y ejercida a posteriori, debiéndose interpretar, a tenor de lo establecido en el

artículo 106.1 de la Constitución, en el sentido de que el acto administrativo no es válido ni perfecto hasta que el control judicial sea realizado, por lo que no puede producir efectos ex ante. Así considerado, la sanción si no es aprobada es inexistente y si se hace tendrá una eficacia demorada.

El control judicial se produce con independencia de la existencia de recurso interpuesto por el interno. En todo caso, si hay recurso se suspende la efectividad de la total duración del aislamiento, salvo que, por tratarse de un acto de indisciplina grave la corrección no pueda demorarse. Si no existe recurso, el aislamiento en lo que exceda de catorce días no será ejecutivo hasta la aprobación por la autoridad judicial⁴²³.

5.- Resolución de recursos contra sanciones disciplinarias

Según dispone el artículo 44.3º de la Ley Orgánica, la interposición de un recurso suspende la efectividad de las sanciones, salvo que se trate de un acto de indisciplina grave.

El objeto del recurso abarca tanto la verificación de la comisión de las acciones u omisiones imputadas como la aplicación de los criterios de calificación y la correcta elección de la sanción impuesta, tanto en su naturaleza como duración.

Desde la aprobación de la Ley se trató la eventual interposición de recursos contra las decisiones de los Jueces de Vigilancia adoptadas resolviendo los recursos contra sanciones disciplinarias. Así, se consideró que la posibilidad de recurrir frente a ellas podría constituir una mayor garantía y permitiría unificar los criterios si el recurso se pudiera ver ante

⁴²³ Respecto a la sanción de aislamiento en celda, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre su naturaleza señalando (STC 2/87 de 21 de enero): “Esta regulación legal restrictiva supone, por un lado, que este tipo de sanción no es una más de las que está a disposición de las autoridades penitenciarias, sino que sólo debe ser utilizada en casos extremos, y, en segundo lugar, que esta sanción se reduce a una confinación separada, limitando la convivencia social con otros reclusos, en una celda con condiciones y dimensiones normales, llevar una vida regular, y que se le pueda privar de aquellos beneficios (biblioteca, posesión de radio, etc.) abiertos a los demás internos. No es la sanción en sí, sino el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, el carácter más o menos estricto de la medida, su duración, el objeto perseguido y sus efectos en la persona en cuestión, los que podrían hacer en concreto de esa sanción una infracción del artículo 3 del Convenio de Roma”.

una sala común a todos los Jueces de Vigilancia⁴²⁴. En la actualidad solo conocen de las sanciones en vía de recurso, de “*alzada*” (*queja o primer recurso*) primero y de reforma después, sin posibilidad de acudir en apelación ante la Audiencia Provincial.

6.- Resolución de recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado

Conocen de los recursos interpuestos por los internos referidos a la clasificación inicial, progresiones y regresiones de grado. En este ámbito se revela un criterio restrictivo. Si las resoluciones de estos recursos las han de adoptar en base a los estudios de los propios equipos, parece que el Juez no puede fundamentar sus resoluciones en el conocimiento directo del interno afectado y en sus nociones científicas en la materia.

7.- Resolución de las quejas y sugerencias relativas al régimen o tratamiento que afecten a los derechos y beneficios de los internos.

El sistema establecido en la legislación española en materia de peticiones y quejas es bifronte, en cuanto en unos casos determina resolución tan sólo de la Administración penitenciaria y en otros lo que se provoca es una resolución directamente del Juez de Vigilancia.

Estas peticiones pueden adoptar una gran amplitud de formas, habiéndose confirmado la previsión efectuada por los Jueces de Vigilancia en sus primeras reuniones, creándose una especie de cuasi-recursos o recursos innominados (“*recursos de queja*”, “*primer recurso*” o incluso “*alzada*”) siendo, en ocasiones, el cauce para alcanzar resoluciones no previstas en otras normas, cambiándose así la actuación de la administración en aspectos tanto regimentales como en materia de tratamiento. Posiblemente estemos ante una consecuencia de la función encomendada a esta Institución por el artículo 76, 1º de la LOGP en orden a corregir abusos y desviaciones del régimen penitenciario.

⁴²⁴ MARTÍN CANIVELL, J. “*Del Juez de Vigilancia*”. VV.AA. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Vol 2º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Edersa. Madrid, 1.986. Pág. 1.126.

8.- Realización las visitas a los establecimientos que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Esta función se establece en la Disposición transitoria primera de la propia Ley Orgánica⁴²⁵. Se integra la previsión del artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (respecto a los detenidos y presos) y el 990 (que otorga a los Tribunales facultades de inspección “*sobre la manera de cumplirse las penas*”), constituyendo una medida esencial y obligatoria para la correcta ejecución de sus cometidos a través de la inmediatez con las personas y las situaciones a conocer aportando mayores garantías jurídicas a la ejecución y favoreciendo el contacto con los profesionales y órganos penitenciarios involucrados en la misión. La Ley no establece ninguna periodicidad para el cumplimiento de esta obligación, debiendo entenderse que este aspecto queda a la prudencia del Juez.

9.- Autorización de los permisos de salida de duración superior a dos días, excepto los clasificados en tercer grado

Los Jueces de Vigilancia carecen de competencia para autorizar la salida de permisos de salida a favor de internos clasificados en tercer grado de tratamiento (con independencia de su duración).

Respecto a los permisos de duración no superior a dos días de carácter ordinario requieren en todo caso su autorización. La doctrina se ha planteado, entre otras cuestiones, la posible autorización sin intervención previa de la Administración penitenciaria, bien concediendo o denegando la solicitud formulada por el recluso, interpretándose mayoritariamente en sentido negativo; es decir, el Juez se pronuncia sobre un acuerdo favorable o desfavorable previo de la Administración penitenciaria.

10.- Conocimiento del paso a los establecimientos de régimen cerrado

Conforme se ha decantado la práctica, la autoridad judicial toma conocimiento de estas situaciones con el fin de poder resolver estas

⁴²⁵ La Disposición Transitoria Primera establece: “*hasta que se dicten las normas referidas en el artículo 78, el Juez de Vigilancia se atenderá a los artículos 526, 985, 987 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”.

situaciones que constituyen las más restrictivas a las que pueden verse sometidos los privados de libertad.

Además de las funciones señaladas, a lo largo de la normativa se establecen numerosas referencias al Juez de Vigilancia como destinatario de informaciones y notificaciones en aspectos fundamentales para el ejercicio de su labor tuitiva. Podemos señalar las comunicaciones que el Director del Centro debe realizar en supuestos de utilización urgente de medios coercitivos⁴²⁶, las disposiciones reglamentarias en materia de traslados de penados para prácticas de diligencias interesadas por otra autoridad judicial⁴²⁷, traslados para consultas médicas fuera del centro de penados⁴²⁸ o autorización para comunicar con abogados que no hayan sido defensores⁴²⁹.

Finalmente la Ley Orgánica del Poder Judicial señala como funciones de los Juzgados de Vigilancia:

“las jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley”.

7.2.- El Artículo 77 LOGP.

El artículo 77 dispone:

⁴²⁶ Señalando el artículo 45.2 de la Ley: “Cuando, ante la urgencia de la situación, se tuviere que hacer uso de tales medios se comunicará inmediatamente al Director, el cual lo pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia”.

⁴²⁷ Art. 78 del R.D. 1.201/1.981, de 8 de mayo: “En el caso de que una Autoridad judicial interese el traslado de un penado que no esté a su disposición, para la práctica de diligencias, la Dirección del Establecimiento recabará previamente autorización del Juez de Vigilancia”. El Reglamento aprobado por R.D. 190/1996, de 9 de febrero, en su artículo 34, modifica el texto sustituyendo “recabará previamente autorización del Juez de Vigilancia Penitenciaria” por “lo pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia”.

⁴²⁸ El párrafo segundo del artículo 79 señala que tratándose de penados, la autorización de salida (para consulta e ingresos en Centros hospitalarios no penitenciarios) ha de concederla el Juez de Vigilancia o el Tribunal sentenciador. Esta competencia de la autoridad judicial es residenciada en el Centro directivo en el nuevo Reglamento; sin perjuicio de que, en supuestos de concesión de permisos extraordinarios de más de dos días de duración a favor de internos clasificados en segundo grado de tratamiento requiera su autorización, conforme dispone el artículo 155.4.

⁴²⁹ Reguladas en el artículo 101.4º del Reglamento de 1.981 que se mantiene con similar redacción en el Art. 48.4 del de 1.996.

“Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto”.

La redacción de este artículo motivó que un sector doctrinal y la propia Administración pudiesen considerar a estos órganos como de recomendación o asesoramiento y no propiamente jurisdiccionales⁴³⁰. Esta interpretación fue superada por las modificaciones legales producidas en el artículo 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se dispone que *“los Jueces de Vigilancia tendrán las funciones jurisdiccionales previstas...”*, criterio reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴³¹.

Resulta evidente que, si bien el Juez de Vigilancia puede remitir propuestas para una mejor aplicación de la normativa penitenciaria, no es su función evacuar consultas de la Administración ya que sería incompatible con el ejercicio de la potestad jurisdiccional a tenor de lo establecido en el artículo 117.4 de la Constitución. Los jueces no pueden ejercer más funciones que las previstas en la propia Norma suprema y las que le sean atribuidas por ley, pero con el límite en este último caso que sea *“en garantía de un derecho”*.

Como resaltó GARCÍA VALDÉS, las funciones de dirección, organización e inspección de los distintos centros penitenciarios corresponden a la Administración y a sus funcionarios, estableciendo para el Juzgado de Vigilancia una naturaleza de órgano consultivo respecto de determinadas materias que no figuran entre la enumeración de sus

⁴³⁰ RACIONERO CARMONA, F. *Derecho Penitenciario y Privación de Libertad. Una Perspectiva judicial*. Ed. Dykinson. Madrid, 1.999. Páginas 74, 75 y 82.

⁴³¹ Especial relevancia tiene la Sentencia de 26 de abril de 1.993 donde se señala que la jurisdicción de vigilancia es una pieza clave del sistema penitenciario, siendo su intervención requisito imprescindible para el acceso al recurso de amparo.

competencias específicas del artículo 76⁴³². Así se evita la invasión de las competencias administrativas por la autoridad judicial concediendo a estos la posibilidad de proponer el inicio de reformas de las funciones penitenciarias sobre las que carece de ellas

La duda surge sobre los efectos concretos de estas propuestas judiciales. En la medida en que el artículo 77 no establece, como no lo realiza ninguna otra disposición, la obligatoriedad de cumplir lo propuesto por el Juez, se ha analizado el alcance de estas actuaciones judiciales que tienen su proyección hacia las competencias administrativas, previéndose que esta disposición fuera el germen de un número importante de fricciones entre ambos poderes. Se ha propugnado el ejercicio intenso de las respectivas funciones para evitar el riesgo de surgimiento de conflictos y enfrentamientos, contrariamente a las intervenciones judiciales eventuales, sólo para mantener garantías, y las evaluaciones abstractas, sin conocimiento de los sujetos y los programa de tratamiento. En consecuencia, la intensidad en el ejercicio de las funciones constituiría, como de hecho ha ocurrido, la garantía de normalidad en las relaciones establecidas⁴³³.

7.3.- Cuestiones orgánicas y procesales

El tercer artículo (78) del Título dedicado a los Jueces de Vigilancia dice:

“1.- En lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de Vigilancia y a los procedimientos de su actuación, se estará a lo dispuesto en las Leyes correspondientes.

2.- Los Jueces de Vigilancia tendrán su residencia en el territorio en que radiquen los establecimientos penitenciarios sometidos a su jurisdicción”.

⁴³² GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Ed. Civitas. 2ª Edición. Madrid, 1.982. Pág. 244.

⁴³³ MARTÍN CANIVELL, J. *“Del Juez de Vigilancia II”*. VV.AA. *Comentarios a la Legislación Pena*. Tomo VI. Vol. 2º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Pág.1.139, donde señala *“Y es que realmente este campo de las relaciones entre los Jueces de Vigilancia, o de aplicación o de ejecución de penas, como se les llama en otros Ordenamientos jurídicos, con la Administración penitenciaria puede dar lugar, y da, de hecho, a situaciones de desacuerdo y enfrentamientos, con inconvenientes y perjuicios para el desarrollo de las respectivas funciones”*.

El Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 1.980 dedicó a la regulación de los Jueces de Vigilancia diversos artículos⁴³⁴ siendo en 1.985 cuando se aprobó la Ley Orgánica reguladora de este Poder, estableciéndose tres artículos: 104, 105 y 106 dedicados a esta Institución, además de atribuir a las Audiencias Provinciales el conocimiento de los recursos de apelación y queja contra las resoluciones del Juez de Vigilancia en el artículo 90.6º. De igual manera, se previó que el cargo fuera compatible con el desempeño de un órgano del orden jurisdiccional penal (Art. 94.4º).

El Reglamento penitenciario de 1.981, en su Disposición Transitoria quinta indicó:

“En tanto no se promulguen las normas orgánicas y procesales que desarrollen la intervención del Juez de vigilancia, referidas en el citado artículo 78, las Autoridades Judiciales a quienes atribuya aquella condición el Consejo General del Poder Judicial, se atenderán a los artículos 526, 985, 987, 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

La andadura de los Juzgados puede situarse en el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 9 de julio de 1.981⁴³⁵, ratificado después por la Disposición Transitoria Vigésimo-séptima de la Ley Orgánica del Poder Judicial que reconvirtió doce Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social y cinco de Primera Instancia e Instrucción en estos órganos. Los 17 Juzgados creados, pioneros de esta Jurisdicción, comienzan su actuación el día 15 de diciembre de 1.983 con solamente tres normas de referencia: el artículo 76 de la L.O.G.P. en cuanto a sus competencias, el 77 que posibilita formular propuestas a la Administración penitenciaria y el 78 de carácter orgánico y procedimental que se limita a una mera remisión a las leyes correspondientes.

Ante esta carencia de normas procesales específicas, la Presidencia del Tribunal Supremo dirigió a las Jueces de Vigilancia las *“Previsiones de la Presidencia del Tribunal Supremo dirigidas el 8 de octubre de 1.981 a los*

⁴³⁴ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Iª Legislatura. Nº 129-1, 16 de abril de 1.980.

⁴³⁵ Publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 22 de julio de 1.981

Ilustrísimos Señores Jueces de Vigilancia penitenciaria, sobre el ejercicio de la función encomendada” (basándose en el artículo 5º de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1.870). Con anterioridad a estas últimas, el 28 de septiembre un Acuerdo del mismo Órgano estableció el personal colaborador y auxiliar en los secretarios y funcionarios del juzgado del que sea titular el juez correspondiente.

Se consideró, y así se ha consolidado, que la ausencia de normas orgánicas sobre el Juez de Vigilancia y una regulación formal expresa del cauce procedimental que regulase la actividad no era motivo suficiente para impedir el inicio del funcionamiento de esta Institución. Esta situación, calificada como una grave deficiencia en la coordinación legislativa origen de evidentes dificultades, debía ser superada a través de una adecuada integración del ordenamiento aplicable, exigida por el artículo 1º.7 del Código Civil, que ordenase a Jueces y Tribunales resolver, en todo caso, ateniéndose al sistema de fuentes establecido. Por ello, estableció la Previsión:

“Resulta procedente que el Juez de Vigilancia encauce formalmente su actividad, dentro de una libertad de trámites impuesta por la propia carencia de regulación legal (y que puede ser de gran utilidad, como los procesalistas han puesto reiteradamente de manifiesto), atendiendo a los Principios Generales del derecho, y mas concretamente a los del Derecho Procesal, que ofrecen criterios generales válidos al respecto, como el principio de audiencia, la proscripción de la indefensión, la intervención del Ministerio Fiscal (ex Art. 124 de la Constitución), el principio pro accione, etc”.

A continuación, las Previsiones descendieron a temas concretos manteniéndose hasta nuestros días los cauces establecidos al estar pendiente de una regulación definitiva. Estas Previsiones recogieron, en esencia, los siguientes principios:

1.- Libertad de trámites, sumariedad y proporcionalidad:

“La libertad de trámites es sumamente adecuada a la naturaleza de las funciones del Juez. Sin embargo, la falta de regulación no supone ausencia de estructura procesal. Por el contrario, debe considerarse no solo la que rige el proceso de ejecución penal, sino la que establece la Ley 62/1.978, de 26 de diciembre, para la protección de los derechos y libertades fundamentales, todo ello considerando que las personas privadas de libertad pueden atravesar situaciones situadas bajo la salvaguarda judicial que afectan a los derechos y libertades del condenado y del preso⁴³⁶.”

La actuación ha de caracterizarse por la sumariedad... En este ámbito, cobra aquí neta aplicación las notas que impone a todo proceso el artículo 24 de la Constitución: proscripción de la indefensión; derecho a la defensa y a la asistencia letrada, a ser informado del gravamen que supone para el recluso la medida fiscalizada así como sus fundamentos, publicidad adecuada a la naturaleza de la situación y del ejercicio del control, prohibición de dilaciones indebidas y adopción de todas las garantías precisas, entre las que destacan la posibilidad de utilizar los medios de pruebas pertinentes para justificar la pretensión del recluso”.

2.- Interdicción de la arbitrariedad:

“El artículo 9.3 de la Constitución garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, interdicción que afecta tanto a la producción de resoluciones como a la misma actuación. Es la faceta negativa del contenido positivo de la actuación del Juez, y un medio de establecer una pauta efectiva que permita su control, dentro del principio de legalidad...La ausencia de normas procesales ad hoc no equivale a ausencias de normas aplicables a esta actuaciones procesales... Pero lo que sí debe quedar muy claro es que el ejercicio, por los Jueces, de las competencias que le atribuye el artículo 76, no puede quedar supeditado ni demorado hasta la producción legislativa de estas normas”.

3.- Postulación:

⁴³⁶ La Sección Segunda (Arts. 6 a 10) de la Ley 62/1.978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales fue derogada por la Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que desarrolla actualmente en su Capítulo I del Título V lo previsto en el artículo 53 de la Constitución.

“Puede establecerse que aquellas medidas que, por su naturaleza, hayan de ser instadas por el recluso, no requieren representación por procurador ni intervención de abogado. Sin perjuicio de que voluntariamente los interesados puedan solicitar el concurso de estos profesionales o en turno de oficio solicitar abogado, ni de lo que en definitiva pueda establecerse sobre la asistencia letrada, en este orden. Tampoco requiere ninguna formalidad específica ni solemne la formulación de la pretensión ante el Juez; que evidentemente podrá ser presentada por correo, y hasta oralmente.

En cualquier caso, todo defecto que en la petición observara el juez, tanto sobre la clase de resolución que se demanda como sobre los hechos que la fundan, o los actos contra los que se reclama, podrá ser subsanada y su subsanación se interesará de oficio. De igual manera podrá éste invitar al interesado a que amplíe los puntos que se reputen de utilidad para adoptar la resolución.

Las propuestas que se sometan por la autoridad penitenciaria al juez para aprobar medidas o conceder autorizaciones, requieren la audiencia del interesado, puesto que la iniciativa partirá de aquella autoridad, ya que sin la resolución judicial el acto que ha producido no tendrá eficacia alguna en derecho.

Tanto en uno como en otro tipo de medidas, es evidente que el interesado y la Administración pueden articular pruebas. El juez retiene las potestades habituales de rechazar las impertinentes e inútiles y de dirigir su práctica e introducir las aclaraciones que repute pertinentes. Es claro que conserva la iniciativa para practicar las que, para mejor proveer, crea necesarias. Se garantizarán siempre la contradicción y la inmediación. En suma, el sistema normal de enjuiciamiento criminal, al cual se añadirá, cuando éste exista, el exagente del expediente administrativo, que deberá aportarse a las actuaciones.

En el caso de que se hayan practicado pruebas, deberá quedar asegurada la audiencia, tanto del interesado como de la Administración, para hacer crítica y resumen de aquéllas.

En cualquier caso, la audiencia oportuna del penado o preso y el informe de la Administración Penitenciaria parecen trámites insoslayables”.

4.- Plazos:

“Hay una regla general que puede ser extraída del procedimiento administrativo, del sistema general de protección de los derechos y libertades fundamentales y del hecho de que la resolución del Juez de Vigilancia se ha de reinsertar, tanto en el régimen penitenciario a que se halla sujeto el penado como en el propio proceso de ejecución penal: la pretensión puede ser planteada ante el juez tan pronto como el interesado desee, y siempre que bajo cualquier forma o incidencia la tutela jurídica pueda ser eficaz; cuando esa pretensión trate de reaccionar frente a una resolución administrativa, el solicitante deberá y podrá atenerse a los plazos que se le indique en la notificación, sin que jamás pueda resultar perjudicado por una notificación defectuosa o incompleta, por ausencia de notificación y, menos aún, por el llamado “silencio administrativo”... se trata de los plazos a los que el juez debe atenderse en su propia actuación procesal. Aquí, si bien sigue siendo constante la pauta de buscar el más próximo encuentro de la garantía y la eficacia, lo que exigiría reducirlos al mínimo indispensable para que una y otra pueda quedar satisfecha, no es posible establecer ninguna clase de criterio. Este puede ser establecido por los propios jueces, con propósito unificador, en las reuniones previstas en la Escuela Judicial, sin que, entre tanto, pudiera considerarse arbitrariedad la discrepancia de pautas entre los diversos juzgados, siempre que queden a cubierto los principios de garantía y eficacia”.

5.- Recursos

“No hay nada previsto ni en la L.O.G.P. ni en R.P. En consecuencia, tampoco una “prevención” de la Presidencia del Tribunal Supremo puede ser cauce hábil, no para restringir ni para ampliar los cauces impugnatorios que, a la postre, integran una garantía del justiciable y una constante de todo ordenamiento procesal...” “Parece claro que sea el órgano judicial que lo ha emitido quien deba resolver, agotando la instancia, los recursos jurisdiccionales contra las decisiones emitidas por el

juez de vigilancia. No se oculta que este sistema puede originar resoluciones contradictorias sobre situaciones análogas de personas internas en el mismo centro penitenciario, pero condenadas por distinto tribunal. Este riesgo puede quedar en gran medida paliado por proceder la resolución originaria del mismo juez; mas, en todo caso, afecta a uno de los puntos que urgen la precisión del legislador”.

6.- Forma de las resoluciones:

“Aunque haya de insistir en la naturaleza procesal de las actuaciones, es obvio que éstas o se configuran como contienda entre partes, al modo de un recurso contencioso-administrativo. Su natural reconducción al proceso de ejecución penal, sitúa a las cuestiones que puedan suscitar el artículo 76 LOGP en el marco de las cuestiones incidentales. Al mismo tiempo, su contenido material se traduce en un amparo de un derecho del penado o en una aprobación de la actuación administrativa, cuando no en una autorización al modo de las que prevé el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello mueve a sugerir que la resolución judicial adopte la forma de “auto””.

7.- Intervención del Ministerio Fiscal:

“El tenor del artículo 124.1 de la Constitución obliga a que el Ministerio Fiscal intervenga desde el primer momento en las actuaciones, de las que debe dársele traslado a partir de un inicio, entendiéndolas con el fiscal de la Audiencia, donde radique el juez. Y sin descartar que, a través de él, llegue al Juez la pretensión del interno”.

8.- Visitas a los establecimientos:

“Aunque el tenor, tanto del artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como del artículo 76.2 h), dejan poco lugar a dudas, cabe sugerir que las visitas a los establecimientos penitenciarios puedan ser utilizadas – sobre todo en esta primera fase de funcionamiento-, para la práctica de pruebas, obtención de informes y recepción, si se diere el caso, de pretensiones de los reclusos”.

A través de un instrumento normativo deficiente contamos con un procedimiento de actuación de y ante los juzgados de vigilancia que perdura

hasta nuestros días, demostrando por un lado la elevada calidad técnica de las mismas y, por otro, la ineficacia del legislador para dotar a este ámbito relevante de la normativa legal adecuada para su regulación.

7.4.- Análisis crítico

Los primeros años de andadura de estos Juzgados no fueron fáciles. Así lo analiza CARMENA CASTRILLO quien indicó:

“La historia de esta jurisdicción parece indicar que ni al Ejecutivo ni al Gobierno del Poder Judicial le preocupó la indefensión que la falta de diseño idóneo de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (procesal y de medios) crea en el colectivo de hombres y mujeres privados por sentencia o por resolución judicial de su libertad. El hecho de que, con carácter general, ser Juez de vigilancia constituya una tarea añadida, junto a la carencia de medios personales (recursos humanos incompletos o inexistentes) y materiales (sedes físicas inapropiadas) y a la falta preparación en conocimientos teóricos o prácticos de los jueces, constituye una difícil realidad. A ello añade la escasa importancia dada en nuestro país al Derecho penitenciario tanto en los temarios que constituyen el objeto de las oposiciones a la judicatura, o en los cursos de especialización que se organizan, en el contenido de la asignatura de Derecho penal y en los tratados que se publican”⁴³⁷.

La reacción de la Administración penitenciaria como Institución afectada por la transferencia de competencias que históricamente venía desarrollando no se hizo esperar. Así, por Orden Circular de 17 de noviembre de 1.981,

⁴³⁷ CARMENA CASTRILLO, M. *“Es importante que no exista en nuestras leyes procesales un contexto coherente de normas que regulen el comportamiento obligado de los Jueces de Vigilancia. El artículo 76 de la Ley General Penitenciaria nos señala el marco de la competencia, pero ¿qué debe y qué puede hacer el Juez de Vigilancia para. 1) hacer cumplir la pena impuesta, 2) resolver los recursos referentes a las modificaciones que puedan experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, 3) salvaguardar los derechos de los internos y 4) corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse? La dificultad para acatar el mandato legal parte de la sorprendente falta de regulación de la ejecutoria en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal... Lo insuficiente de su regulación, la rutina, la burocracia y el desinterés ha generado un modo de actuar contrario a la Constitución que entorpece y a veces impide los objetivos de la legislación penitenciaria”.* En *“Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. La Eficacia del Control Jurisdiccional en el Cumplimiento de la legislación Penitenciaria”*. VV.AA.: VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.993. Pág. 24

después de manifestar su respeto a los “*principios de judicialización y jurisdiccionalización inspiradora de la nueva normativa*”, se buscó siempre la interpretación más limitativa de las competencias de los Jueces, aprovechando la confusión inicial de su puesta en funcionamiento sin la apoyatura orgánica y procesal prevista en el artículo 78.1 y Disposición Transitoria Primera de la LOGP 1/1.979⁴³⁸.

El entonces Defensor del Pueblo CONDE PUMPIDO señalaba que, por la indiferencia mostrada por los funcionarios en un principio ante la propia Ley Orgánica, e incluso su resistencia a cuanto podía suponer un control de su actividad profesional como marco legal, el Juez de Vigilancia Penitenciaria fue una de las figuras más fuertemente cuestionadas. Así:

*“La amplitud y novedad de las competencias encomendadas, la insuficiencia de medios materiales y personales, la no exigencia de especialización y de dedicación que fuera incompatible con el simultáneo desempeño de otros órganos en el orden jurisdiccional penal y la necesidad que tener que extender su jurisdicción a varias provincias y centros penitenciarios determinó que las expectativas creadas se vieran inicialmente frustradas”*⁴³⁹.

Las medidas adoptadas corrigieron esta situación y, pocos años después de su efectiva entrada en funcionamiento, numerosos autores consideraron que se había introducido de facto la “*juridicidad*” en la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad, salvaguardándose los derechos de los internos, en especial de sus derechos fundamentales. De la trascendencia de la situación sirva de ejemplo lo indicado por CONDE PUMPIDO quien considera:

“El Juez es responsable no solo de que las prisiones dejen de ser escuelas de delito y se conviertan en eficaces centros de reeducación y reinserción

⁴³⁸ Prueba de esta interpretación limitativa es la consideración que las visitas a los centros penitenciarios debe extenderse únicamente a los presos preventivos, atendidos los términos y la ubicación sistemática del artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴³⁹ CONDE PUMPIDO, M. “*Juzgado de Vigilancia Penitenciaria: Valoración crítica, especial referencia al artículo 76*”. Ponencia presentada en las VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas, celebradas en Almería en 1.989 y publicadas por la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía. Sevilla 1.990. Págs. 33-34.

social, desplegando su actuación evitando los excesos y cercenando iniciativas peligrosas en diversos ámbitos”⁴⁴⁰.

Con la perspectiva aportada por el paso del tiempo, son especialmente valiosas las reflexiones realizadas por RACIONERO CARMONA quien, dos años antes de aprobarse el actual Reglamento penitenciario, analizaba su relevancia respecto al condicionamiento entre Jurisdicción y Administración en el ámbito penitenciario. Señala que una errónea concepción del ejercicio de la potestad reglamentaria ha influido negativamente en las relaciones entre poderes. Entendiendo que el Reglamento penitenciario solamente puede pertenecer a la categoría de los denominados por la doctrina y la jurisprudencia como “*ejecutivos*”, es decir, fundamentado en el desarrollo de las disposiciones de una norma con rango legal por atribución expresa de la potestad reglamentaria en la propia Ley penitenciaria. De aquí que, en virtud de esta potestad, el Reglamento ejecutivo puede ser dictado incluso en materias reguladas por la Ley que el Reglamento desarrolla. Desde esta perspectiva, el Reglamento cumple una función de colaboración con la Ley pero con rango inferior. De esta manera, el Reglamento penitenciario debería limitarse a completar cuestiones de detalle que no entren en contradicción con la Ley ni invadan su contenido propio en materia reservada. Debe respetar su contenido bajo tacha de nulidad de pleno derecho en aplicación del principio constitucional de jerarquía normativa. En consecuencia, el Reglamento de 1.981 debería haberse limitado a establecer las reglas y normas precisas para la explicitación, aclaración y puesta en práctica de los preceptos de la ley, absteniéndose de contener mandatos normativos nuevos y, en ningún caso, restrictivos de los contenidos en el texto legal⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ CONDE PUMPIDO, M. “*Juzgado de Vigilancia Penitenciaria: Valoración crítica, especial referencia al artículo 76*”. Ponencia presentada en las VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas, celebradas en Almería en 1.989 y publicadas por la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía. Sevilla 1.990. Pág. 34.

⁴⁴¹ RACIONERO CARMONA, F. “*Relaciones entre la Administración Penitenciaria y la Jurisdicción de Vigilancia. Competencias y Conflictos*”. Vigilancia Penitenciaria (VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria). Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.994. Págs. 16-17.

En este mismo sentido CERVELLÓ DONDERIS señala que las remisiones al Reglamento

“En ocasiones son excesivas y vulneran la reserva de ley, especialmente en una serie de materias en las que, pese a afectar a derechos fundamentales, son reguladas en el Reglamento e incluso en Circulares e Instrucciones (v. gr. Sanción de aislamiento en celda, infracciones disciplinarias o régimen cerrado). El desarrollo reglamentario de la sanción de aislamiento resulta justificado por la STC 2/1987 de 21 de enero por su naturaleza de cambio en las condiciones de la prisión y su correspondiente rechazo como pena, sin embargo la regulación del régimen cerrado por Circulares e Instrucciones ha sido considerada inadecuada por carecer de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general en la trascendental STS 17.3.2009 (R. 3085) que reforzó la reserva de ley en el ámbito penitenciario consiguiendo, al menos, el traslado al Reglamento penitenciario de la regulación de los FIES (Ficheros de internos de especial seguimiento), lo que aun siendo insuficiente ya es un gran paso hacia la mejora en la exigencia del principio de legalidad. Por ello la gran aportación de esta sentencia es precisamente la diferenciación entre los reglamentos de organización o administrativos dedicados a cuestiones internas de los establecimientos penitenciarios, del espacio reservado a la Ley y a su Reglamento ejecutivo, que es todo aquel que desarrolle derechos y deberes de los internos”⁴⁴².

Podemos concluir que es en esta deficiencia técnica del Reglamento de 1.981 donde radica uno de factores del enfrentamiento o colisión entre las posturas de la administración penitenciaria y de la jurisdicción creada.

Desde esta misma perspectiva temporal y analítica, MANZANARES SAMANIEGO señaló que el artículo 77 de la Ley Orgánica ha conectado en definitiva con el artículo 97 de la Constitución, a cuyo tenor el Gobierno dirige la Administración civil y ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria. Esto significa que toda la normativa penitenciaria ha de

⁴⁴² CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. 3ª edición. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.012. Págs. 34 y 35.

interpretarse respetando la existencia de un marco claramente administrativo ajeno a la competencia del juez de vigilancia debiendo referirse sus decisiones a la ejecución de sentencias o a la salvaguarda de los derechos de los internos en casos concretos como corresponde a la esencia de la jurisdicción y respetando y asumiendo la organización penitenciaria, lo que no es incompatible con mejorarla y la elaboración de propuestas con tal finalidad⁴⁴³.

A lo largo de la aplicación de la Ley Orgánica en el periodo temporal analizado hubo momentos de elevada tensión en las relaciones entre jueces de vigilancia y administración penitenciaria. Más allá de noticias publicadas en los medios de comunicación reflejando esta confrontación⁴⁴⁴, la situación fue analizada científicamente en su momento por sus protagonistas.

Ante la acumulación de diversos delitos execrables cometidos por internos disfrutando de permisos penitenciarios (incluso se llegó a cuestionar la validez de la legislación elaborándose un anteproyecto de ley que endurecía las condiciones para su concesión que finalmente no prosperó debido a la disolución de las Cortes Generales)⁴⁴⁵, BONA PUIGVERT, desde la aplicación diaria de la normativa, denunció que las declaraciones de responsables políticos o de la administración ante los medios de comunicación habían sido dirigidas a adjudicar la responsabilidad dimanante a las resoluciones de la autoridad judicial,

“y ello independientemente que la actuación judicial haya estado en consonancia con las propuestas de la propia administración penitenciaria, eludiendo así su propia responsabilidad, o las carencias de medios materiales y humanos que están en el origen de la deficiente aplicación de la normativa penitenciaria.” “Una reacción social contraria a la política

⁴⁴³ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Naturaleza de la Jurisdicción de Vigilancia: Aspectos Procesales y Administrativos”. Revista de Estudios Penitenciarios. Extra 1. 1.989. Ministerio de Justicia. Madrid. Pág. 122 y ss.

⁴⁴⁴ P.e.: manifestaciones del Ministro de Justicia con ocasión de la concesión del tercer grado por un Juzgado de Vigilancia a quien luego resultó ser homicida y violador de una niña, publicadas en el periódico “El País” el 30 de junio de 1.992, calificando la decisión judicial de “un error trágico y lamentable”.

⁴⁴⁵ Anunciado por el Ministro de Justicia y recogido por los medios de comunicación (véase el periódico “El País” de 1 de febrero de 1.993).

penitenciaria, en concreto a la concesión de permisos, clasificación en regímenes abiertos o acortamientos de penas, tildando la vigente L.O.G.P. de ingenua o utópica, atribuyendo a dicha normativa con carácter casi exclusivo, la inseguridad ciudadana, olvidando el caldo de cultivo social en que germinan determinadas conductas delictivas como la marginalidad, la pobreza, las deficiencias educacionales o de formación, la desestructuración familiar o la violencia y agresividad que es consustancial en el seno de la propia sociedad. Es decir, que se ha puesto el acento en la política penitenciaria como la causante de los males sociales, desechando la búsqueda de las causas por las que estos males tienen lugar”⁴⁴⁶.

Entendemos que los principales factores que contribuían a dificultar las relaciones entre la Administración penitenciaria y los Juzgados de Vigilancia fueron los siguientes:

- a.- Insuficiencia normativa, que ha dado lugar a múltiples problemas para determinar el sistema de recursos, los efectos de los mismos la legitimidad de las partes o la asistencia letrada a los reclusos.
- b.- Falta de unificación de la jurisprudencia.
- c.- Insuficiente regulación en materia de quejas y peticiones de los reclusos.
- d.- La tramitación de los expedientes sancionadores en los que el Juzgado de Vigilancia tiene solo atribuidas funciones de conocimiento en segunda instancia hace ineficaz, en muchos supuestos, el principio de presunción de inocencia. Además y hasta el Reglamento de 1.996 no ha existido un procedimiento sancionador admisible y próximo al previsto en el Real Decreto 1.398/1.993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad sancionadora que aplica los principios en materia sancionadora correspondientes a un verdadero Estado de Derecho.

⁴⁴⁶ BONA PUIGVERT, R. “Administración y Jurisdicción penitenciaria: responsabilidades y conflictos. Confrontación o colaboración”. Ponencia presentada en las Jornadas penitenciarias “Quina pena donen les lleis?” desarrolladas en Barcelona los días 7 y 8 de mayo de 1.993 y publicadas en Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales. J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1.994. Págs. 79- 80.

e.- En materia de permisos y clasificaciones es cuestionable que la concesión de permisos esté condicionada por circulares internas en las que priman una serie de factores, en muchas ocasiones de oportunidad, al margen de la real evolución del penado.

f.- Las redenciones de penas se emplearon para disminuir la población penitenciaria sin que hubiera puestos de trabajo efectivos para la inmensa mayoría de reclusos, lo que desvirtuó su esencia y permitió la reducción de las condenas por la realización de trabajos inexistentes en la realidad; añadiéndose una insuficiente regulación normativa y la imposible verificación de las propuestas por parte de los Jueces de Vigilancia⁴⁴⁷.

7.5.- La Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La confusa y contradictoria Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la redacción dada en el momento de comenzar los Juzgados su andadura y que afectó a su actuación, solamente se refería su contenido a los recursos contra los Autos de los Jueces sin que nada se dijera sobre cómo había de resolver para desarrollar las cuatro amplias áreas de competencia que establece el párrafo 1 del artículo 76 y las de intervención específica previstas que recogen los diez supuestos del artículo 76.2 de la Ley Penitenciaria.

Según lo legislado, los Autos del Juez de Vigilancia podían ser recurridos en reforma en todo caso y en apelación y queja en aquellos casos que no fuera por resoluciones en procedimiento disciplinario. Las apelaciones se efectuaban ante el Tribunal sentenciador o ante la Audiencia Provincial, según se tratase de medidas de ejecución de penas o no. Se tramitarían conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sólo podrán ser parte el Fiscal, el interno o el liberado condicional.

El Juez de Vigilancia conoce, además de cuestiones de cumplimiento estricto de las penas, otras que constituyen recursos y quejas contra

⁴⁴⁷ BONA PUIGVERT, R. *“Administración y Jurisdicción penitenciaria: responsabilidades y conflictos. Confrontación o colaboración”*. Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales. J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1.994. Págs. 82 a 86.

resoluciones de la Administración, lo que planteó la necesidad de determinar qué resoluciones eran recurribles, su forma de tramitación y los organismos competentes para resolverlos.

En la primera reunión de Jueces de Vigilancia celebrada en abril de 1.982 se abordó esta cuestión, demostrándose con ello la inquietud existente ab inicio entre los operadores de la norma. Entre sus conclusiones, la número 6 apartado A dispuso:

“Parece procedente que existan recursos contra las resoluciones del Juez de Vigilancia cuando éste resuelva en primera instancia, por exigirlo así las garantías procesales del justiciable, resultando, en cambio, innecesarios cuando el Juez de Vigilancia resuelve recursos interpuestos contra decisiones de la Administración Pública, en que dichas garantías ya quedan satisfechas. Por consiguiente, los Jueces de Vigilancia habrían de admitir recursos de reforma y de queja ante el Tribunal sentenciador, contra sus decisiones dictadas en los supuestos a que se refieren los apartados b) y c) del artículo 76.2 de la Ley Orgánica (resolver sobre las propuestas de libertad condicional y acordar las revocaciones y aprobación de beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de condena). En caso de refundición de condenas, se entendería competente el último tribunal sentenciador, no parece requisito necesario la intervención ni de abogado ni de procurador en estos recursos. En los supuestos del apartado d) del artículo 76.2 de la ley Orgánica (aprobación de las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días), resulta más lógico el recurso de queja ante la Audiencia Provincial del lugar donde radica el Juzgado de Vigilancia que ante el tribunal sentenciador, por razones de inmediatez y de unificación de criterios. En los supuestos comprendidos en los apartados e) y siguientes del repetido artículo 76.2, no deben existir recursos contra la resolución dictada por el Juez de Vigilancia” (reclamaciones sobre sanciones disciplinarias, clasificación inicial, progresión y regresión de grado, peticiones y quejas en materia de régimen o tratamiento, visitas previstas en la L.E.Cr., autorización de permisos de salida, paso a establecimientos de régimen cerrado).

En la tercera reunión de Jueces de Vigilancia llevada a cabo en octubre de 1.985, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se constata la parquedad y confusión de la regulación recientemente aprobada, que como hemos señalado, solamente dedica a los Juzgados de Vigilancia los artículos 94 y 95, y en orden a los recursos contra sus resoluciones, únicamente se refiere a ello en el artículo 82.6° relativo a la competencia de las Audiencias provinciales y en la disposición adicional 5ª⁴⁴⁸.

En la medida en que la Ley Orgánica Penitenciaria estableció muy pocos preceptos al regular la Institución del Juez de Vigilancia, remitiéndose a las cuestiones orgánicas⁴⁴⁹ y a los procedimientos de su actuación a las leyes correspondientes y ante la insuficiencia de la L.O.P.J., en 1.986 se propugnó

⁴⁴⁸ La redacción definitiva de los preceptos de la L.O.P.J. fue: Artículo 82. “*Las Audiencias Provinciales conocerán: 6° De los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas*”.

Disposición Adicional quinta:

1.- “*El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria.*”

2.- *Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el Tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado.*

3.- *Las resoluciones del Juez de Vigilancia en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el número anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.*

4.- *El recurso de queja a que se refieren los números anteriores sólo podrá interponerse contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación.*

5.- *Se aplicará a los recursos lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien sólo podrán recurrir el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional, sin que estos últimos precisen de asistencia letrada o representación por Procurador en cuanto al recurso de reforma. En todo caso, el Fiscal será parte en cuantos recursos se prevén en la presente disposición”*

⁴⁴⁹ Los artículos 94 y 95 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se limitan a señalar la competencia territorial de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (en principio de carácter provincial, si bien se prevé la posibilidad de que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de una misma Comunidad Autónoma y de que, por el contrario, en una sólo provincia haya más de uno), la compatibilidad del cargo de Juez de Vigilancia con el desempeño de un órgano del orden jurisdiccional penal y la fijación del criterio preferente de número y clases de establecimientos para que la Ley de Planta determine su número. Es en la Disposición Adicional 5ª donde encontramos la pretendida regulación del procedimiento.

una más clara y generosa regulación que, 30 años después y tras varios intentos fallidos, no se ha producido⁴⁵⁰.

Esta insuficiencia normativa, que continúa presente en la actualidad, ha sido suplida por los titulares de estos Juzgados acudiendo a los principios generales o al procedimiento integrador analógico, conforme a lo analizado. En concreto, las normas procesales positivas quedan reducidas al artículo 24 de la Constitución, Disposición Adicional Quinta de la LOPJ, disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre los recursos de reforma, apelación y queja y a las normas procesales de la LOPJ, concretamente el artículo 179 y siguientes.

A la vista de la redacción existente, de forma esquemática, podemos señalar que los recursos procedentes contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia penitenciaria son los de reforma, apelación y queja⁴⁵¹.

Pueden recurrirse en Reforma todos los autos del juez, admitiéndose en la práctica también contra Providencias. Se interponen ante el mismo juez que hubiera dictado la Resolución impugnada al que igualmente corresponde su conocimiento. El plazo para su interposición será de tres días a partir de la notificación de la Resolución recurrida. Se admitirá con suspensión de lo acordado o sin ella, según proceda la admisión de ambos o en un solo efecto de la eventual apelación posterior. El recurso de reforma contra el Auto resolviendo un recurso en materia de sanciones disciplinarias se admite con efecto suspensivo. No es precisa la intervención de abogado y procurador, pero sí traslado al Ministerio Fiscal. La legitimación para su interposición corresponde al interno y al Ministerio Fiscal.

El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que puede interponerse el Recurso de apelación en los casos determinados en la Ley y se admitirá en ambos efectos tan solo cuando lo disponga expresamente. No

⁴⁵⁰ REIGOSA GONZÁLEZ, J.J. “*Recursos contra las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria*”. Revista de Estudios Penitenciarios N° 236. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.986. Pág.143.

⁴⁵¹ PÉREZ CEPEDA, A.I. *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Penal*. Tomo VI. Derecho Penitenciario. Iustel. Madrid, 2.010. Págs.284 a 287. MIR PUIG, C.: *Derecho penitenciario*. Atelier. Barcelona, 2.011. Págs. 188 a 191.

podrá presentarse sino después de haberse ejercitado el de reforma, sin perjuicio de su interposición subsidiaria a la vez que aquel.

Cabe recurrir en apelación todas las resoluciones del Juez de Vigilancia dictadas en el ámbito de su competencia determinada por lo dispuesto en el artículo 76 de la LOGP, salvo *“cuando aquellas hayan sido dictadas resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado”*.

Los números 2 y 3 de la Disposición Adicional 5ª de la L.O.P.J. diferencian dos tipos de materia de no fácil interpretación. Por una parte, las relativas a la *“ejecución de penas”*. Por otra, las referentes al *“régimen penitenciario y demás en general”*⁴⁵². Las primeras son recurribles al Tribunal sentenciador, las segundas, a la Audiencia Provincial en cuya demarcación esté ubicado el establecimiento penitenciario.

Las dificultades planteadas son de gran calado, debiendo diferenciarse inicialmente el concepto *“ejecución de penas”* y *“régimen penitenciario y demás en general”* que literalmente establece la Ley Orgánica. Atendiendo a los principios determinantes de la competencia funcional y territorial del recurso, se consideró que se debía incluir en *“la ejecución penal”* sólo lo que de manera directa e inmediata afecte al cumplimiento de la pena en cuanto a su extensión temporal se refiere (es decir, los apartados a) b) y c) del número 2 del artículo 76 L.O.), y en *“el régimen penitenciario y otras materias”* aquellas cuestiones que sólo de forma indirecta inciden en la ejecución penal y donde la resolución inicial corresponde a la Administración penitenciaria, precisamente por su carácter de régimen interior (es decir, los apartados d), f), g), i) y j) del artículo 76).

La referencia al Tribunal sentenciador del número 2 de la Disposición Adicional Quinta entra en contradicción con el artículo 82.6 de la propia L.O.P.J. en cuanto atribuye a las Audiencias provinciales el conocimiento de los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia en

⁴⁵² JUANATEY DORADO sigue calificando la distinción entre materias de ejecución de penas y materias de régimen penitenciario a efectos de determinar el órgano ad quem que establece la Disposición adicional 5ª LOPJ como *“muy poco clara”*. JUANATEY DORADO, C. *Manual de Derecho penitenciario*. Iustel. Madrid, 2.011. Págs. 227.

materia de ejecución de penas, máxime considerando que el primer concepto sería más amplio al poder ser los Jueces de Instrucción y los de Distrito órganos sentenciadores en el momento de elaborarse la norma, surgiendo la duda de si en virtud del artículo 82 la competencia sería siempre de la Audiencia Provincial, aun cuando el órgano sentenciador fuera un juzgado, o por el contrario el órgano que hubiera dictado la sentencia en ejecución, pese a no ser un Tribunal.

Se consideró que debía ser la Audiencia Provincial la competente para resolver atendiendo no solo el tenor literal del artículo 82 sino también por la expresa referencia al Tribunal por parte de la Disposición Adicional y por conocer también de las apelaciones contra las sentencias que en aquel momento dictaban los juzgados de instrucción, salvaguardándose el principio jerárquico de todo recurso de apelación que deberá resolver el superior al Juez “*a quo*”. En aquellos casos en los que la resolución recurrida sea de un Juzgado Central de Vigilancia, en lo referente al régimen penitenciario, la competencia para resolver será de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en aplicación del apartado 5 de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ.

Aceptando la conveniencia de que en materia de ejecución de penas fuera el Tribunal sentenciador (Audiencia provincial) el competente para resolver estos recursos de apelación, no se podía dejar de considerar la diversidad de criterios que debería tener en cuenta el Juez de Vigilancia por tener bajo su jurisdicción a penados de distintas Audiencias Provinciales. En este sentido se abogó, siguiendo el criterio de la Disposición Adicional, porque el Tribunal de apelación estuviera determinado territorialmente y no por la situación del establecimiento penitenciario, como ese número 3 indica, sino por la sede del propio Juzgado, tanto en materia de ejecución de penas como de régimen penitenciario. Así se conseguiría la unificación de criterios llegándose incluso a plantearse la conveniencia de la creación de Secciones de Vigilancia en las Audiencias quienes, con ámbito provincial o autonómico, conocerían de todos los recursos contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia.

La tramitación de las apelaciones sigue las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por remitirse a la misma la L.O.P.J. siendo precisa la interposición previa del de reforma y posible su interposición subsidiaria. El plazo es de cinco días desde la última notificación de la resolución impugnada. La admisión se considera en un solo efecto ya que la Ley no determina, como indica el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el efecto suspensivo en ningún supuesto.

La legitimación para su interposición se otorga al Ministerio Fiscal, que será parte siempre, y el interno o liberado condicional, precisando éste ser asistido de procurador y abogado que podrán serle designados de oficio.

Finalmente, cabe interposición de Recurso de queja contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación. Las cuestiones relativas al objeto, competencia, legitimación y tramitación son iguales que en el recurso de apelación.

El Tribunal ante el que se interpone ordenará el oportuno informe al Juez, pasando este al Fiscal para que emita dictamen. A la vista del dictamen del fiscal y del informe judicial el Tribunal resolverá lo que proceda.

7.6.- Recursos de amparo en materia penitenciaria

Especial incidencia ha tenido en la práctica habitual esta posibilidad establecida en supuestos en los que se agota la vía judicial ordinaria y que encomienda al Tribunal Constitucional la salvaguarda de los derechos fundamentales y las libertades públicas referidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, en los casos, formas y efectos determinados en el Título III, Capítulos 1º, 2º y 3º de la Ley Orgánica 2/1.979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

La precaria situación inicial determinó que esta vía haya sido reiteradamente utilizada, resultando muy numerosas las sentencias dictadas por este Tribunal de garantías en el ámbito penitenciario⁴⁵³.

⁴⁵³ Así lo pone de manifiesto REIGOSA GONZÁLEZ, J.J. en el artículo “*Recursos Contra las Resoluciones del Juez de Vigilancia*”. Revista de Estudios Penitenciarios, Nº 236. Madrid, 1.986. Pág. 147, donde señala que el 15 de septiembre de 1.984 se formuló recurso de amparo ante el tribunal Constitucional contra acuerdo sancionador de una Junta de

El Tribunal Constitucional ha definido y precisado el papel de la jurisdicción penitenciaria en alguna de las resoluciones dictadas en torno a numerosos intereses esenciales de los internos. Por la fecha temprana en la que se produce y la profundidad de sus planteamientos que han marcado las interpretaciones futuras tiene especial relevancia la Sentencia 73/1.983, de 30 de julio. En ella se señaló:

“Es el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por imperativos especialmente del Art. 76.1 y 2 g) de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, conocida por la Ley General Penitenciaria, quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados, en los términos previstos en los Arts. 25.2, 24 y 9.3 de la C.E., al constituir un medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Esta es la vía normal para salvaguardar los derechos de los internos sin perjuicio de poder acudir en amparo a este TC contra los actos de la Administración penitenciaria que se estiman contrarios a los derechos fundamentales, si no fuesen corregidos en la vía judicial; ello con independencia de la posible responsabilidad disciplinaria de los funcionarios, en cuya existencia o inexistencia no podemos entrar en el presente recurso, en el que no está planteada”.

De la misma forma, la Sentencia 2/1.987, de 21 de enero, establece:

“La función del Juez de Vigilancia Penitenciaria supone una potenciación del momento jurisdiccional en la ejecución de las penas, al Juez de Vigilancia Penitenciaria se le confía el control sobre las diversas fases de la ejecución penal y la protección de los derechos fundamentales de los detenidos. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria constituyen una pieza clave del sistema penitenciario y por ello debe garantizarse y exigirse constitucionalmente la actuación de estos órganos judiciales especializados”.

Régimen y posterior Auto del Juez de vigilancia resolviendo la apelación. Este primer recurso de amparo fue admitido a trámite y resuelto por sentencia de 18 de junio de 1.985.

7.7.- Participación del Ministerio Fiscal

Una aspecto trascendental es la participación del Ministerio Fiscal en Vigilancia Penitenciaria a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 124.1 de la Constitución de 1.978⁴⁵⁴ y en el Estatuto Orgánico aprobado por Ley 24/2.007, de 9 de octubre (que derogó el aprobado por Ley 50/1.981, de 30 de diciembre), donde se les encomienda velar por el respeto de los derechos fundamentales y por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público o social, pudiendo visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención penitenciarios, o de internamiento de cualquier clase de su territorio, así como recabar cuanta información estime conveniente.

Resulta sorprendente que la Ley Orgánica y sus Reglamentos de desarrollo no hayan previsto la figura del Ministerio Fiscal en sus articulados, salvándose esta situación con las Previsiones de la Presidencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1.981, convirtiéndose en la práctica en garantes de los derechos y libertades de los internos como integrantes del Poder judicial en su vertiente de magistratura postulante.

Su intervención es paralela a la del Juez de Vigilancia, informando todas sus resoluciones, vigilando y controlando el régimen de vida en prisión, pudiendo promover cuantas acciones sean necesarias frente al incumplimiento de la normativa penitenciaria. Puede recabar de la administración y de los centros por sí mismos y sin intervención del juez la información que estime por conveniente, puede recibir a internos y familiares de éstos para tramitar sus quejas y sustanciarlas en el caso de estimarlas ajustadas, participando en la plenitud de funciones conferidas al total de la Institución. Además tiene la potestad de investigar la existencia de supuestos hechos delictivos o infractores de normas administrativas, pudiendo interponer la correspondiente querrela o impulsar la intervención

⁴⁵⁴ Art. 124.1 C.E.: “El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés general.” Sobre estas funciones: CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. 3ª edición. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.012. Págs. 157-158.

de la administración si los hechos investigados tuvieran la naturaleza de infracción administrativa.

De forma similar a la metodología seguida por los Jueces de Vigilancia, especial relevancia han tenido las reuniones mantenidas por los titulares de las fiscalías al objeto de unificar sus criterios de actuación. También consideramos importante la creación de la figura del Fiscal Delegado para Vigilancia Penitenciaria que coordina la actuación de los fiscales en este ámbito y en ejercicio de esta responsabilidad coordina la actuación de las secciones y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria para la unificación de sus criterios, mantiene contacto con las autoridades administrativas para resolver las cuestiones generales que, relacionadas con su función puedan ir planteándose, apoyando la comunicación directa que los Fiscales Territoriales necesiten mantener con las mismas. También establece las bases de la coordinación mediante reuniones periódicas con los Fiscales especialistas y Jueces de Vigilancia Penitenciaria a través del Consejo General del Poder Judicial, elabora la Memoria Anual a través de las Memorias elevadas por los distintos Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, con el fin obtener una visión global de la actividad de la Fiscalía, promueve la unificación de criterios a través de Jornadas cuyas conclusiones se remiten a cada Fiscalía, propone el Fiscal General del Estado las Circulares o Instrucciones que considere oportunas en la materia, y colabora en la resolución de las Consultas, supervisa Recursos de Casación para unificación de doctrina en la materia y comunica a las Fiscalías las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en los recursos preparados por los Fiscales en la materia.

7.8.- Las reuniones periódicas de los Jueces de Vigilancia

A la situación alcanzada en la actualidad en la los Juzgados son capaces de resolver innumerables asuntos que afectan a aspectos heterogéneos también han contribuido las reuniones periódicas de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y la elaboración de las conclusiones correspondientes que han permitido unificar los criterios procedimentales e

interpretativos e impulsar la firme implantación de esta Institución, destacando el alto nivel técnico del trabajo previo realizado que se refleja en dichas conclusiones⁴⁵⁵.

7.9.- El proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia penitenciaria de 1.997

Este proyecto constituyó el más avanzado intento de dotar a esta jurisdicción de una norma procedimental que viniera a resolver los graves problemas de aplicación práctica de la normativa penitenciaria señalados con anterioridad.

En fecha 29 de abril de 1.997 apareció publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica con una exposición de motivos clarificadora de la situación existente en el momento, denunciando

“La falta de un cuerpo procesal completo de aplicación a los incidentes de ejecución de las penas privativas de libertad o control jurisdiccional de las actuaciones de la Administración penitenciaria atribuidos a los jueces de vigilancia penitenciaria”.

El proyecto preveía que una vez existente un mandamiento de prisión emanado del juez o tribunal sentenciador y desde ese momento, sería competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria la aprobación de la liquidación de condena o refundición y resolución de incidencias de ejecución precisadas de pronunciamiento judicial, tales como la determinación del máximo de cumplimiento en los casos de acumulación jurídica, la suspensión de la ejecución de la pena en caso de trastorno mental

⁴⁵⁵ Es interesante considerar las reflexiones expresadas por CEZÓN GONZÁLEZ, C. en *“Normativa Procesal de los Juzgados de Vigilancia. Recursos contra las Resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria”*. VIII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Consejo General del Poder Judicial. 1.996. Pág. 74, quien concluye que *“el objeto propio de la actuación procesal de los Juzgados de Vigilancia impone crear un proceso de ejecución de penas privativas de libertad, o declarativo, en los supuestos de control jurisdiccional de la actuación de la Administración en materia distinta de la ejecución de penas- que relegue el procedimiento a su mínima expresión y que, en ella, le dote de específica flexibilidad. En definitiva, un proceso cumplido con su desenvolvimiento cognoscitivo y garantías procesales a través de un procedimiento ágil y flexible”*. Sobre la necesidad de estas reuniones: CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. 3ª edición. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.012. Pág. 156.

grave, el abono de prisión preventiva sufrida por el penado en otra causa y la aprobación de la libertad definitiva; además de las pacíficamente admitidas como propias de los Jueces de Vigilancia como la aprobación o revocación de la libertad condicional, las referidas a los permisos de salida o a la clasificación de los internos o la aprobación de las redenciones de penas por el trabajo mientras siguieran ejecutándose penas con arreglo al Código Penal de 1.973. Con ello se daría respuesta a los planteamientos y reivindicaciones reiteradamente expuestas por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en las reuniones periódicamente celebradas y la propia doctrina penitenciaria⁴⁵⁶.

El procedimiento previsto (en el Capítulo tercero) pretendía estar presidido por la brevedad, con carácter garantizador, flexible, autónomo y escrito, atribuyendo al Juez amplias facultades de dirección e impulso, con fórmulas de racionalización procedimental como la inadmisión o estimación del recurso, petición o queja “*a límine*”, lo que favorecería la resolución de las cuestiones litigiosas en tiempo razonable. Como fórmulas de protección establecía la suspensión cautelar de la actuación impugnada y la relación de las pruebas practicadas y de sus resultados, cuando fueran relevantes para el fallo con su consignación en la resolución definitiva.

Establecía una normativa procesal para cada una de las funciones atribuidas a los Jueces de Vigilancia por la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica Penitenciaria y el Reglamento de 1.996. Se creaban los cauces para conocer de los recursos contra las sanciones disciplinarias y de los recursos en materia de clasificación, de concesión, suspensión o revocación de la libertad condicional, de revisión de los actos o decisiones de la Administración de las que deba tener conocimiento aún sin mediar recurso o queja expresa del recluso afectado, de autorización de permisos de salida, de petición de indultos particulares, de aprobación del licenciamiento definitivo y otros aspectos.

⁴⁵⁶ MAPELLI CAFFARENA, B. “*La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso*”. Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.996. Págs. 277 a 303.

Los recursos se regulaban en Capítulo propio reforzándose las garantías de los internos al posibilitarse la admisión de pruebas inicialmente denegadas o tendentes a desvirtuar el resultado de las practicadas así como la desestimación del recurso interpuesto cuando resultara clara su improcedencia. Tal y como existía en el momento de la elaboración del texto y pervive en la actualidad, el recurso de reforma cabría contra todas las resoluciones que no fueran de mera tramitación y contra el auto resolutorio del recurso de reforma cabría recurso de apelación, salvo en materia disciplinaria.

La principal novedad finalmente no introducida en el ordenamiento jurídico consistía en atribuir el conocimiento del recurso de apelación en todos los casos, sin distinguir entre ejecución de penas y otros supuestos, a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del que el Juzgado de Vigilancia dependiera, reduciendo así los órganos de apelación, y configurando un recurso de casación para unificación de doctrina, para cuya interposición solamente se legitimaba al Ministerio Fiscal. Contra los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria fijando el máximo de cumplimiento en los casos de acumulación jurídica, o denegando su fijación, se preveía la posible interposición de recurso de casación por infracción de Ley, conforme señala el Art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En definitiva, el Proyecto de Ley Orgánica preveía la modificación en su disposición derogatoria y en las Disposiciones finales de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica General Penitenciaria, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal, con el fin de establecer un sistema ordenado y coherente que integrase el Ordenamiento jurídico y diera satisfacción a las reiteradas peticiones efectuadas por la doctrina y los operadores jurídicos en materia penitenciaria. Quince años después y salvo las modificación producidas en 2.003 con la creación de los Juzgados

Centrales de Vigilancia Penitenciaria y el recurso de casación en interés de Ley, la situación nada ha cambiado.⁴⁵⁷

7.10.- El Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria

La Ley Orgánica 5/2003, de 27 de Mayo, modificó la estructura y planta de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria, creando el Juzgado Central de Vigilancia. Se modificaron las siguientes normas:

a) La L.O. 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial (Arts. 65, 82, 94 y Disposición Adicional Quinta)⁴⁵⁸. Se atribuyó a la Audiencia Nacional el conocimiento de los recursos contra las resoluciones de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria (Art. 65), mantuvo la competencia de las Audiencias Provinciales cuando no corresponda a la Audiencia Nacional (Art 82.1.3º), estableció su jurisdicción en toda España y la sede en la villa de Madrid, atribuyó las competencias descritas en la LOGP y demás que señala la Ley en relación con los delitos cuyo enjuiciamiento es competencia de la Audiencia Nacional siendo preferente y excluyente cuando el penado cumpla también otras condenas que no hubiesen sido impuestas por ella (Art. 94.4) y, por último, en la Disposición Adicional Quinta se establece que sus resoluciones son recurribles en apelación y queja ante la Sala de lo Penal de la A.N.

b) La Ley Orgánica General Penitenciaria, cuyo Art. 76.2. h) se modificó en el sentido que de que el Juez Central de Vigilancia puede delegar en el Juez de Vigilancia del lugar en que radique el centro que ha de ser visitado.

c) En el Anexo X de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial se incluye un único Juez Central de Vigilancia Penitenciaria con competencia en todo el ámbito nacional.

La creación de los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria supuso una opción de política criminal con una finalidad concreta expresada en la

⁴⁵⁷ Favorable a este Proyecto de Ley Orgánica se ha manifestado CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. 3ª edición. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.012. Págs. 155-156.

⁴⁵⁸ El Art. 65 y los apartados 1 y 4 del artículo 94 han sido modificados por la L.O. 6/2.014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Exposición de Motivos⁴⁵⁹. Constituyó una reforma sensible tanto por la trascendencia de las conductas sancionadas por la Audiencia Nacional como por algunas resoluciones dictadas relativas a internos integrados en bandas armadas por esta jurisdicción.

El análisis fundamental realizado sobre esta figura se refiere a la reinserción social del penado en la medida en que es una de las finalidades de la pena privativa de libertad, junto a la retención y custodia. Desde este aspecto, consideramos que en nada se opone la introducción de una nueva clase de jueces encargados del control de la ejecución penal impuestas por un concreto órgano judicial, no pudiendo ser tachada apodícticamente de inconstitucional ya que ni se afecta al delito ni a la pena ni prohíbe o limita la posibilidad de rehabilitación o reinserción ni su antecedente lógico-jurídico, el tratamiento, cuyo diseño en la LOGP se mantiene idéntico.

En relación con el derecho fundamental al juez natural predeterminado por la ley (Art. 24.2 de la Constitución), el Juez Central de Vigilancia no ofrece mayores dificultades en su legitimación que pueda ofrecer la existencia de la propia Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción, cuya constitucionalidad ha sido expresamente declarada.

La Constitución prohíbe la existencia de Jueces ad hoc, existiendo sin embargo supuestos que, en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versan, por la amplitud del ámbito territorial en que se producen y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad, pueden hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos se realice por un órgano judicial centralizado, como son el Juzgado Central de Instrucción y la Audiencia Nacional, siendo así reconocido por la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe de 16 de octubre de 1986 (y que funda la sentencia del Tribunal Constitucional 199/87, de 16 de diciembre). En consecuencia, tanto el Juzgado Central de Instrucción como

⁴⁵⁹ En la Exposición de motivos se alude a la desconexión entre las funciones de instrucción y enjuiciamiento (desempeñadas por la A.N.) y las de ejecución (por los actuales JVP), y a la disociación no deseada que menoscaba la eficacia general de la política criminal; en consecuencia, se crean estos órganos jurisdiccionales para conseguir la unificación de criterios en el ámbito de la jurisdicción que es propia de la Audiencia Nacional.

la A.N. son órganos judiciales ordinarios (STC 153/88, de 20 de julio y STC 56/90, de 29 de marzo).

Podemos entender que el criterio de proximidad a los centros penitenciarios en relación con la exigida contemplación de la subjetividad e individualidad del penado para modular la ejecución de la pena -a efectos de tratamiento, clasificación, libertad condicional, permisos, etc.- se ve afectado por la eventual lejanía del órgano judicial en último término decisor. Para evitar esta disfunción, el Art. 76 2 h) LOGP se modificó en el sentido que el Juez Central de Vigilancia puede delegar en el Juez de Vigilancia correspondiente al lugar donde el interno esté ingresado para realizar las visitas a los centros penitenciarios que el precepto ordena. Estas visitas que constituyen no solo una competencia sino, sobre todo, una obligación inexcusable, tienen un contenido o finalidad doble, conocer el estado de la prisión y de sus servicios y entrevistarse con los internos, escuchar sus quejas o peticiones e incluso admitir la interposición de recursos o denuncias y practicar pruebas y recibir declaraciones.

No cabe duda de que la realización práctica de esta función puede ser realizada con la frecuencia requerida, siendo objeto en la mayoría de ocasiones de delegación, con el riesgo de disparidad de criterio entre ambas autoridades judiciales y falta de inmediatez. Además, cuando el penado solicite una audiencia con el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, en numerosas ocasiones se va a solventar emitiéndose un acta tras entrevista con autoridad judicial distinta.

Otra cuestión práctica importante es la creación de un solo Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, con las dificultades prácticas que se generan en supuestos de vacancia, ausencia o enfermedad.

Para dotar de una mayor integración de este órgano, consideramos debe promulgarse la norma procesal reguladora de esta Jurisdicción y establecerse sus competencias por un sistema de lista cerrada, excluyéndose aspectos regimentales cuyo criterio correspondería al Juez de Vigilancia del lugar.

Respetando el contenido actual del Art. 76 LOGP y los criterios jurisprudenciales, sería posible residenciar en el Juzgado Central de Vigilancia las competencias descritas en los siguientes apartados del numeral 2 del precepto:

b) y c) Libertad condicional y propuesta de indulto particular, aclarando que la competencia se extiende a todas sus incidencias incluida la queja por falta de propuesta de la Junta de Tratamiento.

f) Clasificación y todas sus incidencias incluida también la queja por la no elevación de propuesta por la Junta de Tratamiento a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

g) Quejas exclusivamente referidas al tratamiento.

h) Visitas a los Centros al solo efecto de recibir en audiencia al penado dejando la necesidad o conveniencia de la misma a criterio del JCVP.

i) Permisos de salida, incluyendo todas las formas de excarcelación temporal cualquiera que sea su clase y duración;

j) Paso del penado a régimen cerrado en tanto que forma parte indisoluble del status jurídico del penado.

7.11- Otras cuestiones: La asistencia letrada. Legitimación procesal de la Administración. Las víctimas en los procedimientos penitenciarios

Ante la ausencia de regulación procedimental específica en esta materia, al inicio de la creación de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria, llegó a considerarse que la facultad de que los internos comparecieran por sí solos conllevaba la imposibilidad de acceder a la asistencia letrada gratuita, de forma que no se concedía ni se preveía el turno de oficio durante la ejecución de la pena.

El planteamiento pervive en la actualidad con la consideración práctica sostenida por numerosos abogados en el sentido de que su labor de

asistencia acaba con la firmeza de la sentencia y a partir de ella no resta obligación letrada alguna.

La situación se ha abordado a través de los servicios organizados desde numerosos Colegios de Abogados que, organizando diversos grupos de asistencia de forma voluntaria, han atendido con eficacia esta necesidad imperiosa en el medio carcelario⁴⁶⁰.

Las primeras resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la asistencia letrada en el ámbito penitenciario se referían a su intervención en el procedimiento disciplinario sancionador⁴⁶¹ y de ello se ha colegido, como hemos indicado que, con carácter general, en la ejecución de las penas privativas de libertad no existe el derecho de asistencia letrada gratuita⁴⁶².

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta materia, entre otras, en las Sentencias 18/1.982 de 18 de junio, 47/1.987 de 22 de mayo y 72/1.990, de 23 de abril; señalando en esencia:

- a) El Derecho de asistencia letrada tiene proyección especial hacia el proceso penal, siendo también aplicable al resto de procesos.
- b) Su finalidad es asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios en la posición procesal o limitaciones de la defensa que puedan producir indefensión.
- c) El hecho de poder comparecer personalmente ante un juez o tribunal no es causa que haga decaer el derecho de asistencia letrada, pues el cumplimiento de los presupuestos de validez de un acto procesal no basta necesariamente para satisfacer las exigencias de un derecho fundamental garantizado por la Constitución.

⁴⁶⁰ Como ejemplo de su función social TOCINO HERNÁNDEZ, C. M. *“Los Servicios en Materia de Derecho penitenciario e Inmigración: en el Alma de la Función Social de la Abogacía”*. I Congreso de la Abogacía de Castilla y León. Ed. Europea de Derecho. Madrid. 2.006. Págs. 66 y ss. También JUANATEY DORADO, C. *Manual de Derecho Penitenciario*. Iustel. Madrid, 2.011. Pág. 202.

⁴⁶¹ SSTC 74/1985, de 18 de junio; 2/1997, de 14 d enero; 190/1987 de 1 de diciembre; 191/1997, de 2 de diciembre

⁴⁶² Lo que contrasta con la previsión del artículo 119 de la Constitución que señala: *“la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y en todo caso respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*.

d) La asistencia letrada es un instrumento puesto por la Constitución al servicio del principio de igualdad de defensa de las partes y, por tanto, su reconocimiento procede cuando se manifieste imprescindible para situar al carente de medios económicos al mismo nivel de defensa que actúa la parte contraria.

e) La negación de la asistencia letrada gratuita constituiría una vulneración constitucional si la autodefensa ejercitada por aquél a quien se niega el derecho se manifiesta incapaz de compensar la ausencia de abogado que le defienda, lo que será determinable en cada caso concreto atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente deducidos de la forma y nivel técnico con que hayan realizado su defensa.

Existe una importante jurisprudencia constitucional relativa a aspectos penales que afectan a las personas privadas de libertad con reiterados pronunciamientos a favor de un reconocimiento más amplio de este derecho⁴⁶³. Sirva como ejemplo la Sentencia 11/1.987, de 30 de enero, que fija los criterios a seguir para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 70 del Código Penal⁴⁶⁴, señalando que para fijar el límite máximo de cumplimiento de penas impuestas a través de las llamada “*refundición*” que prevé el Art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe considerarse lo señalado en el 24.1 de la Constitución por lo que, para garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva, el penado debe ser oído antes de dictarse la resolución judicial y ha de serlo con asistencia letrada que lo será de oficio si el penado carece de recursos económicos.

Respecto a la eventual legitimación procesal de la propia Administración penitenciaria, se trata de uno de los aspectos escasamente abordados por la literatura científica que, sin embargo, condiciona su relación con la Jurisdicción. Como señala JUANATEY DORADO,

⁴⁶³ Sobre las garantías procesales en el medio penitenciario con especial mención al derecho de asistencia jurídica: CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. 3º edición. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.012. Págs. 303 y 304

⁴⁶⁴ Vigente en el momento de pronunciarse el Tribunal, equivalente al actual Art. 78 C.P.

“EL Tribunal Constitucional ha manifestado, de manera expresa, que la Administración no está legitimada para interponer recursos contra las decisiones de los juzgados de vigilancia (STC 129/1995, de 11 de septiembre, FJ 5). De forma que, contra las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria se podrán interponer bien por el ministerio fiscal, bien por el interno o liberado condicional...los recursos de reforma, apelación y queja (disposición adicional quinta y artículo 82.1.3º LOPJ)⁴⁶⁵.

Destacados juristas han abogado por dotar a la Administración de la posibilidad de ejercer una actividad procesal como parte actora superando así la función actual meramente suministradora de informes más o menos completos tanto en las peticiones y quejas como, sobre todo, en vía de recurso⁴⁶⁶.

Según este sector, carece de sentido que una de las partes de la relación jurídico-penitenciaria, por muy especial que sea esa relación, esté privada de cauce procesal para ser oída. Centran su argumentación en que nos hallamos ante un procedimiento judicial, por lo que no es razonable que uno de solo uno de los polos de la relación no pueda actuar o solamente lo haga a través de la provisión de informes, cuando es claro que en no pocas ocasiones la Administración tiene no solo un interés general sino también directo y legítimo en el asunto de que se trate.

La cobertura legal para que se pudiera producir esta intervención de la Administración en el proceso deviene de lo establecido en el artículo 24 de la Constitución en tanto que titular de intereses y derechos legítimos, del 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del principio de derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

Frente a esta posibilidad se han pronunciado otros autores y operadores jurídicos que han argumentado sensu contrario. En esencia, se señala que

⁴⁶⁵ JUANATEY DORADO, C. *Derecho penitenciario*. Iustel. Madrid, 2.011. Págs. 224-225.

⁴⁶⁶ BELTRÁN CATALÁ, D. *“Ministerio Fiscal y la Administración Penitenciaria como partes en el proceso ante la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria”*. Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.996. Págs. 119 a 131.

por intervenir y actuar el Fiscal en defensa de la legalidad, la Administración se encuentra representada, asumiendo en consecuencia la función de respeto y acatamiento del ordenamiento jurídico en el proceso.

Analizando esta realidad, entendemos que la falta de legitimación activa de la Administración constituye una de las carencias que deberían ser solventadas de lege ferenda, articulando a través de los juristas de la Institución la defensa de los intereses legítimos de la Administración penitenciaria en el procedimiento que, en demasiadas ocasiones, no son recogidos en la actuación del Ministerio Fiscal.

Como el tiempo ha demostrado, la actuación del Ministerio público constituye una actuación informativa previa que no se encuentra fundada en el conocimiento directo del recluso al que afecta y que adolece de la inmediatez precisa. Desde la dicotomía régimen/tratamiento establecida ab initio en la Ley, la legitimación activa del jurista de la Institución se presenta como imprescindible en el primero de los ámbitos y muy conveniente en el segundo, contribuyendo al necesario enriquecimiento de las resoluciones judiciales a través de la contradicción.

Desde el inicio de su actuación los Jueces de Vigilancia manifestaron la necesidad de dar participación en algunos de los procedimientos llevados a las víctimas y perjudicados por el delito (aludiendo a supuestos de concesión de permisos, puesto que su otorgamiento puede frustrar el debido cumplimiento de la pena impuesta, o en el de progresión a tercer grado, en cuanto pudiese suponer una desvirtuación de la pena), careciendo de sentido en otros aspectos estrictamente regimentales o de ordenada convivencia dentro de los establecimientos (alimentación, sanciones disciplinarias...). De igual manera, se advirtió de la posible intervención obstaculizadora de la víctima a la tarea de reinserción o educación con ánimo vindicativo o de perjuicio, práctica que sería contraria a lo previsto en el artículo 25 de la Constitución y que quedarían contenidas en aplicación de la previsión del artículo 11 de la LOPJ: rechazo fundado de peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho. Este planteamiento fue recogido en el Proyecto de Ley Orgánica de Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia

Penitenciaria anteriormente referido, constituyendo una especial novedad la audiencia a la víctima o al perjudicado en aquellos supuestos que puedan afectar a la seguridad personal o a la reparación del daño causado por el delito.

Finalmente y siguiendo a FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN, debemos considerar otras instancias de control existentes en el Ordenamiento⁴⁶⁷: el control interno desempeñado por la Inspección penitenciaria, la dirección política del gobierno conforme dispone el artículo 97 de la Constitución, en el funcionamiento económico de las Instituciones penitenciarias su gestión se somete a los controles legales ejercidos por la Intervención General de la Administración del Estado y del Tribunal de Cuentas y, en relación con los derechos de los internos, cuentan con dos órganos o instituciones complementarias comprometidas constitucionalmente en la vigilancia de la legalidad de la actividad penitenciaria: el Defensor del Pueblo u órgano autonómico, y el Ministerio Fiscal.

⁴⁶⁷ FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur-Menor (Navarra). 2.011. Pág. 649.

CAPÍTULO IV.- MODIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL Y DESARROLLO DE LA NORMATIVA PENITENCIARIA

1.- CONTEXTO IDEOLÓGICO DE LAS REFORMAS

En los últimos momentos del periodo político anterior, la Ley 39/1974, de 28 de noviembre, introdujo varias modificaciones en el Código penal aprobado por Decreto 3.096/1.973, de 14 de septiembre, texto refundido conforme a la Ley 44/1.971, de 15 de noviembre. Afectó a 221 artículos de los 604 de los que constaba.

Se trató de una reforma modesta y por ello, entre otros aspectos, severamente criticada por la doctrina. Como hemos señalado, contrasta esta cortedad con el movimiento renovador llevado a cabo en el Reglamento penitenciario por la reforma de 1.968 que revela el dinamismo de sus profesionales más cualificados y su voluntad en la introducción de los modernos postulados importados de las democracias próximas. Como Indicó RODRÍGUEZ DEVESA:

“Es notable que mientras el código sigue aferrado a una vieja dosimetría penal, formalista, mecanicista, con reformas epidérmicas que no encuentran la vía adecuada para hallar una efectiva resonancia práctica... la Administración penitenciaria está llena de inquietudes y animada de un espíritu progresivo que ha conducido incluso a que desaparezca la palabra “prisión” de la nomenclatura penitenciaria”⁴⁶⁸.

Existiendo unanimidad en la necesidad de adecuar la legislación penal a la nueva realidad política nacional, el 23 de octubre de 1.977, el Ministro de Justicia LAVILLA ALSINA anunció, en la clausura del Primer Coloquio Regional Español de la Association Internationale de Droit Pénal, que junto a una reforma parcial y urgente de la legislación vigente, se proyectaba

⁴⁶⁸ RODRIGUEZ DEVESA, J.M. “Consideraciones sobre la última reforma del Código Penal”. III Jornadas de Profesores de Derecho Penal. VV.AA. Universidad de Santiago de Compostela. 1975. Pág. 297.

*“una reforma total y en profundidad de todo el sistema punitivo, que había de tener en cuenta no sólo el nuevo orden político, sino también los avances que ofrecen hoy la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria”*⁴⁶⁹.

En desarrollo de este objetivo, el Ministerio de Justicia designó el 25 de abril de 1.978 una Ponencia cuatripartita especial para la redacción de un Anteproyecto de Código penal que, con gran rapidez, cumplió su labor y elevó el Borrador del Libro I a informe de la Comisión General de Codificación en fecha 3 de agosto de 1.978⁴⁷⁰.

Este afán reformador, surgido en el periodo histórico inigualable de la Transición política a la democracia, se enmarca en el ocurrido a finales de la década de los años setenta del siglo pasado en los países de nuestro contexto histórico, cultural y jurídico, donde surge un movimiento común estudiado por la doctrina de la época encaminado a la reforma de las leyes penales en orden a materializar un profundo cambio espiritual del hombre en su actitud ante al delito y los modos de reaccionar contra él. Las características comunes pueden resumirse en:

1.- Despenalización, extrayendo del ámbito del Derecho penal conductas que tradicionalmente habían tenido la consideración de ilícitos penales (delitos, faltas o contravenciones) castigadas con penas. La fundamentación se halla en el respeto del principio de intervención mínima (el Derecho penal solo debe tutelar los bienes jurídicos merecedores y susceptibles de protección) y porque la necesidad de atender a la prevención general

⁴⁶⁹ LAVILLA ALSINA, L. Discurso de Clausura del Primer Coloquio Regional Español de la Association Internacionales de Droit Pénal. *Revue Internationale de Droit Pénal*. 1.978, 1, p. LI.

⁴⁷⁰ El 17 de enero de 1.980 el Boletín Oficial de las Cortes Generales publicó el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal. Pocos días después de nombrarse la Ponencia especial para la elaboración de un Anteproyecto de Código Penal, el Ministerio de Justicia designaba, el 12 de mayo de 1.978, una segunda Ponencia especial para la Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que debía presentar, antes del 12 de junio siguiente, un esquema o líneas generales del trabajo encomendado. El texto íntegro de la Ponencia en BARBERO SANTOS-MORENILLA RODRÍGUEZ. *“La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: su reforma”*. Doctrina Penal. Buenos Aires. Argentina. 1.979. Págs. 217 y ss.

solamente permite acudir a este sector del ordenamiento jurídico cuando no existan otros medio menos gravosos.

La despenalización se vale de dos vías principales: la transformación en infracción administrativa (castigada fundamentalmente con multa) de las infracciones de menor gravedad y la destipificación de delitos de mayor gravedad en la medida en que los bienes jurídicos que no son susceptibles de evitarse mediante su penalización no deben ser penalmente protegidos para evitar un fracaso cierto y seguro del Derecho penal.

2.- Potenciación del sistema de tratamiento de libertad del condenado en régimen de prueba. Los sistemas de sursis francés, que permite suspender la ejecución de las penas impuestas mediante sentencia firme cuando concurren determinados requisitos, o el sistema anglosajón paralelo de probation, que faculta, una vez dictado el veredicto de culpabilidad, no imponer la pena al reo, han servido de modelo a las modificaciones legales incorporadas tras el periodo señalado.

3.-Extensión de la pena pecuniaria: esta sanción, principalmente a través del sistema de días multa con predominio sobre el de multa global, sustituyó a la privación de libertad en lo que se refiere a la pequeña y mediana criminalidad. A través de esta sanción se evita el internamiento desocializador y se adecua su cuantía y/o duración a la gravedad del delito, culpabilidad del sujeto y situación personal.

4.- Sustitución de la pena de privación de libertad por nuevas sanciones y otros medios. Se busca conjugar la prevención general que la pena cumple con los efectos socialmente positivos que se pueden producir con su aplicación como son el resarcimiento a la víctima y la realización de trabajos gratuitos a favor de la comunidad.

5.- Orientación de la privación de libertad hacia la resocialización respecto a la gran criminalidad; postulado admitido “*en la medida en que sea posible*”. Se entiende por gran criminalidad la de los autores de delitos de violencia, especialmente los terroristas y los delincuentes peligrosos. Frente a los primeros, el movimiento internacional de reforma mantiene la pena de privación de libertad de larga duración y los establecimientos de máxima

seguridad. Ante los criminales peligrosos, se arbitran medidas de seguridad de privación de libertad y máxima dureza como la custodia de seguridad (República Federal Alemana, Francia, Italia), mero internamiento (Bélgica, Suecia), prolongación de la privación de libertad más allá de la medida de culpabilidad (Inglaterra, USA, algunos países socialistas), internamiento en centros de adaptación social (Polonia) y penas privativas de libertad indeterminadas (Argentina, Brasil, USA, Canadá, etc)⁴⁷¹.

Como hemos señalado en el Capítulo I, la democracia española, en cuanto al sistema de penas, había heredado un viejo Código modificado en profundidad durante la dictadura que, sin embargo, no se había adaptado a las corrientes reformadoras que abogaban por la creación o potenciación de medidas alternativas al internamiento carcelario. Nuestra legislación estaba pendiente de aproximarse a las corrientes europeas que concebían la privación de libertad como último recurso mientras la realidad asumía un uso expansivo de esta sanción que dificultaba la consecución de los postulados de prevención especial o rehabilitación proclamados. Asistimos a un momento en el que la crítica a la prisión se reitera y, por otro lado, se recurre a ella para reducir la criminalidad en un contexto de elevada exigencia de seguridad.

Las penas privativas de libertad, en sus distintas escalas existentes en el momento de elaboración de la Ley penitenciaria, cubrían un espacio temporal de un mes y un día a 30 años. En casos extremos de elevación de pena en un grado, se podrían alcanzar los 40 años de privación de libertad en reclusión mayor, los 25 años de restricción de libertad en extrañamiento y los 15 años de privación de derechos en inhabilitación absoluta. Las reglas del concurso real impedían imponer más del triplo de la pena más grave, sin poder exceder en ningún caso los 30 años. Las penas accesorias duraban lo que la principal.

La suspensión de la ejecución de la pena de prisión era posible para delincuentes primarios condenados a una pena de prisión inferior a un año o

⁴⁷¹ SAINZ CANTERO, J.A. “*La sustitución de la pena de privación de libertad*”. Estudios Penales II, La Reforma Penitenciaria. Universidad de Santiago de Compostela, 1.978. Págs. 232 y ss.

a un arresto subsidiario por impago de multa con el mismo límite temporal. Se podía otorgar a condenados a penas de prisión de hasta dos años si concurría una atenuante muy cualificada. La concesión era obligatoria si concurría la mayor parte de los elementos de una eximente o era solicitada por la parte ofendida en un delito perseguible a instancia de parte. La redención de penas por el trabajo era aplicable en penas de reclusión, prisión y arresto mayor, excepto en supuestos de quebrantamiento de condena o mala conducta reiterada. El impago de la multa conllevaba una responsabilidad personal subsidiaria que no podría durar más de seis meses, siendo susceptible de suspensión en su ejecución. Esta responsabilidad subsidiaria se extinguía si iba acompañada de penas de prisión superiores a seis años.

Ante este marco punitivo, surgen proyectos legislativos ambiciosos que buscan limitar la intervención penal mediante la descriminalización, la despenalización, la descarceración (dentro del derecho penal, una clase de ofensas, con carácter general o sólo para ciertos ofensores, dejarían de ser castigadas mediante penas privativas de libertad y pasan a serlo mediante otras medidas) y la limitación de la severidad de las penas de prisión. Estamos así ante un intenso momento de producción legislativa en el ámbito penal que sorpresivamente no finalizó hasta varios lustros después de su comienzo.

2.- EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1.980

En el mes de abril de 1.978, el Ministerio de Justicia designó una ponencia para la redacción de un anteproyecto de Código penal publicado como Proyecto en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 17 de enero de 1.980. Este texto no llegó a discutirse en las Cortes por la dimisión del Presidente del Gobierno D. Adolfo Suárez González y la investidura de su sucesor D. Joaquín Calvo Sotelo.

El trabajo fue objeto de amplio debate en numerosos ámbitos científicos y cuantiosas críticas por parte de la doctrina, siendo su principal característica el intento de incorporar la legislación penal española a las corrientes mundiales predominantes en lo que se refiere al delito y al modo de

reaccionar contra él, siendo destacable su intención de compaginar los avances de la Dogmática penal, la Criminología y la Ciencia penitenciaria en un nuevo contexto político y social⁴⁷².

Como señala CÓRDOBA RODA en su valoración crítica, el Proyecto partió del principio de intervención mínima e incorporó, en la Exposición de motivos, una declaración programática extemporánea: la renuncia de cualquier vocación a convertirse en instrumento de opresión en manos del grupo político dominante para eliminar al disidente político criminalizando la opinión discrepante. En su sistema de penas, se asumía el principio político-criminal de que el mayor freno a la delincuencia no es la crueldad de sus penas sino la convicción que la sociedad adquiriera de que, cometido un delito, se cumplirá la pena prescrita por la Ley⁴⁷³.

Los países de nuestro entorno cultural y semejante nivel de desarrollo habían iniciado y culminado un conjunto de reformas tendentes a sacar del ámbito del Derecho penal conductas que habían venido siendo consideradas como infracciones castigadas con penas. Estas vulneraciones del Ordenamiento jurídico se transformaron en infracciones administrativas (sancionadas normalmente con multa) y se configuraron sistemas completos de medidas alternativas al internamiento carcelario (suspensión a prueba, realización de trabajos gratuitos en beneficio de la comunidad, resarcimiento a la víctima o pena pecuniaria), con lo que se constataba el fracaso de la pena de prisión y la convicción de que existen otros bienes jurídicos, además de la libertad, de los que puede ser privado el hombre, conforme se establecía en la Resolución 10 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa adoptada el 9 de marzo de 1.976⁴⁷⁴.

⁴⁷² VV.AA.: La Reforma Penal y Penitenciaria. Universidad de Santiago de Compostela, 1.980. Recoge las ponencias y comunicaciones que reflejan las distintas posiciones ante este proyecto y numerosos y divergentes comentarios doctrinales.

⁴⁷³ CÓRDOBA RODA, J. “*El Proyecto de Código Penal*”. VV.AA. El Proyecto de Código Penal. Ed. Bosch, S.A. Barcelona, 1.980. Págs. 235 y ss.

⁴⁷⁴ MUVOLONE, P. “*Las Medidas Alternativas a la Pena Detentiva*”. VV.AA. El Proyecto de Código Penal. Ed. Bosch, S.A. Barcelona 1.980. Págs. 265 a 276. Analiza las medidas previstas por el Anteproyecto y valora la situación en la legislación italiana del momento, abogando por una reforma penitenciaria que dote de estructuras adecuadas, servicios sociales y normas judiciales a esta Institución y se evite que –como ocurrió en Italia con la libertad en prueba y la semilibertad- unos Institutos concebidos en función de

Los Estados señalados reservaron las penas de privación de libertad hacia la llamada gran criminalidad al objeto de garantizar la prevención general y defensa de la sociedad, el mantenimiento del orden público y la conveniencia de resucitar la confianza ciudadana en la seguridad pública.

Respecto al sistema de penas, contenía una regulación previa en norma de rango legal. Con el desarrollo de esta garantía en la ejecución penal se excluye la admisión de conductas arbitrarias en este ámbito sensible de la actuación de los poderes públicos del Estado en el que se ponen en juego los derechos fundamentales de personas privadas de libertad, consiguiéndose con ello el respeto de las normas en la aplicación de esta pena⁴⁷⁵.

El Proyecto propuso una nueva normativa en materia penológica caracterizada por su simplificación y la mayor consideración de la prevención especial. Junto a la desaparición de la pena de muerte, ya abolida por la Constitución recientemente estrenada, se suprimía el tradicional grupo de penas restrictivas de libertad (extrañamiento, confinamiento y destierro), la pena de privación de la nacionalidad española, la de reprensión pública y reprevencción privada y la de caución. Por el contrario, reducía las penas agrupándolas sistemáticamente en privativas de libertad, privativas de derechos y multa⁴⁷⁶.

En cuanto al reconocimiento del principio de legalidad en la ejecución de las penas impuestas, el texto señalaba en su artículo 2:

“Tampoco podrá ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollen, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”.

una idea racional de defensa social y de prevención especial se transformen en meros instrumentos de indulgencia, contraproducentes con respecto a los objetivos de la política criminal.

⁴⁷⁵ Sobre el surgimiento y contenido del desarrollo de la garantía de sometimiento a la ley de la ejecución penal: MATA Y MARTÍN, R. “Desarrollo de la garantía de sometimiento a la ley de la ejecución penal en Argentina y España”. Revista de Derecho Penal. Instituto de Ciencias penales. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina, 2.009. Págs. 349 a 368.

⁴⁷⁶ Respecto al sistema de sanciones, MIR PUIG. S.: “El Sistema de Sanciones”. El Proyecto de Código Penal (ciclo de conferencias sobre el Proyecto de Código Penal celebradas del 27 de febrero al 24 de abril de 1.980). Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1.980. Págs. 21 a 50.

La libertad condicional podía aplicarse para condenados a más de un año de prisión que estuvieran en el último periodo de la condena y extinguido las tres cuartas partes, siempre que hubieran tenido intachable conducta y presentaran un pronóstico de hacer vida honrada en libertad. La revocación del periodo en libertad condicional conllevaba la pérdida del tiempo pasado en ella si se había dado reiteración o reincidencia en el delito. Conforme señala RENART GARCÍA, mantiene la línea tradicionalmente seguida en España en el tratamiento normativo de la institución, siendo el artículo 101 del Proyecto una copia literal del contenido en el artículo 98 del Código de 1.973 en cuanto a los requisitos para su concesión⁴⁷⁷.

Desde el punto de vista de integración del Ordenamiento jurídico, además de reforzar el principio de legalidad, se trataba de insistir en el ensamblaje entre el nuevo Código penal y la Ley y los Reglamentos penitenciarios. Con ello pretendió armonizarse la redacción del texto material penal con el borrador del Anteproyecto de la Ley Reguladora de la Ejecución penal (futura ley penitenciaria) al señalarse en su Libro VII:

“No será ejecutada pena alguna sino en virtud de sentencia firme dictada por órgano jurisdiccional” y “las penas se ejecutarán conforme a las prescripciones legales y sin otras circunstancias o accidentes que los establecidos en la Ley y en la sentencia o sus modificaciones judiciales”.

Es destacable la minuciosa regulación que se hacía de la figura del Juez de Vigilancia dedicando un Título propio a esta Institución. Igualmente se preveía la introducción del arresto de fin de semana como pena no desocializadora que incidía sobre el tiempo de ocio de los penados y no sobre los periodos de rendimiento laboral, siguiéndose así los postulados imperantes en los países nórdicos⁴⁷⁸.

En cuanto al sistema de penas, el Proyecto de 1.980 destacó por su simplificación y la mayor consideración de la prevención especial. La simplificación se manifestó en la reducción del catálogo de penas

⁴⁷⁷ RENART GARCÍA, F. *La Libertad Condicional: Nuevo régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.003. Págs. 53 a 55.

⁴⁷⁸ Ya recogido en los arts. 5 y 6 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1.970.

establecido. La ampliación del ámbito de la prevención especial se evidenciaba en la previsión de una serie de medidas destinadas a paliar los efectos negativos de la prisión cuando su duración era demasiado corta o cuando resulta excesivamente grave. Este planteamiento, en línea con las teorías internacionales dominantes, fue destacado por numerosos autores llegándose a afirmar:

*“La pena de prisión, que hasta ahora constituye la espina dorsal del sistema primitivo español, experimenta un importante retroceso, tanto por arriba como por abajo. El momento histórico de la pena de prisión ha empezado a pasar, y en este punto fundamental el Proyecto español no hace sino reflejar una tendencia internacional que parece responder al principio según el cual el futuro de la pena de prisión no está en su mejora sino su restricción”*⁴⁷⁹.

El Proyecto de Ley Orgánica se remitió a la Comisión de Justicia y se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 17 de enero de 1.980 siendo objeto de importantes análisis y críticas. Finalmente no culminó la tramitación parlamentaria dejando pendiente las reformas y soluciones planteadas y la integración de los postulados establecidos en la Constitución, la legislación penitenciaria y el nuevo Código⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ MIR PUIG, S. *“El sistema de sanciones”*. El Proyecto de Código Penal. (Ciclo de conferencias sobre el Proyecto de Código Penal de 1.980 celebradas del 27 de febrero al 24 de abril de 1.980). Boch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1.980. Págs. 21 a 36.

⁴⁸⁰ Especial interés tiene el análisis del miembro de la comisión que elaboró la Ley Penitenciaria y director del Instituto Vasco de Criminología BERISTAIN IPIÑA. Achaca que este proyecto abordaba la delincuencia de manera unidimensional, técnico-dogmática e ius-penalista; en el sentido de la Criminología y de la Política criminal de los años sesenta o setenta. Propugna la elaboración de previos planteamientos multidisciplinarios e interdisciplinarios. Destaca la ausencia de participación de los maestros de la Filosofía del momento, citando a José Luis Aranguren, G. Bueno, J.R. Capella, Julio Caro Baroja, Elías Díaz, Pedro Laín Entralgo, L. Legaz-Lacambra, Julián Marías, G. Péces-Barba, J. Ruiz-Giménez y Javier Marías. Señala que no se han tomado en consideración las nuevas formas de criminalidad, las transformaciones radicales de los valores individuales y sociales, la desigualdad económica intra y supranacional, la crisis industrial y postindustrial con los problemas del paro multitudinario, la crisis y la saturación del aparato judicial y las incidencias de las autonomías reconocidas en la Constitución de 1.978. BERISTAIN IPIÑA, A. *“El Proyecto de Código Penal de 1.980, víctima de las estructuras”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XXXIV. Fasc. III. Septiembre-diciembre 1.980. Madrid, 1.980. Págs. 585 a 593. En sentido contrario RUIZ VADILLO señaló: *“Una obra que contiene indudables aciertos, que éstos pesan mucho más que sus deficiencias o errores, y que es un trabajo adecuado para que, perfeccionado en nuestras Cortes Generales, sirva de verdadero instrumento de paz y justicia”*. RUIZ VADILLO, E. *“El*

Este elaborado Proyecto se vio paralizado en su discusión atisbándose motivaciones políticas más que técnicas para ello. Así se rompió el ritmo programado con respecto a la redacción tras la entrada en vigor de la Constitución de la Ley Penitenciaria y del Código penal. La frustración de la doctrina se puede resumir en la opinión de FERNÁNDEZ ALBOR:

*“Pero ésta es una posición que sólo perjuicios puede ocasionar, ya que uno y otro tema tienen que ser abordados de una vez y las dilaciones nada resuelven”*⁴⁸¹.

3.- EL REGLAMENTO PENITENCIARIO DE 1.981

El Real Decreto 1.201/1.981, de 8 de mayo aprobó el Reglamento previsto en la Disposición Adicional segunda de la Ley Orgánica,⁴⁸² siendo derogado por la Disposición derogatoria única, apartado 2 d) del Reglamento de 1.996⁴⁸³.

Hasta la entrada en vigor de este Reglamento y tras la promulgación de la Ley regía el anterior de 1.956 reformado, modificaciones de las que destaca la efectuada siendo Director General Jesús González del Hierro Martínez, por Decreto 162/1.968, de 25 de enero y la llevada a cabo por Real Decreto 2.273/1.977, de 29 de julio, ocupando la Dirección General José Moreno Moreno⁴⁸⁴. El nuevo Reglamento constó de 9 Títulos divididos en Capítulos

Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Algunas consideraciones sobre la Parte General”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Nº 4. Octubre 1.980. Pág. 379.

⁴⁸¹ FERNÁNDEZ ALBOR, A. *“La reforma penal y penitenciaria: proyectos y realidad”*. Cuadernos de Política Criminal n 15. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1.977. Pág. 461.

⁴⁸² Que establecía que en el plazo máximo de un año el Gobierno aprobaría su Reglamento de desarrollo, continuando entre tanto en vigor el Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1.956 y modificado por Decretos 2705/1.964, de 27 de julio; 162/1968, de 25 de enero; 1372/1.970, de 30 de abril, y Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio.

⁴⁸³ Continúan vigentes en la actualidad los artículos 108 a 111 y el párrafo primero del 124 – apartado 3-; es decir, la tipificación de las faltas y los actos de indisciplina grave cuya sanción puede ser inmediatamente ejecutada a pesar de la pendencia de un recurso jurisdiccional.

⁴⁸⁴ El Reglamento de 1.956 no quedó derogado en su integridad, pues en la Disposición transitoria segunda del Reglamento de 1.981 se estableció: *“no obstante lo dispuesto en la Disposición Derogatoria, a la entrada en vigor del presente Reglamento continuarán vigentes: a) los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobados por Decreto de 2 de febrero de 1.956, relativos a redención de penas por el trabajo, en tanto continúe la vigencia de lo dispuesto en el artículo 100 del Código Penal, texto refundido publicado por Decreto 3.096/1.973, de 14 de septiembre; b) los artículos*

y Secciones, con un total de 417 artículos, una disposición derogatoria y cinco disposiciones transitorias.

La elaboración del proyecto de Reglamento penitenciario se realizó a lo largo de 1.980 bajo el mandato en la Dirección General de Galavis Reyes, constituyéndose una comisión de funcionarios del Departamento que compatibilizaron esta actividad con su participación en la elaboración por la Comisión General de Codificación del Proyecto de Código Penal, siendo sometido a las consideraciones de los Establecimientos penitenciarios, Departamentos ministeriales, Ministerio Fiscal, Consejo General del Poder Judicial y Consejo de Estado.

Como técnica legislativa empleada, el Reglamento reprodujo literalmente en numerosas ocasiones los artículos de la Ley Orgánica al objeto de ofrecer en un solo cuerpo normativo la legislación relativa a una misma materia, lo que facilitaba el conocimiento de esta realidad jurídica. Ha señalado BUENO ARÚS que esta refundición de normas de distinto rango puede interpretarse como una rebaja en las normas legales o una elevación en las reglamentarias, actuando la Administración como si los preceptos de la Ley se hubieran deslegalizado y perdido eficacia al ser acogidos por las norma reglamentaria⁴⁸⁵.

3.1.- Aspectos más destacados

3.1.1.- Principios Generales del Título 1º

El Título primero (“*De las Disposiciones Generales*”) señalaba que “*la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad y dignidad humana de los reclusos*” (Art. 3.1.) y hacía referencia expresa a que “*ningún interno será sometido a torturas, a malos*

150,152, 153, 155 a 180 y 183 del citado Reglamento del 2 de febrero de 1.956, así como los Decretos 2.705/1.964 de 27 de julio y 1.864/1.975, de 17 de julio, que modificó el artículo 15 del anterior, en tanto no se promulgue una nueva normativa del Organismo Autónomo “Trabajos Penitenciarios”; c) los artículos 207 a 214, asimismo del Reglamento de 2 de febrero de 1.956, relativos al Patronato Central de Nuestra Señora de la Merced, así como las disposiciones reguladoras de éste, que subsistirán hasta que se promulgue la normativa que regule la Comisión de Asistencia Social, creada por el artículo 74 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el personal de la misma.”

⁴⁸⁵ BUENO ARÚS, F. “*Novedades en el Concepto de Tratamiento Penitenciario*”. Revista de Estudios Penitenciarios N° 252. Ministerio de Justicia. Madrid, 2006, Pág. 23.

tratos de palabra y obra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas” (Art. 5.1.). El texto garantizaba los derechos individuales, siempre que fueran compatibles con la detención y el cumplimiento de la condena, así como la defensa de los mismos y sus intereses. Se vuelven a reiterar los principios de legalidad, reinserción social, igualdad, intervención mínima y presunción de inocencia, así como la referencia a los derechos y deberes de los internos que formula la Ley Orgánica.

3.1.2.- El régimen penitenciario

El Título segundo reguló el régimen penitenciario. Dentro del régimen se estableció que los internos ocuparan habitaciones o celdas individuales, con la salvedad del posible empleo de estancias o dormitorios colectivos en supuestos de insuficiencia temporal. En los establecimientos de preventivos, se tendría en cuenta para la clasificación el sexo, la personalidad, edad, antecedentes y estado físico y mental. En los de cumplimiento se dispuso la separación entre jóvenes menores de veintiún años y los adultos; se establecieron las condiciones exigidas para el destino a establecimientos de régimen ordinario, abierto, cerrado y para jóvenes. Se configuró también un régimen de establecimientos especiales integrados por Centros Hospitalarios, Psiquiátricos y de Rehabilitación social.

Los de régimen abierto se destinaban a albergar a internos penados clasificados en tercer grado por estimarse que, bien inicialmente o por su evolución favorable en segundo grado, pueden recibir tratamiento en régimen de semi-libertad. Este régimen abierto se articula en tres fases: a) de iniciación, en donde se informa al interno del programa del centro y forma de vida, con salidas controladas al exterior; b) de aceptación, en que se autoriza a salir a trabajar y c) de confianza, sin control en las salidas al exterior bajo la responsabilidad propia del penado.

La libertad condicional se regulaba de forma paralela a las disposiciones del Código Penal de 1.973, manteniendo la exención del requisito de cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena para los septuagenarios y la hace extensiva a los enfermos muy graves con

padecimientos incurables (Art. 60, párrafo segundo)⁴⁸⁶. Esta disposición aplicada en un contexto sociológico caracterizado por la pandemia de SIDA, con alta incidencia en los reclusos, suscitó infinidad de consideraciones jurídicas en la doctrina del momento.

La introducción de esta posibilidad de excarcelación condicional adelantada en aplicación de una norma reglamentaria y sin cobertura en una ley formal determinó la proliferación de numerosas críticas⁴⁸⁷. Podemos afirmar que se abordó de manera incipiente las nefastas consecuencias del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y su elevada incidencia entre la población penitenciaria; enfermedad que presentaba una alta mortalidad y morbilidad sin que existiera al inicio la información precisa para su prevención ni respuestas médicas o farmacológicas adecuadas para combatirla.

Esta norma llevó a la práctica las previsiones establecidas por la Organización Mundial de la Salud y por el Consejo de Europa, abogando por la excarcelación del recluso enfermo de SIDA cuando se encuentre en fases avanzadas de su enfermedad atendiendo a razones humanitarias⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ El párrafo 2º del Art. 60 establecía “*igual sistema* (respecto de los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplieran durante la extinción de la condena y reunieran los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, podrían ser propuestos para la concesión de la libertad condicional) *se seguirá cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables.*”

Se mantuvieron los requisitos del artículo 98 excepto el temporal; es decir 1.- que se tratara de sentenciados. 2.- Que la condena fuera por tiempo superior a dos años. 3.- Que se encontraran en el último periodo de la condena y se hallaren clasificados en tercer grado de tratamiento. 4.- Que merecieran dicho beneficio por su intachable conducta. 5.- Que ofrecieran garantías de hacer vida honrada en libertad. Además, debía acreditarse la enfermedad muy grave e incurable en informe médico. La tramitación del expediente debía realizarse con el tiempo suficiente para que no sufriera retrasos e incluso debería justificarse ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria el retraso en el envío del expediente (Art. 63.2 R.P.)

⁴⁸⁷ Véase la ponencia de BUENO ARÚS, F. “*La Ley Orgánica General Penitenciaria y su Desarrollo Reglamentario: Necesidad de una Adecuación a Nuestros Días. Dificultades de Aplicación*” V Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. 1.990. Pág. 89. Califica el precepto como claramente ilegal “*conservado por no parecer menos humanitarios que la II República y el régimen franquista*”. También LEGANÉS GÓMEZ, S.: *La Prisión Abierta: Nuevo Régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.013. Págs. 265 a 332.

⁴⁸⁸ Declaración de la Reunión consultiva sobre Prevención y Lucha contra el Sida en las Cárceles (O.M.S.): “*a los presos con sida se les debe ofrecer la liberación anticipada, por razones humanitarias, a fin de que puedan morir con dignidad y en libertad*”. Por su parte, el Consejo de Europa, en la Recomendación 1.080 (1.988), de la Asamblea Parlamentaria:

Todas las dudas suscitadas en este ámbito quedaron zanjadas más de diez años después por la Sentencia del Tribunal Constitucional 325/1.994, de 12 de diciembre, que resolvió la eventual ilegalidad cometida por un Juez de Vigilancia Penitenciaria al excarcelar a un enfermo en aplicación de la disposición con este rango normativo. El Tribunal señala:

“Una de las razones en que se intenta basar el error judicial que se dice cometido por el Juez de Vigilancia Penitenciaria es el mero hecho de haber aplicado la norma reglamentaria pertinente al caso, que se tacha de ilegalidad. El enjuiciamiento directo e indirecto de las disposiciones generales con rango inferior a la Ley se atribuye exclusivamente por la Orgánica del Poder Judicial, con base en la Constitución [artículo 106 y 153 c)], a lo contencioso-administrativo, que en ningún momento se ha pronunciado hasta ahora sobre tal cuestión, lo que desde tal perspectiva hace presumir en principio la legalidad del Reglamento entero. Ahora bien, es cierto también que la circunstancia de no haber sido impugnado directamente en esa vía, no impide a todos los Jueces y Tribunales dejar de aplicar los reglamentos o disposiciones contrarias a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa, como dice la actual Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 6), de cuya norma fue precursora el artículo 7 de la que con carácter provisional se promulgó en 1870 y rigió durante ciento quince años. Es evidente que el Juez, primero y luego el Tribunal Supremo no han tenido la menor duda sobre la legalidad del artículo 60 del Reglamento Penitenciario.

... No nos toca terciar en la relación que, en el plano de la legalidad, puedan mantener el Código Penal (artículo 98) y el Reglamento Penitenciario (artículo 60) a la hora de conceder la libertad condicional en virtud de cuatro circunstancias, a una de las cuales se da prevalencia absoluta respecto de las restantes, por tratarse de un enfermo muy grave con un padecimiento incurable, en la expresión genérica de la norma aplicada, que en el caso concreto era la situación terminal del interno por

“Recomienda al Comité de Ministros a invitar a los gobiernos de los Estados miembros... a transferir a todos los detenidos que han desarrollado el sida a hospitales especializados, y a permitir la liberación definitiva de los presos mortalmente enfermos, por razones humanitarias”.

causa del Sida. Tal conclusión no le parece al Tribunal Supremo absurda, ilógica o carente manifiestamente de la fundamentación adecuada, tachas que en virtud de su doctrina legal configuran el concepto de error judicial. La Sala Segunda da por buena esa interpretación del Juez, sin asumirla, por ser una entre otras posibles, precedida por otra parte de la propuesta al respecto de la Administración Penitenciaria, el diagnóstico médico al respecto y el dictamen favorable del Fiscal. Por otra parte, la Sentencia de la Sala Segunda no hace sino aplicar a este caso la doctrina jurisprudencial, ya abundante, que configura el concepto de error judicial en función de su naturaleza intrínseca y delimita sus efectos, sin separarse un punto de los criterios utilizados en otros casos”.

LEGANÉS GÓMEZ considera que, en todo caso, una vez resuelta la polémica doctrinal al dotarse de rango legal a la medida, “*la legalidad del citado art. 60 RP no contravenía el contenido sistemático del ordenamiento jurídico español, tanto en virtud del principio de igualdad y humanidad de las penas, como también en razón del art. 1 LOGP en conexión con el art. 25.2 C.E.*”⁴⁸⁹

3.1.3.- Comunicaciones y visitas

El sistema de comunicaciones y visitas amplió los contactos con el exterior. Las comunicaciones previstas son dos por semana, más las extraordinarias que se autoricen. Se establecieron visitas especiales para los internos que no pudieran obtener permisos de salida. No establecía restricciones en las comunicaciones escritas y sólo en casos especiales se permitía la intervención de la correspondencia, que se notificaría a los internos, si son detenidos o presos, y a la autoridad judicial de quien dependan y a los jueces de vigilancia cuando fueran penados. También se permitieron las comunicaciones telefónicas cuando los familiares residieran en localidades alejadas y no se pudieran desplazar, o cuando tuvieran que comunicar algo urgente a los familiares, abogados y terceras personas.

⁴⁸⁹ LEGANÉS GÓMEZ, S.: *La Prisión Abierta: Nuevo Régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.013. Pág. 270.

3.1.4.- Beneficios penitenciarios. Recompensas y sanciones

La Ley penitenciaria había establecido un sistema de recompensas que respondían a unos criterios de política criminal diferentes de los que motivaron en su momento el nacimiento de la redención de penas con un fundamento jurídico diverso. Trataba de que no se concedieran de forma automática como de hecho venía sucediendo con la redención⁴⁹⁰.

Este planteamiento general se desarrolló en el Reglamento, artículos 105 y 106, que ofrecía un catálogo de recompensas, y en los artículos 256 y 257 que contemplaron los denominados “*beneficios penitenciarios*”.

Las recompensas tuvieron como presupuesto la realización de actos que pusieran de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de la responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas en el establecimiento (requisitos que se mantienen con algún matiz en el artículo 263 del Reglamento vigente); pudiendo consistir en comunicaciones de carácter extraordinario, propuesta al Juez de Vigilancia a efectos de valoración en la concesión de beneficios penitenciarios, premios en metálico, donación de libros y otros instrumentos de participación en actividades culturales y recreativas, notas meritorias anotadas en su expediente personal y cualquier otra de carácter análogo.

Por el contrario y como hemos indicado, el artículo 256⁴⁹¹ regulaba los beneficios penitenciarios concedidos por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de acuerdo con las facultades previstas en el artículo 76. 2. c) de la Ley, previo estudio y acuerdo de los Equipos de Tratamiento a través de las Juntas de Régimen y Administración, consistiendo en una reducción de la condena de hasta cuatro meses de adelantamiento de la libertad condicional por cada año de cumplimiento efectivo. El cómputo del tiempo adelantado se podrá realizar cada tres meses de prisión efectiva, correspondiéndole

⁴⁹⁰ El ART. 46 L.O. establece: “*Los actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado.*”

⁴⁹¹ Derogado expresamente por la Disposición Derogatoria Única, punto 1, apartado f) de la L.O. 10/1.995, de 23 de noviembre, por el que se aprueba el Código Penal.

proporcionalmente un mes de reducción. El adelantamiento carecería de cualquier repercusión sobre la libertad definitiva.

Este beneficio requería la modificación de lo dispuesto en los artículos 98 y 99 C.P., lo que se esperaba conseguir en la discusión parlamentaria del nuevo Código, aspecto que no se llegó a cumplir, manteniéndose la aplicación de los beneficios de redención de penas por el trabajo “ordinaria” y “extraordinaria”.

Los beneficios penitenciarios extraordinarios del artículo 257 se podrían conceder a los penados en quienes concudiesen los mismos requisitos que los ordinarios (buena conducta, desempeño de una actividad laboral normal en el establecimiento o en el exterior siempre que fuera considerada útil para su preparación para la vida en libertad y participación en las actividades de reeducación y reinserción social organizadas en el establecimiento) de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pudiera calificar de extraordinario.

En estos casos, el Juez de Vigilancia tramitaría una solicitud de indulto particular, previo estudio y acuerdo del Equipo de Tratamiento, a través de la Junta de Régimen y Administración del centro, que será de una cuantía de hasta dos meses por cada año de prisión efectiva. Este segundo beneficio debía tramitarse con arreglo a la vieja ley reguladora de la gracia de indulto, Ley Provisional de 18 de junio de 1.870, vigente en la actualidad.

En la medida en que el nuevo Código no se promulgó en los plazos previstos, la libertad condicional no fue modificada y subsistió la redención de penas por el trabajo hasta 1.996. De manera excepcional, hubo Jueces de Vigilancia Penitenciaria que no tuvieron inconveniente en conceder la libertad condicional anticipada junto a la redención de penas por el trabajo, e incluso en conceder indultos por su propia autoridad.

En consecuencia, los beneficios penitenciarios que previó el Reglamento penitenciario de 1.981 y la redención de penas por el trabajo que contemplaba el Artículo 100 del Código Penal de 1.973 tenían un sustrato común consistente en la realización de actividades laborales y sus efectos en

cuanto a la reducción de la condena eran coincidentes, tanto en la versión ordinaria como extraordinaria.

Respecto a su concesión, los beneficios del Reglamento y la redención del Código se encontraban sometidos a la resolución que adoptara el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Como diferencia esencial se puede señalar que los beneficios requerían que el penado participara en su propio tratamiento (*“participar en las actividades de reeducación y reinserción social organizadas en el establecimiento”*) lo que resulta contrario a la voluntariedad que caracteriza al tratamiento penitenciario en la legislación y los postulados de las teorías más psicologicistas de la doctrina del momento.

En cuanto a las sanciones disciplinarias, las faltas graves y muy graves pueden aparejar el aislamiento en celda hasta catorce días o hasta siete fines de semana, previéndose igualmente como sanción la privación de permisos de salida por tiempo no superior a dos meses y la limitación en las comunicaciones orales durante un mes como máximo.

El Reglamento no aprovechó una buena oportunidad para incorporar a este ámbito los criterios dominantes. En materia de policía interior se siguió la inercia establecida en la normativa previa donde lo sancionador anulaba cualquier consideración educativa del orden interno y de la disciplina. Tampoco acertó a anticipar los principios y las garantías demandadas por un sector doctrinal y descubiertos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante ese periodo, que en sentencia de 12 de febrero de 1.986 señaló:

“Cuando de ejercitar la potestad sancionadora se trata, el más exquisito cuidado de la forma se impone. Porque es la potestad sancionadora de la Administración potestad sumamente grave y temible cuyo ejercicio, como el de la potestad punitiva general del Estado, debe verse rodeada de las máximas cautelas. La Constitución de 1.978 ha situado en un mismo plano – con ligeras diferencias de matiz- la potestad sancionadora penal y la administrativa”.

Igualmente en las sentencias de 16 de diciembre de 1.986 y en la de 20 de enero de 1.987 se estableció:

“La potestad sancionadora de la Administración, como instrumento de la función de “policía” en el sentido clásico de la expresión, ofrece una talante intrínsecamente penal. Esta Sala así lo viene proclamando desde hace, al menos, quince años, y ha obtenido en cada caso las consecuencias de tal premisa en orden a las diversas manifestaciones sustantivas o formales, desde la tipificación a la irretroactividad, desde el principio de la legalidad a la prescripción, desde la audiencia del inculpado a la prescripción de la reformatio in Peius”.

Mención especial merece la ausencia de referencias al principio de interdicción del bis in ídem en su doble faceta, norma que inspira el ius puniendi del Estado en la actualidad y que tiene amplia repercusión en la medida en que numerosas sanciones reguladas en el Reglamento se hallaban y se encuentran tipificadas en la legislación Penal. Conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1.983, esta regla posee una doble vertiente, material y procesal:

“El principio non bis in ídem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimiento, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”.

El Tribunal Constitucional ha admitido algunos supuestos de concurrencia entre la jurisdicción penal y el derecho administrativo sancionador, como cuando declara *que puede acumularse una pena y una sanción administrativa por un mismo hecho, si el sujeto se encuentra en relación de sujeción especial con la Administración.* (SSTC de 13 de junio de 1990 y de 10 de diciembre de 1991), si bien para admitir la duplicidad de sanciones

penales y disciplinarias “no basta con la relación de sujeción especial sino que además, las sanciones deben tener distintos fundamentos”.

La prohibición de doble sanción se refiere, como señala MATA Y MARTÍN⁴⁹², no sólo a dos procesos en el mismo orden penal o administrativo, sino a la posible concurrencia del proceso penal y procedimiento administrativo, principio recogidos actualmente en el artículo 133 de la LRJAP y PAC⁴⁹³.

Para concluir con este análisis de la evolución histórica del Derecho administrativo sancionador (y que tiene su incidencia en el ámbito penitenciario), podemos señalar, siguiendo a NIETO GARCÍA, que en la jurisprudencia Tribunal Supremo

“...la historia de la reserva legal y del Derecho Administrativo Sancionador se ha desarrollado en tres fases. En la primera, que llega hasta 1.957, la jurisprudencia había admitido una configuración explícita de la potestad sancionadora de la Administración Pública, como inherente a la función de policía, así como la posibilidad de una habilitación explícita pero difusa. La segunda fase se abre con la citada ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que da pie a una interpretación extensiva de la reserva legal para cubrir la potestad sancionadora. Y la tercera fase, en fin, se inicia con el artículo 25.1 de la Constitución, aunque no sea más que un heredero o continuador de la situación anterior.

Lo que ha sucedido luego, sin embargo y un tanto sorprendentemente, es que el Tribunal Constitucional está ignorando hoy las realizaciones del Tribunal Supremo en este punto, de tal manera que en la actualidad parte del supuesto de que con anterioridad a la Constitución no existía el principio de reserva legal en materia sancionadora. Olvido tanto más

⁴⁹² MATA Y MARTÍN, R. “El principio no bis in ídem en la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados”. Revista Poder Judicial 41-42. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.996. Págs. 185 a 215.

⁴⁹³ Art. 133 LRJAP y PAC.: “No podrá sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”. En coordinación con este precepto: Art. 5 del Reglamento de Procedimiento Sancionador, aprobado por R.D. 1.398/1.993, de 4 de agosto.

*sorprendente cuanto que la doctrina lo ha estado recordando hasta las mismas vísperas de la Constitución...*⁴⁹⁴.

3.1.5.- Prestaciones de la Administración

El Título tercero regula las prestaciones de la Administración, abarcando la asistencia sanitaria e higiénica, instrucción y educación, asistencia religiosa, trabajo penitenciario, alimentación y vestuario.

En cada establecimiento penitenciario prestaría sus servicios al menos un facultativo de medicina general con conocimientos psiquiátricos, añadiéndose especialistas en los de carácter hospitalario o asistencial. El Reglamento permitió a los internos solicitar a su costa la asistencia de médicos ajenos a la Institución.

Los médicos deben examinar a los internos a su ingreso y se prevé la realización una consulta diaria a la que puedan asistir los que se considerasen enfermos. En cada establecimiento existirá una enfermería con las debidas condiciones de ventilación, calefacción, higiene y salubridad.

A los funcionarios les corresponde velar por el cumplimiento por parte de los internos de las normas de higiene. Las dependencias deben reunir los requisitos necesarios de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción. Además el Reglamento previó la organización de los ejercicios físicos necesarios para el mantenimiento de la salud. En todo caso, los internos tendrán una hora diaria de paseo al aire libre.

En materia de enseñanza se considera obligatorio el conocimiento de los primeros ciclos de Enseñanza General Básica, exigiéndose su realización a quienes no poseyeran la titulación. La enseñanza tiene carácter preferente sobre las demás actividades del establecimiento dándose facilidades para que los internos realicen cursos especiales o estudios superiores a través de correspondencia, radio o televisión. Se mantiene la obligación de que en todos los establecimientos penitenciarios haya una biblioteca a cargo del Profesor de E.G.B. Esta prestación recoge todas las disposiciones avanzadas

⁴⁹⁴ NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo sancionador*. 2ª edición. Ed. Tecnos. Madrid, 1.993. Pág. 210.

con anterioridad por las Órdenes circulares de la Dirección General y que formaban parte de las demandas formuladas por los internos y asociaciones de apoyo a reclusos.

El Reglamento, al igual que la Ley, reconocía la garantía de la libertad religiosa debiendo la Administración propiciar los medios para que pudiera ejercitarse.

En materia de trabajo penitenciario la regulación reglamentaria era exhaustiva al igual que lo es la Ley. El trabajo tiene la consideración de derecho y deber, sin carácter aflictivo y sin la posibilidad de ser aplicado como medida correctora. No atentará a la dignidad del interno, se organizará y planificará teniendo en cuenta las aptitudes y calificación profesional, será facilitado por la Administración, gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social y no estará supeditado al logro de intereses económicos por parte de la Administración.

Se establecen las modalidades del trabajo, la relación laboral penitenciaria, aspectos organizativos, clasificación laboral, preferencias para ocupar un puesto de trabajo, participación de los internos en la organización y planificación, seguridad e higiene, jornada laboral y descanso, disciplina, remuneraciones, disposición del salario y participación en beneficios y el procedimiento laboral penitenciario.

La alimentación debe ser convenientemente preparada, la cantidad y la calidad responderá a las normas dietéticas y de higiene, teniendo en cuenta el estado de salud, la naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, las convicciones filosóficas y religiosas. Corresponde a los médicos el control de las calorías, proteínas, grasas e hidratos de carbono para cada uno de los racionados. En todos los establecimientos habrá un economato que facilitará a los internos la adquisición por cuenta propia de los alimentos y productos de consumo dentro de los límites fijados.

3.1.6.- El tratamiento penitenciario

El Título cuarto regulaba del tratamiento penitenciario. Fue elaborado, en buena medida, por las mismas personas que redactaron este contenido en la Ley Orgánica y añadieron algunos aspectos no establecidos en esta, como:

- 1.- Ampliación de las normas relativas al consentimiento voluntario del interno al tratamiento (Art.239): Deberá ser informado de la exploración y de que el rechazo voluntario del tratamiento no ha de tener consecuencias disciplinarias, regimentales y de regresión de grado de tratamiento.
- 2.- Ampliación de las normas relativas a la individualización del tratamiento, explicitando las cuestiones que habrán de tenerse en cuenta para la clasificación del interno: incluye elementos objetivos, como la duración de la pena, el medio al que retornará el condenado y las facilidades y dificultades en cada caso para el buen éxito del tratamiento.
- 3.- Descripción detallada del modelo de propuesta de clasificación que incluye los antecedentes penales.
- 4.- Flexibilidad del plazo del que disponían los equipos técnicos para elevar las propuestas de clasificación.
- 5.- Establecimiento del procedimiento de clasificación en los centros especiales con audiencia preceptiva a los especialistas de los Servicios médicos de los hospitales y psiquiátricos.
- 6.- Interdicción de la posible propuesta de clasificación en tercer grado de internos con causa en preventiva y efectos de los supuestos en los que se aprovechase un permiso para fugarse o cometer un nuevo delito durante su disfrute (en cuyo caso no podrían volver a disfrutar de permiso, salvo los extraordinarios, durante un periodo de dos años o de tres si el nuevo delito estuviera castigado con pena grave o repitiera la evasión aprovechando del nuevo permiso).

3.1.7.-Organización y funcionamiento de los establecimientos

El Título VIII abordó la organización y funcionamiento interno de los establecimientos configurando los órganos colegiados y unipersonales. En este aspecto debemos hacer referencia a la honda tradición correccionalista de nuestro Ordenamiento que ha convocado a todos los trabajadores

penitenciarios a esta labor humanista de reforma. Así lo constata GARCÍA VALDÉS cuando afirma, refiriéndose al Real Decreto de 3 de junio de 1.901

“Esta norma, de principios del siglo XX, primera cumbre cadalsiana que honra su fama, y en particular, este párrafo del preámbulo, reúne dos aspectos claves en ese cambio de siglo: en primer lugar, deja claramente establecido que la función de corrección incumbe a todos los funcionarios, con independencia de su cometido específico; y, en segundo término, introduce la nueva idea de tratamiento, que empieza a tomar un protagonismo que, más adelante, hará desaparecer a la de corrección, hasta ese momento imperante”⁴⁹⁵.

En el Reglamento de 1.981, el Director del Centro continúa situado en el centro de la toma de decisiones trascendentales en estas Unidades administrativas⁴⁹⁶, manteniendo a las Juntas de Régimen y Administración como órgano colegiado instrumental y de apoyo en este cometido.

En el articulado se detalla la composición y funciones de los órganos colegiados (juntas de régimen y administración y equipos de observación y de tratamiento), unipersonales (directores, subdirectores, administradores), técnicos (juristas-criminólogos, psicólogos, pedagogos, psiquiatras, sociólogos, endocrinólogos, jefes de servicio, médicos, ayudantes técnicos sanitarios, capellanes, profesores de EGB, educadores, asistentes sociales), responsables con funciones de vigilancia (jefes de servicio, jefes de centro), diferentes unidades de servicio (en las oficinas de Dirección, Régimen y

⁴⁹⁵ GARCÍA VALDÉS, C. *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.006. Pág. 66.

⁴⁹⁶ Respecto a las funciones del Director sorprende la previsión del Reglamento vigente, cuyo Art. 266.1 señala: *“La eficacia de los acuerdos de los órganos colegiados del Establecimiento, con la excepción de los adoptados por la Comisión Disciplinaria, quedará demorada hasta que se produzca la aprobación por el Director del Centro. En el caso de que su valoración fuera negativa por estimar que los acuerdos adoptados perjudican gravemente el régimen del Centro o conculcan la legislación, el Reglamento Penitenciario o las circulares, instrucciones u órdenes de servicio dictadas por los órganos directivos de la Administración penitenciaria correspondiente, continuarán sin producir efectos hasta la aprobación superior, en su caso, del Centro Directivo”*. Se configura una situación constante de eficacia demorada de los acuerdos adoptados por los órganos colegiados (excepto la Junta Administradora) condicionado a la obtención del plácet del Director que carece de parangón en el resto de sectores administrativos. Esta disposición se introduce ex novo en 1.996, careciendo de antecedentes en el Reglamento previo.

Administración, de accesos, de rastrillo, de patios, en galerías, en enfermería, en cocina, en comunicaciones y visitas, en ingresos y salidas, en recepción y salida de paquetes y encargos, en obras y reparaciones, en economato, en el departamento de información al exterior) y del personal laboral y funcionarios relacionados con trabajos penitenciarios y los sectores laborales.

El Título IX, bajo la denominación de los servicios de oficinas y procedimientos económicos, administrativos y contables, detalla la organización y funciones de los servicios gestores de alimentación, economato, vestuario, equipo y utensilios de los internos, intervención del dinero, valores y alhajas y la constitución del peculio y el fondo de ahorro de los internos.

3.2.- Análisis crítico

La elaboración del Reglamento recibió la severa acusación de recortar o anular las posibilidades que la Ley Orgánica ofrecía en los derechos y libertades de los internos, particularmente al regular el régimen cerrado y el abierto, así como en el régimen disciplinario. Otro sector indicó que fue la prudencia la que motivó la regulación de dos subespecies dentro del régimen cerrado (común para los peligrosos y especial para los autores de graves alteraciones de la convivencia como motines o violencias) y las tres fases dentro del régimen abierto, a través de los cuales se aumentaba progresivamente el ámbito de libertad del interno. Como señaló BUENO ARÚS,

“La intención de los redactores no fue restringir los derechos de los afectados sino, antes al contrario, no impedir la clasificación en tercer grado de quienes tuvieran dificultades iniciales para desenvolverse en el exterior, o acotar dentro del régimen cerrado una modalidad menos gravosa para aquellos que, aún clasificados en primera grado, no hubieran realizado actos de violencia”⁴⁹⁷.

⁴⁹⁷BUENO ARÚS, F. *“La Ley Orgánica General Penitenciaria y su Desarrollo reglamentario: Necesidad de una Adecuación a Nuestros Días. Dificultades de*

Bajo este argumento de que la norma no restringía sino que ampliaba los derechos, consideró que la libertad condicional especial de septuagenarios y enfermos y la inclusión de los beneficios penitenciarios respondían a razones humanitarias y de desarrollo de las posibilidades legales previstas en la Ley Orgánica,

*“Al igual que amplían, no restringen, las formulaciones relativas al principio de pertenencia a la sociedad, la asimilación de las actividades a las de la vida libre, las garantías del procedimiento disciplinario, la concepción de la relación con el recluso trabajador como laboral y no administrativa, la voluntariedad del tratamiento penitenciario y de la asistencia social, la ampliación de los permisos de salida en el régimen abierto”*⁴⁹⁸.

El Reglamento mantuvo los postulados de la Ley Orgánica y soslayó la posibilidad de trasladar los planteamientos reeducadores a todos los ámbitos de la realidad carcelaria. La intensa preocupación por garantizar el status jurídico del interno privó de la oportunidad de dotar de mayor virtualidad tratamental a todas situaciones que se producen intramuros de las prisiones. Sirva como ejemplo la dimensión terapéutica y educativa que puede alcanzar la disciplina necesaria en las colectividades sociales para ordenar la convivencia, evitando con ello la despersonalización que se produce con el internamiento.

El acatamiento razonado e incentivado de las normas establecidas y su asunción e interiorización como exigencia autoimpuesta (a la que muchos internos nunca han sido convocados en su trayectoria vital) es también tratamiento. La gran preocupación por respetar los derechos derivados del ius puniendi del Estado y la rigidez en el establecimiento de un sistema de garantías autónomo y diferencia de la intervención dificultó que se

Aplicación”. VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. 1.990. Pág. 93.

⁴⁹⁸ BUENO ARÚS, F. *“La Ley Orgánica General Penitenciaria y su Desarrollo reglamentario: Necesidad de una Adecuación a Nuestros Días. Dificultades de Aplicación*”. VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. 1.990. Pág. 93.

establecieran ámbitos de asunción de responsabilidades con el potencial enriquecedor de la personalidad que puede conllevar.

4.-PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1.983. REFORMA URGENTE Y PARCIAL DEL MISMO AÑO.

El 26 de febrero de 1.982 apareció en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código Penal. En su Exposición de motivos se destacaba como finalidad:

“Hacer realidad los propósitos constitucionales referidos a la finalidad de las penas y medidas que deberán orientarse hacia la reeducación y la reinserción social, que conlleva la creación de la institución de la suspensión de la condena sin inscripción de antecedentes penales junto al establecimiento de un sistema de rehabilitación y a la creación de un sistema de aplicación de la pena más flexible”.

El Proyecto nunca se convirtió en Ley por disolución de las Cortes en el mes de junio. Un año más tarde, en 1.983, al amparo de los resultados electorales de octubre de 1.982, el Ministro de Justicia LEDESMA BARTRET presentó una Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal con la pretensión de que fuese sometida a estudio y crítica de los distintos sectores de profesionales antes de ser elaborado como Proyecto de Ley. Como se recogió en su momento, se intentó poner punto y final a la cada vez más insoportable dinámica del remiendo y modificación parcial a que estaba sometida la legislación penal; asignatura pendiente desde el principio de la Transición política que

“transformaron la legislación penal española en un conjunto de retazos mal cosidos cuya línea axiológica ofrecía unas quebraduras insostenibles”⁴⁹⁹.

Ante el resultado infructuoso en el intento de elaborar un nuevo Código, la reforma penal más importante de la incipiente democracia se efectuó por

⁴⁹⁹ DE TOLEDO Y UBIETO, E.O. “Prólogo” del número monográfico de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Monográfico. Nº 6. Universidad Complutense. Madrid, 1.983. Pág. 15.

Ley Orgánica 8/1.983, de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal⁵⁰⁰. Como señalaron QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE,

“El cuadro general de la legislación penal española requería una profunda reforma debido a razones de coherencia política, razones de agotamiento técnico del Código anterior y a la necesidad de disponer de leyes penales que permitan desarrollar la política criminal que la sensibilidad democrática y social del momento exigía para incorporar la justicia penal española al último cuarto del siglo XX”⁵⁰¹.

La reforma penal se consideraba inaplazable al objeto de plasmar la incidencia del Estado social y democrático de derecho, siendo la actualización realizada preludeo del anhelado nuevo Código, aportándose así el tiempo y sosiego necesario para la profunda reforma requerida.

Con esta modificación legislativa se eliminaron las referencias a la pena de muerte en los preceptos de la parte general y en las figuras delictivas que la tenían prevista en la parte especial. En relación con las penas privativas de libertad, se suprimió la pena de presidio (que no presentaba diferencias de contenido con las de prisión) unificándose las dos primeras escalas. También se ampliaron las posibles aplicaciones de la suspensión de la ejecución, incorporando a los delincuentes no primarios con antecedentes cancelados o en condiciones de serlo, no computándose la primera condena imprudente ni excluyéndose a los rebeldes (siendo el fundamento de esta supresión el hecho de que, en muchas ocasiones, la incomparecencia del encausado era consecuencia no de su voluntad sino de errores burocráticos o problemas de tramitación).

Entre los condenados a penas de prisión de hasta dos años susceptibles de acogerse a la suspensión se incluyó también a los que se les aplicara una eximente incompleta o la atenuante de minoría de edad, dotando a los

⁵⁰⁰ Entró en vigor el día 17 de julio, tras un breve periodo de vacatio legis cuya cortedad fue criticada por un sector doctrinal mayoritario.

⁵⁰¹ QUINTERO OLIVARES, G, Y MUÑOZ CONDE, F. *La Reforma Penal de 1.983*. Ediciones Destino. Barcelona, 1.983. Págs. 13 y ss.

Tribunales de un instrumento que permitiera obviar la reclusión de un joven en un centro penitenciario y sus desfavorables consecuencias.

Se extendió la redención de penas por el trabajo a penas de prisión superiores a un mes así como, a efectos de liquidación de condena, al periodo pasado en prisión preventiva. Se soslayaron las críticas sistemáticas que esta institución venía recibiendo y se ampliaron los supuestos en que podía ser aplicada por entenderse que una reforma urgente y parcial no posibilitaba una revisión en profundidad del sistema de penas, presupuesto para su supresión, optándose por su mantenimiento a la espera de un nuevo Código. El enunciado fue objeto de análisis por otro sector doctrinal que lo acogieron con sorpresa derivada de la consideración de la reforma urgente y parcial como un anticipo de la promulgación de un nuevo Código Penal donde no debería tener cabida esta institución valorada como una reliquia del pasado⁵⁰², concibiéndose como su relanzamiento y expansión inadmisibles y no su desaparición definitiva. El legislador, en la Exposición de motivos, adujo razones de oportunidad:

“Muchas son las críticas formuladas a la institución de la redención de penas por trabajo, conocido es el origen de la misma y su supuesta orientación. El penitenciarismo moderno contempla el trabajo de los reclusos en el marco del tratamiento recuperador. Pero si bien un nuevo código podrá abordar la transformación de esta institución, en el momento actual ello no parece posible porque sin previa modificación total de nuestro sistema de penas es difícil plantear la supresión de algo que, en función del sistema anterior, se plantea como beneficioso para el reo, lo cual, así enfocado, resulta evidente”.

Cuestión importante es que la redención de penas por el trabajo ampliada en la reforma urgente y regulada en los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones (conforme la Disposición Transitoria segunda del

⁵⁰² P.e.: MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La Redención de Penas por el Trabajo en la actualidad”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia Nº 1.275, 15 de mayo de 1.982. Pág. 3.

Reglamento aprobado por Real Decreto 1.201/1.981 de 8 de mayo)⁵⁰³, se superpuso con los beneficios penitenciarios creados por esa norma⁵⁰⁴, lo que tuvo como consecuencia la paralización de la aplicación de los beneficios previstos en el Reglamento hasta la definitiva supresión de la redención de penas en 1.996, confirmándose la previsión efectuada por un sector de la doctrina⁵⁰⁵.

Respecto a la libertad condicional y como remarca RENART GARCÍA,
“la Propuesta de Anteproyecto de 1.983 encuadra la regulación de la misma en la Sección Tercera del Capítulo III del Libro I, cuya rúbrica “De la libertad condicional y la suspensión del resto de la pena” determina que esta institución aparezca como un supuesto –ciertamente más cualificado- de suspensión, lo que no deja de ser contradictorio con su configuración como grado del sistema progresivo en el cumplimiento de las penas de prisión o como último período del sistema de individualización científica. Pese a ello el PANCP procede a regular conjuntamente la libertad condicional con la suspensión del resto de penas temporales, lo que conduce, entre otras cosas, a una redacción farragosa, técnicamente deficiente, imprecisa y, sobre todo, generadora de inseguridad jurídica⁵⁰⁶.”

⁵⁰³ Disposición Transitoria segunda: *“No obstante lo dispuesto en la disposición derogatoria, a la entrada en vigor del presente Reglamento, continuarán vigentes: a) Los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1.956, relativos a redención de penas por el trabajo, en tanto continúe la vigencia de lo dispuesto en el artículo 100 del Código Penal, texto refundido publicado por Decreto 3096/1.973, de 14 de septiembre, debiendo entenderse que las competencias atribuidas en dichos artículos al Patronato de Nuestra Señora de la Merced corresponden a los Jueces de Vigilancia. En cualquier caso, dicha redención de penas por el trabajo será incompatible con los beneficios penitenciarios regulados en el artículo 256 del Reglamento”* (Redactado por el Real Decreto 787/1.984, de 28 de marzo)

⁵⁰⁴ Cuyo Título VI estableció como beneficios penitenciarios: 1: la concesión (por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo estudio y acuerdo de los Equipos de Tratamiento), de hasta cuatro meses de adelantamiento del periodo o grado de la libertad condicional por cada año de cumplimiento de prisión efectiva, y 2: la solicitud al Juez de Vigilancia Penitenciaria de la tramitación de una solicitud de indulto particular, hasta la cuantía de dos meses por cada año de prisión efectiva.

⁵⁰⁵ GARRIDO GUZMÁN, L. *“la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal y la Redención de Penas por el Trabajo”*. Cuadernos de Política Criminal. Nº 21. Edersa. Madrid, 1.983. Pág. 685.

⁵⁰⁶ RENART GARCÍA, F. *La Libertad Condicional: Nuevo régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.003. Págs. 53-54.

5.- REFORMA DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO EN 1.984

Pese al corto espacio de tiempo que llevaba vigente el Reglamento Penitenciario se puso de manifiesto la necesidad de elaborar uno nuevo que desarrollase mejor los aspectos más innovadores de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Mientras se elaboraba se hizo precisa la reforma de algunos artículos del vigente que se consideraba empañaba el carácter progresivo de la Ley Orgánica.

5.1.- Contenido de la reforma

Esta reforma urgente y parcial se produce por R.D. 787/1984, de 26 de marzo, y como aspectos más destacados pueden considerarse:

- a) Modificación de las clases de régimen cerrado.
- b) Modificación del procedimiento sancionador.
- c) Atribución de nuevas funciones del Juez de Vigilancia.
- d) Establecimiento de nuevos criterios en el funcionamiento de los equipos técnicos.
- e) Ampliación de las posibilidades de asistencia de internos a instituciones extra-penitenciarias.

Destaca ARRIBAS LÓPEZ la desaparición de las dos clases de régimen cerrado, común y especial, reduciéndolos a uno solo, el común, al no realizar tal distinción la propia Ley General Penitenciaria⁵⁰⁷. Sin embargo, este planteamiento simplificador se diluyó ante la posibilidad que estableció el Art. 46.5: *“La Junta de Régimen y Administración podrá establecer, dentro del régimen general regulado en este artículo, distintas modalidades en el sistema de vida de los internos según las características de éstos...”*.

En la fijación de infracciones, se superó el desequilibrio existente entre los tres tipos de faltas, ampliándose las garantías de los internos con la formulación de un procedimiento sancionador que completó el vacío normativo en el Reglamento que se reforma. También se concretaron a los supuestos más graves la posibilidad de que la interposición de recursos

⁵⁰⁷ ARRIBAS LÓPEZ, E. *El Régimen Cerrado en el Sistema Penitenciario Español*. Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior. Madrid, 2.010. Pág. 137.

contra los acuerdos sancionadores no suspendieran la efectividad de la sanción.

Se pretendió potenciar la intervención del Juez de Vigilancia en desarrollo obligado del contenido de los artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica para que quedara garantizado el control jurisdiccional de la Administración en el cumplimiento de la normativa penitenciaria. Fueron numerosos los supuestos a los que se previó la incorporación la intervención de esta Autoridad judicial (34, 35, 43.3, 46.7, 57.1, 91, 116.4, 124, 132, 134, 179, 243, y 275.4). En informe de 20 de julio de 1.983, el Consejo General del Poder Judicial se opuso a que el Reglamento contuviera aspectos procedimentales ante esta jurisdicción por considerar que una norma totalmente administrativa no constituye un cauce adecuado para regular materias que requieren rango de ley, por lo que no fueron incorporados a la redacción definitiva.

Se intentó racionalizar y agilizar las funciones de los equipos técnicos con las necesarias delimitaciones de competencias y se incorporaron plenamente los educadores a los mismos.

Novedad de la reforma es la posibilidad de acordar la asistencia en instituciones extra-penitenciarias adecuadas, públicas o privadas, de los internos clasificados en tercer grado, afectados por toxicomanías. Esta disposición introducida por el Art. 57.1. satisfizo una demanda mantenida por la doctrina y por determinados sectores de la sociedad con el fin de afrontar la drogodependencia con criterios científicos y finalidad rehabilitadora. Este último párrafo añadido constituyó un paso muy importante en la evolución penitenciaria española que consideramos justificó, por sí solo, la modificación acordada.

Como han analizado diversos autores, existía y pervive en la actualidad una íntima relación entre droga, delincuencia y prisión⁵⁰⁸. La toxicomanía

⁵⁰⁸ JIMÉNEZ VILLAREJO, J. “*La Droga en la Institución Carcelaria*”. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 237. Madrid, 1.987. Pág. 57. También GARCÍA VALDÉS, C: *Droga e Institución Penitenciaria*. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1.986. Pág. 55 o “*La Droga en las Prisiones*”. Cuadernos de Política Criminal Nº 9. Madrid, 1.979, Págs. 105 y ss. y DEL ROSAL BLASCO, B.: “*El Tratamiento de los Toxicómanos en las Instituciones Penitenciarias*”. Cuadernos de Política Criminal Nº 25. Edersa. Madrid. 1.986. Págs. 16 y ss.

de un sector importante de la juventud del momento era un fenómeno social inherente a la propia subcultura delincencial que cobró especial relevancia a mediados de los años setenta del Siglo XX, con la existencia de un porcentaje elevado de internos drogodependientes.

Consecuencia de esta realidad, la presencia de droga en el interior de las prisiones devino en el mayor problema regimental y la más grave dificultad para el abordaje tratamental de los reclusos.

La Ley Penitenciaria se refiere a las drogodependencias en su artículo 37, dentro del Capítulo dedicado a la asistencia sanitaria:

“Para la prestación de la asistencia sanitaria todos los establecimientos estarán dotados...b) De una dependencia destinada a la observación psiquiátrica y a la atención a los toxicómanos”.

Mantuvo el criterio de la Ley 17/1.967, de 8 de abril, de Estupefacientes y el Real Decreto 2829/1.977, de 6 de octubre que la desarrolla, equiparando a los toxicómanos con los enfermos mentales, lo que determinaba su inclusión o ubicación en los centros hospitalarios o psiquiátricos y no en los centros de rehabilitación social previstos en el artículo 11 (en relación con el artículo 7 de la Ley Orgánica Penitenciaria, que clasifica los establecimientos penitenciarios en preventivos, de cumplimiento y especiales)⁵⁰⁹. Como señalaba GARCÍA GARCIA

“Desde la promulgación de la Ley penitenciaria en 1.979, nunca más se supo, a nivel de desarrollo normativo, de los llamados centros de rehabilitación social”⁵¹⁰.

La modificación de 1.984 afrontó con decisión la incidencia de la drogodependencia a través de la coparticipación institucional y la interconexión con los medios comunitarios aplicando un método multidisciplinar. Como ha señalado TÉLLEZ AGUILERA, podemos considerar que desde ese momento se reconoce abierta y sinceramente que la cárcel no es un lugar idóneo para rehabilitar a los drogodependientes por

⁵⁰⁹ Art. 11. L.O.G.P.: “Los establecimientos especiales son aquéllos en los que prevalece el carácter asistencial y serán de los siguientes tipos: a) centros hospitalarios; b) centros psiquiátricos; c) centros de rehabilitación social, para la ejecución de las medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en la materia”.

⁵¹⁰ GARCÍA GARCÍA, J. *Drogodependencias y Justicia Penal*. Ministerio de Justicia y Ministerio de Interior. Madrid, 1.999. Págs. 379 y 380.

concurrir en esta Institución una serie de factores que dificultan el buen fin de cualquier programa⁵¹¹.

En cuanto al régimen abierto, se procede a la supresión de las distintas fases constitutivas (iniciación/aceptación/confianza), pero permitiendo a la Junta de Régimen y Administración “*dictaminar el tipo de vida aplicable al interno*” (43.2) y “*establecer distintas fases o modalidades en el sistema de vida de los internos según las características de éstos*” (45.4).

Como hemos señalado en el apartado correspondiente, dada la desaparición del Patronato de Nuestra Señora de la Merced tras la publicación del Real Decreto 1415/1983, de 30 de marzo, las competencias atribuidas a aquel en los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956, relativos a la redención de penas por el trabajo, pasaron a ser asumidas por los Jueces de Vigilancia, haciéndose, asimismo, una referencia clarificadora a la incompatibilidad de dicha redención de penas por el trabajo con los beneficios penitenciarios regulados en el artículo 257 del Reglamento de 1.981.

5.2.- Análisis crítico

La reforma de 1.984 vino a adecuar la normativa a las crecientes necesidades para la más amplia aplicación de la Ley Orgánica, ofreciendo algunas soluciones a los graves problemas presentes. Se consideró que existía una falta de voluntad política y ciudadana para avanzar en la aplicación plena de la legislación con toda su potencialidad. Al respecto, BUENO ARÚS⁵¹² sistematizó las carencias que se oponían a su vigencia real en los siguientes puntos:

1.- Falta de medios materiales, manifestado en la insuficiencia de establecimientos y en las debidas condiciones para atender a la creciente población penitenciaria, en la insuficiencia de talleres y centros de trabajo y

⁵¹¹ TÉLLEZ AGUILERA, A. “*El toxicómano y su Rehabilitación en Prisión: un Estudio de Derecho Comparado*”. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 246. Madrid, 1.995. Págs. 9 y ss.

⁵¹² BUENO ARÚS, F. Conferencia pronunciada en las VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas celebradas en Almería del 22 al 24 de junio de 1.989. “*La Ley Orgánica General Penitenciaria y su Desarrollo reglamentario: Necesidad de una Adecuación a Nuestros Días. Dificultades de Aplicación*”. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. 1.990. Págs. 99 y ss.

la falta de medios de tratamiento a disposición de los Equipos y en la ausencia de recursos aptos para un tratamiento psiquiátrico.

2.- Falta de medios personales:

“No hay suficientes funcionarios de Instituciones Penitenciarias con la formación adecuada. Tampoco se han contratado Asistentes sociales en número suficiente. Los miembros de los equipos de observación y tratamiento deben llevar a cabo tareas administrativas. No se conocen, en este momento, los “colaboradores benévolos” que han dado en otros países excelentes resultados”.

3.- Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, como garantes de los derechos de los internos, no se nombraron en número suficiente ni todos se dedicaban en exclusiva a estas funciones. Tampoco los juzgados estaban provistos de los medios materiales y personales indispensables.

4.- Respecto a la situación interna en los Establecimientos y el clima social existente en los mismos se apreciaba una crisis de autoridad, habiéndose pasado de un *“autoritarismo despótico a una permisividad suicida”*.

5.- A nivel social se constataba un rechazo para asumir el problema penitenciario lo que se demostraba en las dificultades existentes para conseguir terrenos municipales destinados a la construcción de nuevos centros, la negativa a la edificación en lugares próximos de prisiones abiertas, la escasa colaboración en las actividades culturales o el rechazo que existía hacia los reclusos liberados. Para ello BUENO ARÚS solicitaba una mayor implicación de las entidades locales, las asociaciones vecinales y los sindicatos de trabajadores.

6.- REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 1.988. BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE 1.990. PROYECTO DE 1.992.

Mediante L.O. 1/1.988, de 24 de marzo, se produjeron varias reformas en el Código en materia de tráfico de estupefacientes, teniendo repercusión indirecta en el ámbito penitenciario. La modificación endureció las penas previstas para estos delitos y estableció medidas que afectaron a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y a la libertad condicional. Así, se previó una variante ampliando la posible suspensión de la pena para

quienes hubieran cometido el delito con motivo de su drogodependencia y la condena impuesta no superara los dos años de prisión, requiriéndose que no fueran reincidentes ni se hubieran beneficiado con anterioridad de la suspensión de la pena y condicionándose a que estuviera deshabitado o sometido a tratamiento. Con ello se abordó de nuevo el grave problema social existente en cuanto a la amplia extensión que la toxicomanía presentaba en la juventud del momento.

En delitos relacionados con bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes se podría acordar la remisión total de la pena, condicionada a que no volvieran a cometer de nuevo tales delitos si el beneficiado prestara una colaboración activa especialmente trascendente en su persecución y no hubiera sido imputado por muerte o lesiones graves. De igual manera, si de la situación anterior o el mero abandono de esas actividades delictivas coadyuvara a su mejor persecución, era posible la aplicación de la libertad condicional a partir del cumplimiento de un tercio de la condena.

A esta reforma de 1.988 sigue la efectuada por Ley Orgánica 3/1.989, de 21 de junio, de actualización del Código, que ajustó la legislación penal al principio de intervención mínima y afectó especialmente a su Libro IIIº.

En octubre de 1.990, el Ministro de Justicia MÚGICA HERZOG presentó a la opinión pública un borrador de Anteproyecto de nuevo Código Penal basado en el texto de 1.983 y elaborado por un grupo reducido de destacados penalistas.

El Título III del Anteproyecto, artículos 30 a 86, se dedica a las penas, limitándose el catálogo a las privativas de libertad, privativas de derechos y multa; y las privativas de libertad a la prisión y el arresto de fin de semana. La pena de prisión tendría una duración máxima en supuestos de concurso de delitos hasta los treinta y cinco años. Respecto al abono de los periodos de prisión preventiva sufridos, el texto señalaba que se tendría en cuenta no sólo a los efectos del abono para el cumplimiento de la condena impuesta en la causa en que dicha privación hubiera sido acordada sino también para el cumplimiento de otras condenas que pudieran dictarse contra el reo en otras causas, siempre que hubieran tenido por objeto hechos anteriores al ingreso

en prisión. También previó la supresión de la redención de penas por el trabajo (como en los textos de 1.980 y 1.983) y la sustitución de las penas privativas de libertad por la de multa o expulsión de extranjeros. Como novedad importante el proyecto configuraba la suspensión de la condena aplicable a penas de libertad cuando el condenado hubiera delinuido por primera vez, la pena no superase los dos años y se hubiera satisfecho, en la medida de lo posible, las responsabilidades civiles que se hubieran establecido. También el Código concedería rango legal a la libertad condicional anticipada de los septuagenarios y enfermos incurables recogida en el artículo 60 del Reglamento penitenciario.

En las disposiciones adicionales se preveía la derogación de la regla 5ª del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (criterios de conexidad) y la inclusión en la Ley Penitenciaria de una regla por la que, en los casos de condenas acumulables,

*“La Administración penitenciaria pueda proponer a la Autoridad judicial la remisión o suspensión total o parcial de las condenas más leves si el condenado puede estar en condiciones de obtener la libertad condicional en la condena más grave”*⁵¹³.

Con posterioridad, se aprobó en Consejo de Ministros el Anteproyecto de 1.992, siendo remitido a las Cortes para tramitación. Se consideraron principios rectores el de intervención mínima, la certeza en el castigo, el principio de legalidad en sus cuatro manifestaciones de garantía criminal, penal, jurisdiccional y ejecutiva y el principio de culpabilidad.

En el sistema de penas se establecía, al igual que en el borrador de 1.990, la prisión y el arresto de fin de semana, teniendo la primera una extensión máxima de veinte años partiendo de seis meses con una excepción en treinta años aplicando la reglas en casos de concurso real de delitos en supuestos de terrorismo.

⁵¹³ BUENO ARÚS, F. “A propósito del nuevo borrador de anteproyecto de Código Penal parte general (octubre de 1.990)”. VV.AA. Ed. Jueces para la Democracia. Madrid, 1.990. Págs. 17 a 25. y GARCÍA VALDÉS, C. “Introducción al borrador de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (parte general)” Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá Nº2. 1.992-1.993. Publicaciones Universidad Alcalá de Henares, 1.993. Págs. 25 a 50.

El Anteproyecto suprimía la redención de penas por el trabajo al objeto de avanzar hacia el cumplimiento efectivo de las penas impuestas previendo como exclusivos los beneficios penitenciarios señalados en los artículos 46 de la L.O.G.P. configurados como recompensas y, en su caso, el indulto particular. Como en el borrador anterior, se establecía la libertad condicional para los internos septuagenarios y enfermos incurables, dotándose de rango legal a la excarcelación en estos segundos supuestos.

El Proyecto no concluyó la tramitación al haberse procedido a la disolución de las Cortes en fecha 13 de abril de 1.993.

No podemos soslayar la importante modificación que en materia de tráfico de drogas se produjo en 1.992 con el objetivo de adecuar la normativa a lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 y de la que España era parte. En un contexto en el que el tráfico de drogas constituía la causa de un alto porcentaje de sentencias penales, se procedió a la punición de la fabricación, transporte y distribución de los denominados precursores (equipos, materiales y sustancias indispensables para el cultivo, producción y fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas) y de las conductas dirigidas al encubrimiento de los capitales y beneficios económicos obtenidos del tráfico ilícito de los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas.

Para cumplimentar la previsión contenida en el artículo 73 del Convenio de Schengen, se incorpora un nuevo artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de regular el régimen de las entregas vigiladas de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Así el Estado español se dotó de una legislación adecuada para luchar contra las grandes redes de elaboración y distribución de sustancias tóxicas que disponían de una presencia e importancia enormes, especialmente en la Comunidad de Galicia que había la reacción popular de familiares y allegados de toxicómanos con amplia repercusión e incidencia en el medio penitenciario.

7.- EL CÓDIGO PENAL DE 1.995

Después de numerosos intentos y múltiples reformas, siendo Ministro del Interior y Justicia BELLOCH JULBE, el día 26 de septiembre de 1.994 se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal que llegará a convertirse en el vigente. Como señala la Exposición de motivos, llevó a cabo una reforma total del sistema de penas para intentar alcanzar, en la medida de lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna.

Analizando la Ley Orgánica General Penitenciaria, señalaba BUENO ARÚS que su defecto más importante era su anticipación.

“Una reforma penitenciaria no tiene sentido si no se inserta coherentemente en una reforma conjunta del sistema penal, dentro del cual han de ser pasos previos la reforma de las leyes penales sustantivas (reducción de los marcos penales, despenalización y sustitutivos de las penas de prisión) y procesales (simplificación del proceso, reducción de la prisión provisional y predominio de la oralidad), así como de la organización judicial (demarcación y planta, selección del número suficiente de jueces, formación jurídica y criminológica de los mismos), puesto que la ejecución de las penas es lógicamente el último escalón del sistema y su orientación y normas reguladoras han de estar en función de aquéllas que disciplinan los delitos, las penas y la manera de aplicarlas...”⁵¹⁴.

Bajo esta lógica legislativa este autor considera que la primera reforma subsiguiente debería ser

” la adaptación de la Ley General Penitenciaria a un nuevo Código Penal (tan deseado como Fernando VII), que, acorde con nuestros tiempos, simplificara la escala de penas, redujera su duración y previera los adecuados sustitutivos para los casos en los que la pena no pareciera necesaria (prevención general) o pudiera resultar contraproducente (prevención especial). En consecuencia, la normativa penitenciaria tendría

⁵¹⁴ BUENO ARÚS, F. “La reforma de la Ley y del Reglamento Penitenciarios”. Revista Eguzkilore Nº 7. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, 1.993. Pág. 34.

que regular la ejecución del arresto de fin de semana, del trabajo comunitario y del arresto subsidiario por impago de multa, y el seguimiento de las reglas de conducta en su caso anejas a la probation (respecto de cuya implantación nos hemos quedado los últimos en Europa), a la libertad condicional o a la asistencia post-penitenciaria. Y para garantizar los derechos de los interesados, tendría que regular también los depósitos municipales de detenidos, que son sin duda establecimientos penitenciarios, pero de cuya gestión no quiere hacerse cargo decididamente ni la Administración Local ni el Ministerio de Justicia”⁵¹⁵.

El sistema punitivo de la democracia avanza así hacia su integración y la Norma material simplificó la compleja regulación de las penas privativas de libertad y amplió, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos. Introdujo cambios en las penas pecuniarias adoptando el sistema de días multa y añadió los trabajos en beneficio de la comunidad. En segundo lugar, se pretendió equilibrar la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia eliminando, a la vez, figuras delictivas que habían perdido su razón de ser.

Desde la perspectiva de la práctica penitenciaria, procede destacarse la previsión legal de concesión de libertad condicional cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables que incluyó el segundo párrafo del Art. 92. Se supera así la situación previa arrastrada de liberaciones condicionales por esta causa con el único soporte normativo de la regulación establecida por el Art. 60 del Reglamento Penitenciario de 1.981 (que reprodujo lo contenido en el Real Decreto del Ministerio de Justicia de 29 de julio de 1.977)⁵¹⁶. Como señala RENART GARCÍA,

⁵¹⁵ BUENO ARÚS, F. “La reforma de la Ley y del Reglamento Penitenciarios”. Revista Eguzkilore Nº 7. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, 1.993. Pág. 36.

⁵¹⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad condicional de los enfermos muy graves en el sistema de individualización científica”. Diario La Ley Nº 7953. Oct. 2.012. Págs. 5 a 11.

“La bondad de su previsión no supone ausencia de problemas exegéticos generalizados, fundamentalmente, por la indeterminación de los conceptos jurídicos utilizados por el legislador y por la propia dificultad interpretativa que entraña la ubicación de este supuesto de naturaleza humanitaria dentro de una institución marcada por su finalidad reeducadora y resocializadora⁵¹⁷”.

8.- EL REGLAMENTO PENITENCIARIO DE 1.996

8.1.- Elaboración y principales novedades

La aprobación del anhelado “*Código Penal de la democracia*” aconsejaba adaptar la normativa penitenciaria a la nueva legislación para proporcionar a la Administración el instrumento adecuado para afrontar el nuevo momento forense y dar respuesta a los retos planteados.

Como señala la Exposición de motivos del Real Decreto que lo aprueba, se habían producido transformaciones sociales notables respecto a la existente en 1.981. El enorme incremento de la población reclusa, las variaciones sustanciales producidas en su composición (mayor presencia de mujeres y de reclusos extranjeros, envejecimiento de los internos), el cambio del perfil sociológico de los reclusos con predominio de la criminalidad urbana y suburbana, la irrupción de la aparición del fenómeno de la delincuencia organizada con capacidad suficiente para desestabilizar la seguridad y el buen orden de los establecimientos, la aparición de nuevas patologías con especial incidencia en el medio carcelario (SIDA, drogadicción...) y otras modificaciones sustanciales determinaron que el Gobierno hiciera coincidir la entrada en vigor del Código penal con un nuevo Reglamento ejecutivo de la Ley penitenciaria.

BUENO ARÚS destacó que las circunstancias que motivaron la redacción del Reglamento de 1.996 fueron originales. Se parte de una proposición no de ley del Congreso de los Diputados que encomienda a la Administración una regulación precisa del régimen jurídico de los internos incluidos en el

⁵¹⁷ RENART GARCÍA, F. *La Libertad Condicional: Nuevo régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.003. Pág. 234.

Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES), propugnando su inclusión en la norma reglamentaria⁵¹⁸. El resultado de la proposición fue el nombramiento de dos Comisiones de expertos al objeto de proceder a la redacción de un nuevo Reglamento en el que, finalmente y como resalta este autor, “*no se dice una palabra de los FIES*”⁵¹⁹.

Como crítica inicial a este texto, se ha señalado que no se aprovechó la ocasión para incorporar los criterios establecidos en numerosas Circulares e Instrucciones de la Dirección General, que constituyen en la actualidad un método tradicional de articular la actuación de los distintos servicios de una estructura tan vertical como la penitenciaria, cayendo en ocasiones en el defecto de regular materias de fondo que afectan a derechos subjetivos de terceros, lo que se vulnera lo preceptuado en la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, afectando al principio de jerarquía normativa.

El Reglamento abordó otras cuestiones de gran trascendencia y supuso una actualización de la normativa española conforme a lo establecido en las revisiones de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas y en las Reglas Penitenciarias Europeas. En este sentido, el Reglamento constituyó una profundización de la finalidad constitucional reeducadora y reinsertadora frente a postulados neo-retribucionistas imperantes en diversos países del entorno. Se reafirmó la vía tratamental como herramienta para conseguir la reeducación y reinserción, ampliando su concepto que trasciende los límites eminentemente psicológicos asumidos por la redacción de 1.981.

⁵¹⁸ La proposición no de ley por la que se insta al Gobierno a la inmediata regulación del régimen especial aplicable a los internos incluidos en el llamado “Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES)” fue presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y aprobada por unanimidad. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Año 1.994. V Legislatura N° 181. Págs. 5.672 a 5.675.

⁵¹⁹ BUENO ARÚS, F. “*Novedades en el Concepto de Tratamiento Penitenciario*”. Revista de Estudios Penitenciarios N° 252. Ministerio del Interior. Madrid, 2.006. Págs. 24 y ss.

8.2.- Actualización del concepto tratamiento. Sistemática del Título V

El Reglamento incorpora los avances que habían ido produciéndose en el campo de la intervención y tratamiento de los internos, consolidando una concepción más acorde a los actuales planteamientos de la dogmática jurídica y de las ciencias de la conducta, haciendo hincapié en el componente resocializador más que en el concepto clínico del mismo. El tratamiento “*clínico de sala de espera*”, en el que el interno/paciente se convierte en un ser pasivo que se limita a entrevistarse con el terapeuta para exponerle sus problemas y éste trata de solucionárselos, queda definitivamente superado.

La consideración amplia del tratamiento no sólo incluye las actividades terapéutico-asistenciales sino también un conjunto complejo y diverso de actuaciones que conciben la reinserción como un proceso de formación integral de la personalidad, poniendo a su disposición instrumentos eficientes, individualizados y programados. Como ha señalado ZÚÑIGA RODRÍGUEZ⁵²⁰, el programa decidido por la Junta de tratamiento de los centros penitenciarios tiene como objetivos diversos enfoques (formativo, psicosocial y reinsertador) que se llevan a cabo de manera planificada y coordinada con todas las posibilidades legales establecidas.

Los objetivos formativos se cumplen a través de actuaciones en el ámbito educativo, cultural, deportivo, de capacitación laboral o desarrollo de estas habilidades en el desempeño de trabajos (remunerados o no), de mantenimiento funcional del centro (destinos) con anterioridad encuadrados en el “régimen” y que implican la capacitación relevante de la persona para actuar en sociedad. En este campo también se incorporan al Reglamento las experiencias tratamentales generadas por la práctica penitenciaria anterior. Al respecto la Exposición de motivos del Real Decreto señaló:

“Es en el aspecto de la ejecución del tratamiento...donde se encuentra el potencial más innovador para que la Administración penitenciaria pueda mejorar el cumplimiento de la misión de preparación de los reclusos para

⁵²⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario*. VV.AA. Ed. Iustel. Madrid 2.010. Págs. 174 a 188.

la vida en libertad que tiene encomendada, cuya consecución exige ampliar la oferta de actividades y de programas específicos para los reclusos, potenciando las prestaciones dirigidas a paliar, en lo posible, las carencias y problemas que presenten los internos”.

Este planteamiento acoge una visión ambiental y sociológica del fenómeno delictivo, sin negar los aspectos biológicos y psicológicos que puedan concurrir y denota la aceptación de la valoración de los efectos negativos y perniciosos del internamiento carcelario, por lo que se enfoca hacia la intervención lo que antes tenía un significado terapéutico. Además se dice:

“La utilización generalizada de los instrumentos de diseño y ejecución del tratamiento implica una mayor potenciación y diversificación de la oferta de actividades, para evitar que dichos instrumentos queden vacíos de contenido, dinamizándose la vida de los centros penitenciarios que, sin perjuicio de sus funciones custodiales, se configuran como un auténtico servicio público dirigido a la resocialización de los reclusos”.

Se produce un acercamiento nítido del concepto tratamiento al de actividad o actuación, dotando de capacidad para la modificación de las conductas futuras a ámbitos a los que anteriormente se había negado o ignorado. La ocupación provechosa y productiva del tiempo de encarcelamiento se convierte en el eje prioritario de la actuación, sin obviar la realización de actuaciones específicas para determinados sectores de la población penitenciaria con un marcado carácter psicológico en línea con la concepción anterior. Paliar el deterioro personal evitando la ociosidad se convierte en un objetivo posible de conseguir en todos los internos con independencia de las necesidades de tratamiento específico que pudieran presentar.

Consecuencia importante de lo apuntado es la superación de la no intervención proclamada con anterioridad respecto a los internos preventivos. Se diluye el planteamiento de intangibilidad de los internos no condenados seguido desde la aprobación de la Ley Orgánica en una interpretación y aplicación escrupulosa del derecho fundamental a la

presunción de inocencia (desde nuestro punto de vista errónea), y las consecuencias desfavorables que indirectamente ocasiona condenar a este colectivo de internos a la pasividad.

Se implantan “*modelos individualizados de intervención*” para los presos preventivos “*en cuanto sea compatible con el principio constitucional de presunción de inocencia*” (Art. 20). Con esta medida se evita que la estancia en prisión de una parte importante de la población reclusa sólo tenga fines custodiales y evita mantener inactivos a los presos hasta que recaiga sentencia condenatoria y esta devenga firme. Se propicia de esta manera que si necesitara realizar un programa de intervención (sirva como ejemplo las situaciones no infrecuentes de internos preventivos toxicómanos o relacionados con delitos contra la libertad sexual) y si voluntariamente lo aceptara, pudiera integrarse en estos programas destinados a controlar o abordar su patología y llevarlo a cabo, posibilitándose incluso adelantar su eventual rehabilitación y, por tanto, su excarcelación al pasar a penado, bien porque el juez o tribunal le suspenda la ejecución (Art. 87 CP) o se la sustituya (Art. 88 CP), bien porque sea clasificado en tercer grado (Art. 182 RP).

Debemos destacar la inserción que se realiza de las salidas temporales en el tratamiento por diversos motivos. El contacto con el exterior por cuestiones incluso extraordinarias cobra una especial importancia en orden a conseguir que el recluso no sea un ser apartado de la sociedad sino que siga perteneciendo a ella. Este aspecto, poco destacado por la doctrina, entendemos deviene esencial para dar continuidad en el exterior a todo el trabajo realizado durante la estancia en prisión.

La plasmación sistemática de este nuevo planteamiento se recoge en el Título V, (“*Del tratamiento penitenciario*”) que se articula de la siguiente manera:

8.2.1.- Criterios generales (Capítulo primero)

El artículo 110 supone una relación de elementos del tratamiento: diseñar programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos,

utilizar programas y técnicas de carecer psicosocial, potenciar y facilitar los contactos del interno con el exterior, todo ello contando con los recursos de la comunidad⁵²¹. El siguiente se refiere a las Juntas de tratamiento y los Equipos técnicos, previendo la colaboración de todos los funcionarios públicos para lograr programas eficaces, así como la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones públicas y privadas⁵²².

El Art.112 establece la participación del interno en el tratamiento, incidiendo en el principio de que el interno que no colabore o acepte participar en las técnicas de estudio de su personalidad no puede ser objeto de consecuencias disciplinarias o de regresión de grado⁵²³. Como señala CERVELLÓ DONDERIS,

⁵²¹Art. 110. Elementos del tratamiento.- Para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, la Administración penitenciaria:

a) Diseñará programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias. b) Utilizará los programas y las técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo anterior. c) Potenciará y facilitará los contactos del interno con el exterior contando, siempre que sea posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción.

⁵²²Art. 111. Juntas de Tratamiento y equipos técnicos.

1.- Las tareas de observación, clasificación y tratamiento penitenciarios las realizarán las Juntas de Tratamiento y sus decisiones serán ejecutadas por los Equipos Técnicos, cuya composición y funciones se determinan en la sección 2ª del capítulo II del título IX de este Reglamento.

2.- Para la adecuada ejecución de estas actividades por los Equipos Técnicos se contará con la colaboración del resto de los profesionales del ámbito penitenciario. A tal fin, la Administración Penitenciaria desarrollará modelos de gestión que incentiven la participación de todos los empleados públicos para lograr programas de tratamiento eficaces.

3.- Se facilitará la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas.

⁵²³Art. 112. Participación del interno en el tratamiento.

“1.- Se estimulará la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento.

2.- Con este fin, el profesional del Equipo Técnico encargado de su seguimiento le informará de los objetivos a alcanzar durante el internamiento y de los medios y plazos más adecuados para conseguirlos.

3.- El interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales, no de regresión de grado.

4.- En los casos a que se refiere el apartado anterior, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la misma se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tengan relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes.”

“En la enumeración de las modalidades que puede revestir el tratamiento reina un auténtico desorden y falta de sistematización ya que la LOGP no indica los posibles métodos de tratamiento, limitándose a hacer una somera mención en el Art. 66 de la posibilidad de organizar psicoterapia de grupo, asesoramiento psicopedagógico y terapia de comportamiento.

Por lo que respecta al Reglamento, tampoco ha sido muy explícito ya que en el Título que dedica a su regulación, contiene un capítulo relativo a los programas de tratamiento en los que incluye las salidas programadas, los grupos de comunidad terapéutica, los programas de actuación especializada para drogodependientes y la atención especializada en el exterior, y a continuación se dedican tres capítulos independientes respectivamente a la formación, cultura y deporte de un lado y a las actividades laborales de otro.

El silencio de la LOGP sobre el contenido de las modalidades que menciona, y la amplitud con lo que recoge el RP ha permitido el desarrollo de variados programas de tratamiento como el de agresores sexuales, prevención del suicidio, violencia de género, régimen cerrado, módulos de educación y respeto o resolución dialogada de conflictos...”⁵²⁴.

8.2.2.- Programas de Tratamiento (Capítulo segundo)

Bajo la denominación “Programas de tratamiento” (artículos 113 a 117), establece una serie de actividades que se realizarán en los establecimientos o fuera de ellos, teniendo en cuenta las condiciones más adecuadas para la consecución de los fines constitucionales y legales de la pena privativa de libertad y los recursos existentes en la comunidad para la ejecución de las actuaciones de tratamiento. Estas son:

8.2.2.1.- Salidas programadas

Constituyen salidas temporales al exterior destinadas a internos que ofrezcan garantías de hacer un uso correcto y adecuado de las mismas. Estarán acompañados por personal del Centro o de otras instituciones o por

⁵²⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho Penitenciario*. 3ª edición. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.012. Págs. 225-226.

voluntarios que habitualmente realicen actividades relacionadas con el tratamiento penitenciario. Los requisitos son los mismos que los establecidos para los permisos ordinarios de salida. Son propuestas por la Junta de Tratamiento y requiere la aprobación del Centro Directivo y la posterior autorización del Juez de Vigilancia en aquellos supuestos en que la salida, por su duración y por el grado de clasificación del interno, sea competencia de éste órgano judicial⁵²⁵.

En las salidas se adoptará en cada caso las medidas oportunas referentes a la forma y medio de traslado, así como las medidas de seguridad correspondientes.

Esta disposición reglamentaria dotó de rango normativo suficiente a estas salidas temporales, posibilidad anteriormente prevista y regulada por la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 12 de febrero de 1.990, lo que supone una consolidación de esta actuación de la Administración desde el punto de vista jurídico.

8.2.2.2.- Grupos en comunidad terapéutica

Para grupos determinados de internos cuyo tratamiento lo requiera se organizan programas basados en el principio de comunidad terapéutica. Estos grupos son autorizados por el Centro directivo y, desde el punto de vista organizativo, la Junta de Tratamiento asume las funciones del Consejo de dirección y la Comisión disciplinaria, con excepción de los aspectos económico-administrativos.

Se consolida así la avanzada previsión legal contenida en su artículo 66.1 de la Ley, cuya redacción se reiteró en el artículo 244 del Reglamento de 1.981. Debemos destacar la incorporación de los planteamientos de la

⁵²⁵ Respecto a la competencia para la autorización, es preciso considerar lo señalado en la Orden INT/985/2005, de 7 de abril, tras modificación producida por la Orden INT/1127/2.010, de 19 de abril (BOE 3.5.2010), que establece “*los Gerentes y Directores de los Centros Penitenciarios y Centros de Inserción Social, por delegación del titular de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, ejercerán, respecto a los internos no vinculados a organizaciones terroristas o internos cuyos delitos no se hayan cometido en el seno de organizaciones criminales, la aprobación de las salidas programadas a los penados clasificados en tercer grado o en segundo grado con aplicación del principio de flexibilidad, sin perjuicio en este último supuesto de la competencia de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria para su autorización cuando la duración sea superior a dos días*”.

legislación nacional que acogió la constitución de grupos o comunidades con amplia capacidad de autogestión conforme a los incipientes modelos terapéuticos surgidos para afrontar el fenómeno de la drogadicción en clara expansión cuando se elabora la Ley.

En la actualidad y con una amplia experiencia acumulada podemos considerar que se ha rebasado el modelo voluntarista inicial de los primeros proyectos terapéuticos, en ocasiones carentes de cualquier rigor científico y sin participación de expertos en ciencias de la salud o en psicología, integrándose en el sistema de salud y en la estructura asistencial de las Comunidades autónomas que cuentan con centros de desintoxicación y deshabituación homologados, algunos de ellos bajo este modelo de comunidad terapéutica que coexisten con otras entidades cuyos fundamentos o características hunden su raíces en prácticas religiosas intensas, la fitoterapia, el testimonio personal de adictos rehabilitados, el compañerismo y otros elementos de cuestionable rigor científico que proliferaron como respuesta a esta auténtica epidemia.

8.2.2.3.- Programas de actuación especializada

Se prevé como derecho objetivo de los internos con dependencia de sustancias psico-activas la posibilidad de seguir programas de tratamiento y deshabituación con independencia de su situación procesal y de sus vicisitudes penales y penitenciarias. Se trata de una disposición fundamental del nuevo Reglamento que pretende dar respuesta a una demanda largamente mantenida por los operadores penitenciarios⁵²⁶.

⁵²⁶ CARMENA CASTRILLO señala *“sí es verdad que existen algunos programas contra la droga, pero su escaso número y su desvinculación de los valores que se tienen en cuenta en los centros penitenciarios los convierten en algo anecdótico o colateral en el transcurso del encierro que significa la condena privativa de libertad. La drogadicción o, mejor dicho, el fenómeno de la adicción a sustancias declaradas ilegales, se ha convertido en un buen observatorio para contemplar el sinsentido del aparato represivo penal.”* *“Nadie niega ya la vinculación entre la drogadicción ilegal y las actividades delictivas. Como tampoco se niega la conveniencia de superar, o mejorar si se puede, el control respecto a la drogadicción de las personas que delinquen, si es que efectivamente se quiere evitar que los adictos continúen cometiendo delitos...”* *“Si nos dejáramos llevar por la lógica, saltaría a la vista que si la cárcel vale para tratar conductas ilegales, sería prioritario en estos momentos que abordara el tratamiento de la drogadicción. Pero hay que reconocer que no es así y buena prueba de ello es que el propio Código Penal permite en ciertos casos que los drogodependientes puedan evitar la cárcel si efectúan fuera de ella*

El tratamiento deshabitador de sustancias tóxicas se contextualiza dentro del marco establecido en el Plan Nacional sobre Drogas y se implementa en coordinación con otras Administraciones Públicas (no podemos olvidar que sobre este aspecto concurren las competencias de las Comunidades autónomas y administraciones locales, tanto ayuntamientos como diputaciones provinciales) y otros organismos e instituciones debidamente acreditadas que aplican programas de base cognitivo-conductual.

Mención especial requiere la generalización de programas de mantenimiento con metadona en los Centros, medida prevista en la Circular 5/1995 sobre política global de actuación en materia de drogas en Instituciones Penitenciarias y con posterioridad en los artículos 116 y 117 del RP de 1.996. Como analiza DE MARCOS MADRUGA⁵²⁷, el consentimiento informado por parte del interno en forma de contrato terapéutico en estos supuestos deviene fundamental desde la perspectiva jurídica en orden a establecer la responsabilidad de los servicios médicos intervinientes y de la propia Administración, constituyendo una medida esencial para intentar la deshabitación de sustancias tóxicas o la reducción de daños en consumidores de drogas, todo ello en orden a dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 43 de la Constitución que reconoce el derecho a la protección de la salud.

Al objeto de favorecer y posibilitar la actuación se prevé que para la realización de programas permanentes, el Centro Directivo podrá disponer de departamentos específicos ubicados en diferentes áreas geográficas para evitar, en lo posible, el desarraigo social de los internos que sigan un programa en ellos con el fin de dar respuesta a la realidad penitenciaria

tratamientos de deshabitación. La paradoja es patente: como interesa que cambien de conducta no hacemos que ingresen en prisión, de donde se deduce fácilmente que no creemos en la capacidad de reinserción de las prisiones.” CARMENA CASTRILLO, M. *Crónica de un desorden, notas para reinventar la Justicia*. Círculo de Lectores. Barcelona, 1.988. Págs. 88 y ss.

⁵²⁷ DE MARCOS MADRUGA, F. “Aspectos jurídicos y normativos de los tratamientos con metadona en prisión”. VV.AA. Manejo de pacientes en tratamiento en metadona en centros penitenciarios. Ministerio del Interior, Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 2.001. Págs. 37 a 65.

innegable en la que la toxicomanía está detrás o al lado de numerosos hechos delictivos⁵²⁸.

A los programas específicos destinados a drogodependientes se han ido sumando otros a personas condenadas por delitos contra la libertad sexual y por delitos cometidos en el ámbito doméstico de etiología machista con lo que se da respuesta a las preocupaciones sociales emergentes en cada momento.

Surgen como posibilidad la realización de programas de tratamiento para internos condenados por delitos contra la libertad sexual a tenor de su diagnóstico previo. El seguimiento de estos programas se configura desde la voluntariedad y la no marginación de los afectados, ofreciendo una alternativa desde la ciencia a los autores de estas formas de delincuencia que tanta alarma social crean y cuyas víctimas sufren consecuencias traumáticas indelebles en numerosos aspectos vitales⁵²⁹.

En este contexto de ofrecer respuestas específicas a problemas personales singulares se viene implementado en los Centros penitenciarios el Programa de Intervención para agresores de género. La iniciativa, configurada desde la psicología clínica por ECHEBURÚA-ODRIOZOLA y GARRIDO GENOVÉS, se desarrolló de forma experimental en los años 2.001 y 2.002 y se ha generalizado en la actualidad conforme dispone la L.O. 1/2.004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; integrando aspectos clínicos con educativo-motivacionales bajo la perspectiva de género y diseñando diferentes itinerarios de cumplimiento de las penas. En el artículo 42 de dicha L.O. se establece que la Administración Penitenciaria realizará programas específicos para los condenados por estos delitos. En la actualidad se desarrollan programas de intervención con

⁵²⁸ Respecto a la modificación de las pautas de consumo de los toxicómanos: GAMELLA, J.F. “*Drogas: La Lógica de lo Endovenoso*”. Revista Claves de Razón Práctica Nº 18. Madrid, diciembre 1.991. Págs. 72 a 80. en este artículo se analiza el uso endovenoso de drogas donde se aúnan razones históricas y económicas, siendo el medio menos gravoso cuando el consumo es cotidiano y compulsivo.

⁵²⁹ Sobre el estado de la cuestión y el origen de la iniciativa en las prisiones españolas: MARSAHLL W. Y REDONDO ILLESCAS, S. “*Control y tratamiento de la agresión sexual*”. Delincuencia Sexual y Sociedad. VV.AA. REDONDO ILLESCAS, S. (Coord.). Ariel, Barcelona, 2.002. Págs. 320 a 326

hombres condenados por esta tipología delictiva tanto en el ámbito de penas privativas de libertad como en el de las medidas alternativas⁵³⁰.

El programa se estructura en una serie de unidades progresivas en las que se intenta modificar y mejorar las variables relacionadas con la violencia de género. Tiene un formato grupal, celebrándose sesiones semanales durante aproximadamente un año. La intervención es de tipo psicoterapéutico y educativo. Incluye aspectos como:

- Toma de conciencia y modificación de pensamientos, actitudes y creencias de tipo sexista, que justifican la desigualdad de género.
- Identificación de las distintas formas en las que se ejerce la violencia.
- Asunción de la responsabilidad, eliminando estrategias defensivas o justificadoras de los hechos violentos.
- Desarrollo de la empatía hacia las víctimas.
- Especial énfasis en los hijos como víctimas directas de la violencia de género, reconociendo formas de abuso e instrumentalización.

Desde otro ámbito, se ha avanzado en la atención a las mujeres reclusas víctimas de esta violencia que, con independencia del hecho delictivo que motiva su internamiento, arrastran frecuentemente un historial personal repleto de agresiones. Para disminuir su vulnerabilidad se ha diseñado una estrategia en el que participan profesionales del medio penitenciario con experiencia en la intervención con mujeres y violencia de género y expertos ajenos a la propia Institución elaborándose el “*Programa de Prevención de violencia de género en Centros Penitenciarios*”⁵³¹.

Con especial interés debemos contemplar el diseño de programas de mediación penal destinados a autores de delitos de terrorismo que, de forma incipiente y sumamente discreta, comienzan a surgir en la actualidad. Para

⁵³⁰ “*Programa de Intervención para Agresores (PRIA)*” Documentos Penitenciarios 7. Violencia de Género. VV.AA. Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, 2.010.

⁵³¹ “*Programa de prevención de violencia de género para las mujeres en Centros Penitenciarios*”. Documentos Penitenciarios 9. Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, 2.010.

este grupo de internos pertenecientes a diversas organizaciones se diseñó por la Institución un programa de intervención para alentar evoluciones positivas de separación respecto al control que las organizaciones criminales mantienen sobre sus presos⁵³². El programa no modifica los requisitos que los internos tienen que cumplir para tener acceso a los beneficios penitenciarios tasados en la ley.

Habida cuenta que en nuestra legislación el tratamiento es voluntario e individual, solamente podrían participar aquellos internos que lo acepten de forma expresa, que cumplan los requisitos que se exijan y que se comprometan a llevarlo a cabo en los términos que se determine. Los objetivos establecidos son:

- a) Comprobar la autenticidad de la evolución del recluso y la coherencia entre sus manifestaciones y su actuación.
- b) Concienciación de la magnitud y la trascendencia del daño ocasionado a las víctimas, sus familiares y su entorno.
- c) Asunción por parte del penado de su responsabilidad en la conducta delictiva y superación de los elementos de convicción que le llevaron a delinquir y a justificar la violencia para la consecución de objetivos políticos.
- d) Progresiva asunción de valores cívicos, de respeto a la vida, la integridad física y la libertad de los ciudadanos, así como las exigencias legales de perdón expreso a las víctimas, reparación del daño y colaboración con las autoridades para disminuir los efectos del delito cometido y la desaparición de la organización terrorista.

⁵³² Hablamos de la llamada “Vía Nanclares” puesta en marcha con discreción por II.PP. CEBERIO BELAZA, M. “*cara a cara entre terroristas y víctimas*” (Diario El País de fecha 25 de septiembre de 2.011) y BUESA, M. “*Los presos de ETA y “el juego de la gallina”*”. Cátedra de Economía del Terrorismo. Universidad Complutense de Madrid. Documento de Trabajo N° 13. Madrid, 2.012. (www.pendientedemigracion.ucm.es/). Sobre su contenido: entrevista al Secretario General de II.PP. El Mundo 28.5.2012. Págs. 10-11. Sobre la situación actual del programa: comparencia del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Senado en la que responde a una pregunta planteada por el Senador Bildarratz Sorron sobre las políticas del Gobierno para promover la reinserción en desarrollo del artículo 25.2 C.E. Diario de Sesiones del Senado. Pleno N° 134. Págs. 12.786 a 12.788.

e) Preparación para la vida en libertad, resistiendo la estigmatización que en el entorno que justifica planteamientos comprensivos con quienes ejercieron o justificaron la violencia terrorista produce la disidencia de los que asumen el compromiso con la legalidad.

f) Entrenamiento en habilidades para la superación creativa y pacífica de situaciones conflictivas y aprendizaje para la adopción de decisiones personales y autónomas.

Según el programa, quienes han pertenecido a grupos terroristas están acostumbrados a actuar siempre bajo su disciplina y con exclusiva lealtad a las normas de estas bandas criminales hasta el punto de subvertir el orden más elemental de valores de convivencia propios de un Estado democrático y de Derecho y crear una *“legitimidad alternativa y legalidad paralela”*. Los Equipos de Tratamiento de los Centros en los que se lleva a cabo el Programa deben poner en marcha un conjunto de actividades como cursos, coloquios, conferencias – *“Aulas para la convivencia”*-, encaminadas a robustecer e incentivar la evolución de los penados así como la asunción por éstos de los valores que identifican a las sociedades democráticas avanzadas.

Para el desarrollo de estas actividades se previó la posible solicitud de participación de personas o instituciones que, desde la pluralidad, han obtenido reconocimiento o relevancia social en la defensa de los valores que hayan contribuido a la erradicación de la violencia como legitimadora de cualquier idea, apoyado el reconocimiento del dolor de las víctimas o contribuido a la consolidación de los derechos y libertades que identifican nuestro Estado de Derecho⁵³³.

Un aspecto importante es la participación de las víctimas en los programas. La legislación vigente, para penados por delitos de terrorismo, reconoce efectos jurídicos a la solicitud de perdón a las víctimas. Es un

⁵³³ Sobre la necesidad de llevar a cabo actuaciones de justicia restaurativa en este ámbito es interesante la aportación del Magistrado DE PRADA SOLAESA, J.R. *“Justicia transicional ante el final de E.T.A”*. Actas VI Jornadas de Estudios de Seguridad. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED. Madrid, 2014. Págs. 21 a 36.

requisito para el acceso al tercer grado (Art. 72.6 de la LOGP) y se exige para que el informe pronóstico final, previo a la concesión de la libertad condicional, sea favorable (Art.90 del CP).

La Administración Penitenciaria debe arbitrar los procedimientos para que las víctimas que así lo deseen, puedan otorgar el perdón a los penados dispuestos a pedirlo. A tal fin, en el programa se contemplan encuentros destinados a satisfacer esta exigencia legal. La aceptación del encuentro partirá siempre de la víctima, que tendrá que ser la directamente perjudicada por el delito o sus allegados más cercanos. El penado que solicita el perdón tiene que ser el autor material o el cooperador directo del hecho delictivo que ha causado el daño. El encuentro irá precedido de la preparación necesaria para que, en ningún caso, esta actividad pueda suponer un incremento del estado de aflicción de la víctima.

Una consecuencia lógica en este proceso de resocialización es el disfrute regular de permisos ordinarios de salida, aspecto que causa polémica en la sociedad. La concesión de permisos a internos que en su momento delinquieron reiterada y gravemente y que han accedido a su disfrute tras estimar la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sendos recursos de apelación contra los Autos del Juez Central de Vigilancia Penitenciaria que desestimaron los interpuestos contra las resoluciones de las Juntas de Tratamiento, son un buen ejemplo reciente⁵³⁴.

Es preciso hacer referencia a la necesidad de que la Institución ofrezca respuestas actualizadas, incluso con carácter preventivo, diseñando e implementando programas de actuación a los problemas emergentes. Naciones Unidas ha mostrado su profunda preocupación por el auge de movimientos extremistas y de los partidos políticos que hacen propaganda del racismo, el antisemitismo y la xenofobia, promueven la ideología fascista y la superioridad racial⁵³⁵. Hablamos de los llamados “*delitos de odio o de discriminación*”, no definidos en la legislación vigente y que se

⁵³⁴ Autos de la Sala de lo Penal de la AN de 7 de mayo y 17 de julio de 2.013 que conceden tres días de permiso ordinarios a interno condenado por delito de terrorismo.

⁵³⁵ Texto aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20.12.2012.

caracterizan por estar motivados en la intolerancia que tiene como causa prejuicio o animadversión y que niegan la dignidad y los más elementales derechos a personas y colectivos que estiman diferentes.

Como respuesta a esta situación, la L.O. 1/2015, de reforma del Código Penal, modifica la tipificación de las conductas de incitación al odio y a la violencia⁵³⁶ para adaptar la legislación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de noviembre, que impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías) y a la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia.

La reforma castiga dos grupos de conductas: Por un lado, las acciones de incitación al odio o a la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas o relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios y la producción, elaboración o distribución de materiales con ese fin. La negación del genocidio se castiga si incita al odio o a la violencia. El otro grupo persigue los actos de humillación o menosprecio contra dichas minorías y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra ellos. La pena se ve agravada en los supuestos de comisión a través de Internet u otros medios de comunicación social y se adoptan medidas para su clausura si fuera necesario.

Se impondrán penas superiores si por el contexto o las circunstancias en las que se produzcan se altera la paz pública o se menoscaba gravemente el sentimiento de seguridad de los integrantes de los grupos afectados. También se tiene en cuenta si han participado organizaciones delictivas y se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El medio penitenciario puede constituir un entorno propicio para el desarrollo de estas formas heterogéneas de actuaciones antisociales y

⁵³⁶ Modifica la redacción del art. 510 (que incluye el anterior 607), introduce el 510 bis y modifica la redacción de los arts. 511 y 512.

discriminatorias vinculadas por su motivación. Consideramos que debe implementarse una política criminal eficaz para evitar que estas ideas perversas surjan, se desarrollen u organicen, paradójicamente, en estos espacios orientados para la reinserción⁵³⁷.

8.2.2.4.- Programas especializados para internos clasificados en segundo grado

El artículo 117, bajo la denominación de “*medidas regimentales para la ejecución de programas especializados para penados clasificados en segundo grado*”, establece la previsión de que, los internos clasificados en este grado que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, acudan regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que éste sea necesario para su tratamiento y reinserción social.

Estas medidas se planifican de manera consensuada con el interno por la Junta de Tratamiento y se condiciona tanto a su consentimiento como al compromiso formal de observar el régimen de vida propio de la institución y las medidas de seguimiento y control que se establezcan en el programa, que no podrán consistir en control personal por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

La duración de cada salida diaria no puede exceder de ocho horas, requiriendo el programa del que forme parte autorización del Juez de Vigilancia (salvo que las salidas fueran puntuales o irregulares, en cuyo caso son autorizadas por el Centro Directivo). La participación podrá ser revocada por decisión voluntaria del interno, por incumplimiento de las condiciones establecidas o por circunstancias sobrevenidas.

⁵³⁷ El 15.12.2.014 el Secretario de Estado de Seguridad ha presentado el primer Protocolo de Actuación de las Fuerzas de Seguridad ante los delitos de odio. Se dota por primera vez a los Cuerpos policiales de una herramienta de identificación y homogeneización del procedimiento policial, ya que hasta “el momento -ha explicado- se partía de una situación de total desconocimiento de las tipologías penales y administrativas relacionadas con los delitos de odio que ni siquiera estaban identificados como tal”. (www.interior.gob.es)

8.2.2.5.- El tratamiento de los internos en primer grado

La finalidad reinsertadora se concibe también respecto de los que se encuentren en régimen cerrado o cumpliendo sanción de aislamiento en celda. Esta pretensión prima sobre las propias circunstancias individuales que existen en cada momento. Si como se puede deducir del artículo 10 de la Ley los establecimientos de régimen cerrado o departamentos especiales tienen carácter excepcional y la permanencia de los internos en estos centros solamente existirá por el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso, entendemos que surge para la Administración penitenciaria una obligación de hacer y adoptar las medidas necesarias para intentar conseguir el regreso de los mismos al régimen ordinario o abierto, evitando situaciones indeseables por destructoras para la personalidad de los reclusos que se hallan limitados en sus posibilidades vitales a lo largo de periodos de tiempo siempre demasiado prolongados por este motivo⁵³⁸.

La reforma profundiza también en este ámbito en el principio de individualización científica tratando de proporcionar los medios necesarios para adaptar el tratamiento a las necesidades individuales de cada interno, cuyo programa podrá combinar, incluso, elementos de los diferentes grados de clasificación, en las condiciones establecidas en el artículo 100.2, que introduce el *principio de flexibilidad*. Nos acercamos definitivamente a las tendencias europeas que utilizan los *planes individualizados* según la personalidad y evolución del recluso sin afectar al régimen o establecimiento de cumplimiento.

⁵³⁸ RODRÍGUEZ, J. “*El País Semanal*”. Nº 1816. 2011. tras visitar varios centros, señala: “Cuando abandonamos la cárcel de Morón, ellos se quedan dentro. Los internos y los funcionarios. Durante días hemos practicado una rendija en el hermético universo del aislamiento. Los internos y los funcionarios no han bajado la guardia, pero a ratos se ha roto el hielo. ¿Hay salida para los internos de aislamiento? ¿Pueden cambiar? Nadie tiene la respuesta absoluta. Sin embargo, una de las grandezas del periodismo es dar con profundas reflexiones existenciales donde menos te lo esperas. Como esta con la que se despidió Félix: “¿Conoce el bambú? Cuando siembras una semilla, durante seis años no pasa nada. Y llegas a pensar que se ha muerto. Sin embargo, al séptimo año, en seis semanas, crece 30 metros. Yo soy como el bambú. He echado una semilla y tardará en crecer. Si al bambú le metes prisa, no brota. Hay que abonarlo, regarlo y tener paciencia porque está echando raíces. En siete años, las mías se irán asentado, y en seis semanas treparé por encima de los muros de esta cárcel y dejaré todo atrás””.

8.2.2.6.- Enfermedad mental y prisión

Tras la desaparición de los “manicomios” en los años 80, las personas allí tratadas han ido engrosando las estadísticas penitenciarias, convirtiéndose las cárceles en nuevos almacenes de enfermos mentales⁵³⁹.

De ello se hablaba ya en la Recomendación N° R (98), 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa:

“En los últimos años, coincidiendo con el aumento de la población penitenciaria, se ha observado un sensible incremento en el número de personas que padecen algún tipo de trastorno mental. Esto no significa que sea debido a un efecto específico de la prisión sobre las personas internas sino más bien, de una parte, a la desaparición de los manicomios como espacio que durante dos siglos ha albergado a una buena cantidad de personas socialmente problemáticas (con trastornos de la personalidad, oligofrenias...), y por otro lado, al considerable aumento de la población general que carece de recursos de todo tipo o está simplemente marginada, entre la que hay que contar con un buen número de personas con trastornos mentales, en especial psicosis crónicas, que de una manera u otra acaban con facilidad en la prisión. Sin contar, claro está, con los trastornos mentales provocados por el consumo de sustancias tóxicas o por enfermedades como el SIDA.”

Son dolencias incapacitantes, que impiden al paciente que se halla privado de libertad adaptarse a la vida en prisión y que exigen un tratamiento psico-psiquiátrico y farmacológico en muchos casos incompatibles con la permanencia en un centro cerrado. Se trata de enfermos mentales sin acogida familiar ni medios económicos, muchos de ellos enfermos duales y sin relaciones con el exterior, reincidentes y sin seguimiento por parte de los servicios sanitarios comunitarios a su puesta en libertad. En la calle, muchos son indigentes y adoptan formas de vida marginales.

Existe una preocupante realidad y es preciso trabajar en la prevención para identificar y tratar los problemas evitando posibles situaciones de riesgo

⁵³⁹. Págs. 251 a 254. Aborda la íntima relación que tiene el suicidio en prisión como manifestación del impacto psicológico que el internamiento conlleva y el consumo de sustancias tóxicas como problema de compleja resolución al que deben hacer frente los sistemas penitenciarios europeos.

innecesario que en ocasiones desembocan en una alteración del comportamiento y en el delito. Dejar a las personas con trastornos mentales tratables en manos del sistema de justicia penal no es útil ni para la sociedad ni para el individuo. El hecho de que haya tantos internos con problemas psiquiátricos en las prisiones –frecuentemente sin tratamiento- supone una afrenta para los valores sociales y la adecuada comprensión de las enfermedades mentales.

8.3.- Formas Especiales de Ejecución

Concibiéndose como instrumentos para el tratamiento de colectivos específicos de penados que permiten utilizar los recursos extra-penitenciarios existentes en la sociedad a la que se encomienda su gestión por vía de las entidades colaboradoras, se prevén como formas especiales de ejecución los Centros de Inserción Social (artículos 163 y 164), las Unidades Dependientes (artículo 165) y las Unidades extra-penitenciarias (artículo 182). El fundamento en estos supuestos es terapéutico y tratamental⁵⁴⁰.

Con finalidad distinta se regulan las unidades de madres (Arts. 178-181) y los departamentos mixtos (que se crean con carácter excepcional al considerarse que constituye una excepción al principio de separación de sexos previsto en la legislación española y en los tratados internacionales). La finalidad en estos supuestos es claro: garantizar el principio constitucional de protección a la familia e infancia en el ámbito penitenciario, tratando de paliar, en lo posible, la desestructuración de los grupos familiares que tengan varios miembros en prisión y proporcionar la asistencia especializada necesaria a los niños menores de tres años que convivan en prisión con sus madres, en consonancia con la modificación, ya citada, del artículo 38 de la Ley. El tratamiento pierde también su carácter estrictamente científico optándose por decisiones útiles y satisfactorias, más adaptadas a las posibilidades y a la realidad que a los planteamientos legales a los que responde.

⁵⁴⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2.011. Págs. 531 a 553.

Se potencia la entrada en prisión de la sociedad y el contacto familiar para fortalecer los vínculos entre los internos, su entorno social y la comunidad, en línea con las conclusiones de las Naciones Unidas en su reunión de Tokio de diciembre de 1990⁵⁴¹. El Reglamento no sólo contiene un variado elenco de contactos con el exterior (permisos de salida, comunicaciones especiales, potenciación del régimen abierto, tratamiento extra-penitenciario y en semilibertad) sino que favorece la colaboración de entidades públicas y privadas dedicadas a la asistencia de los reclusos, plasmándose así en el artículo 62 de la norma reglamentaria.

Finalmente debemos referirnos “*al internamiento de departamentos para jóvenes*” (según señala en Capítulo IV del Título) y al internamiento en un Establecimiento o Unidades Psiquiátricas penitenciarias. Estamos ante dos preocupaciones tradicionales de la Institución que estuvo presente en los autores de la Ley Orgánica. Es preciso recordar que la promulgación de una Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores era una necesidad impuesta en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores; en la moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994, y en el artículo 19 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La Ley Orgánica 4/1.992, elaborada como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1.991, de 14 de febrero, que declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, texto refundido de 11 de junio de 1948, estableció un marco flexible para que los Juzgados de Menores pudieran determinar las medidas aplicables a éstos en cuanto infractores penales sobre la base de valorar especialmente el interés del menor, entendiendo por menores a tales efectos a las personas comprendidas entre los doce y los dieciséis años,

⁵⁴¹ Estas Reglas tienen su origen en el 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, donde se recomendó a la Asamblea General de N.U. la adopción de medidas mínimas sobre penas no privativas de libertad, aprobándose definitivamente por Resolución 45/110. Relevante por su contenido es la importancia dada a la participación de la sociedad en la reintegración del delincuente, subsanando y fortaleciendo la relación deteriorada delincuente-sociedad y alentando la búsqueda de soluciones no privativas de libertad.

encomendando al Ministerio Fiscal la iniciativa procesal con amplias facultades para acordar la terminación del proceso con la intención de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo pudiera llegar a producir. Configuró al equipo técnico como instrumento imprescindible para alcanzar el objetivo que persiguen las medidas y establecía un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa con todas las garantías derivadas del ordenamiento constitucional, en sintonía con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional y lo dispuesto en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1.989.

El artículo 19 del Código Penal de 1.995, fijó la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exigió la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una Ley independiente. Esta Ley Orgánica, posterior al Reglamento penitenciario, es la 5/2.000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores que pretendió recoger los siguientes principios generales: 1.- Naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores. 2.- Reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor. 3.- Diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores. 4.- Flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto. 5.- Competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución.

Se produjo un avance de forma decidida hacia la desaparición de los centros penitenciarios de aquellas personas extraordinariamente jóvenes que iniciaron largas carreras criminales intramuros de la Institución y que consumieron su vida alternando periodos de encarcelamiento con intensas vivencias en ambientes delincuenciales causando grave daño a la sociedad, a su entorno personal y a sí mismos.

8.4.- Capítulo III: Formación, cultura y deporte

El Capítulo se estructura dentro del tratamiento lo que eleva su potencial resocializador a la máxima categoría y adecua la normativa a la realidad sociológica y penitenciaria. También realiza una determinación expresa que equipara las posibilidades de formación y educación de los extranjeros a la de los nacionales, previendo que se procurará facilitarles los medios adecuados para aprender el idioma castellano y la lengua co-oficial de la Comunidad Autónoma donde radique el centro. Se establece la expedición de certificaciones acreditativas de las enseñanzas, cursos y actividades desarrollados sin que se contenga indicación alguna relativa a su obtención en un establecimiento penitenciario.

Destaca la cuidada redacción que denota la importancia otorgada a los esfuerzos de la Administración tendentes a paliar las carencias educativas presentes en un elevado porcentaje de internos, dándose prioridad para que la enseñanza básica se imparta a analfabetos, jóvenes, extranjeros y a las personas con problemas específicos para su acceso a la educación. Como se señala, la formación integral de las personas es el instrumento esencial para su socialización, retomándose así los principios y postulados básicos de la educación y su normalización tomando como referencia el medio libre⁵⁴².

En este sentido es preciso resaltar los valores inherentes que la práctica deportiva individual y en equipo posee y desarrolla, aspecto que consideramos esencial en la Institución penitenciaria como herramienta de primera magnitud para la consecución de los fines resocializadores. Sirva señalar la vinculación con el deporte de los términos respeto, cooperación, amistad, competitividad, convivencia, aceptación de las normas, desarrollo de habilidades, fortaleza mental, creatividad, diversión, disciplina, autoconocimiento, mejora de la salud, reconocimiento del adversario, espíritu de sacrificio, perseverancia, humildad, autodominio, trabajo en equipo, participación o compañerismo.

⁵⁴² FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2.011. Págs. 456 a 463.

8.5.- Capítulos IV y V: La relación laboral especial del trabajo penitenciario y los trabajos ocupacionales no productivos.

Se dota al trabajo productivo de virtualidad tratamental. Recogiendo los postulados de DE LA CUESTA ARZAMENDI en Capítulos previos de esta obra, se revitaliza esta ámbito con todo su potencialidad rehabilitador y reinsertador, soslayando los viejos postulados que consideraban que el origen y desarrollo de la pena de prisión como tal se encontraban inexorablemente unidos a la explotación de la abundante mano de obra reclusa⁵⁴³.

Conforme señaló el artículo 2 apartado c) del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y siguiendo la tradición jurídica española en esta materia, esta relación laboral de los “*penados en las instituciones penitenciarias*” se regula por una normativa que respete los derechos básicos reconocidos en la Constitución. Dicha legislación, contenida de forma muy limitada en el Reglamento de 1.996, fue sustituida por el Real Decreto 782/2.001, de 6 de julio, aprobado en cumplimiento de lo establecido en la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que, en su artículo 21, encomendó al Gobierno articular la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios contemplando, además, un marco de protección de Seguridad Social de este colectivo acorde con sus especiales características. También determinó que

⁵⁴³ GARCÍA VALDÉS, C. *Historia de la Prisión. Teorías Economicistas. Crítica*. Edisofer, S.L. Madrid. 1.997. En el epílogo de la obra señala: “*El trabajo en la privación de libertad es, en su origen, redención; a veces, castigo; siempre, envés del ocio; a lo sumo, mínima formación profesional, asaz dificultosa, pero nunca elemento político de la producción nacional sobre la que cabe actuar. Sólo desde el retorcimiento argumental se concluye con tal reflexión imposible.*” (Pág. 405). Igualmente indica: “*la conocida tesis de que el problema resuelto con el encierro es el empleo de una mano de obra barata y la creación de una delincuencia que la propia sociedad necesita para, posteriormente, reintegrársela, como pescadilla que se muerde la cola, parece poco creíble... Trabajo barato, salarios baratos, reabsorción en época de crisis... La pregunta está clara, ¿de quién?, ¿quiénes son los que trabajan con los establecimientos penitenciarios?, ¿con qué competencia?, ¿con quién compiten?, ¿no será con el capitalismo preindustrial o industrial del todo!, ¿con qué especialización?, ¿cuántos son para que sean educados en la disciplina laboral y emplearlos, después, en libertad?, ¿tantos son? No estimo preciso este pensamiento*”. (Pág. 411). Sobre los Orígenes del trabajo en prisión: MATA Y MARTÍN, R. *Aproximación a las Bases del Sistema Penitenciario*. Junio, 2.014. Inédito. Págs. 117 a 119 y 134 a 137.

a las cotizaciones a la Seguridad Social que hayan de efectuarse por las contingencias cuya cobertura se establezca, se les aplicarán las bonificaciones generales que se otorguen a favor de los trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral o las que específicamente se fijen para este colectivo.

La Ley 14/2.000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social, en su artículo 24, apartado cuarto, introdujo una nueva disposición adicional trigésima en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por la que se establecieron determinadas bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social por los conceptos de recaudación conjunta, respecto de los penados que realicen actividades laborales en instituciones penitenciarias, y declaró aplicables a las cuotas empresariales por contingencias comunes las bonificaciones generales que se otorguen a la contratación de trabajadores con especiales dificultades de inserción laboral.

Respecto al trabajo ocupacional no productivo, el Reglamento constituye una primera regulación expresa de los tradicionales talleres existentes en las prisiones equiparable a las actividades de laborterapia llevadas a cabo en el medio libre, abriendo una incipiente regulación a la comercialización de los productos artesanales y manufacturados de diversa calidad realizados además de dotar de contenido y consecuencias terapéuticas favorables y, por lo tanto, merecedores de reconocimiento e incentivación a favor de los reclusos, no solamente penados, que participen en ellos.

El nuevo Reglamento trata de dinamizar las prisiones mediante la ampliación y la diversificación de la oferta de actividades tratamentales, laborales, educativas, culturales, ocupacionales o deportivas para motivar la participación de los internos en los programas de tratamiento convirtiendo los centros en unos auténticos servicios públicos dirigidos a la resocialización y al desarrollo personal. Esta nueva noción de tratamiento que introduce el Reglamento no solamente amplía la anterior sino que la corrige y supera, tal y como indicó BUENO ARÚS:

“Comienza el deshielo, quiero decir, la ruptura de la comprensión científico-clónica del tratamiento como única orientación posible. Cualquier cosa es tratamiento si ayuda a los fines de la pena. Y si no hacen falta expertos de preparación científica para estas actividades más simples, sino solamente “mano izquierda” o capacidad de entendimiento con buena fe, cordialidad y solidaridad, los problemas tradicionales sobre dificultades y obstáculos...vinculados a los medios económicos y el personal científicamente preparados, se van a caer o reducir consecuentemente”⁵⁴⁴.

8.6.- Régimen penitenciario

El Reglamento de 1.996 efectúa una redefinición del régimen cerrado (Capítulo IV del Título III) estableciendo dos modalidades de vida: departamentos especiales de control directo para los internos extremadamente peligrosos y módulos o centros de régimen cerrado para los reclusos manifiestamente inadaptados a los regímenes comunes.

La asignación del destino a los mismos se efectúa mediante resolución motivada fundada en causas objetivas que no quedan redactadas en el artículo 102.5 bajo una fórmula cerrada o de *numerus clausus* sino que se enumeran (*“ponderando la concurrencia de factores tales como...”*) a título de ejemplo.

La regulación del régimen cerrado ha pasado por tres situaciones distintas: el Reglamento de 1981 que establecía dos tipos de tipo de vida dentro del primer grado, la reforma de 1984 que los redujo a un único tipo y el de 1996 que vuelve a permitir dos regímenes de primer grado.

Esta última opción nos parece la más acertada porque permite la subclasificación en dicho grado de dos perfiles de internos muy diferentes, por un lado, los de inadaptación manifiesta al régimen ordinario (Art. 91.2 RP) que sólo necesitarían cierta vigilancia para no influir negativamente en la vida del régimen ordinario y, por otro, los internos muy peligrosos que deben estar sometidos a un régimen más estricto con mayor control (Art. 91.3 RP).

⁵⁴⁴ BUENO ARÚS, F. *“Novedades en el Tratamiento Penitenciario”*. Revista de Estudios Penitenciarios N° 252. Ministerio del Interior. Madrid, 2.006. Págs. 25 a 27.

Este doble régimen de vida se había creado vía Circular de la Dirección General pasando al nuevo Reglamento de 1.996 con una mejor regulación. Un sector de la doctrina considera que este doble tipo de vida de primer grado debería estar recogido en el Art. 10 de la LOGP, pues sólo una interpretación muy amplia del mismo permite diferenciar dos tipos de regímenes de vida dentro de él, considerando conveniente la reforma de este artículo para soslayar cualquier tacha de vulneración del principio de jerarquía normativa que puede apreciarse en la actualidad.

Para corregir esta situación, en el trámite parlamentario que concluyó en la promulgación de la Ley Orgánica 13/1.995, de 18 de diciembre (que modificó la Ley Orgánica General Penitenciaria), a propuesta de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, se abordó la reforma del citado Art. 10, finalmente no aprobada. En cualquier caso, en ambas modalidades de vida se debe potenciar la realización actividades programadas para atender las necesidades de tratamiento e incentivar su adaptación al régimen ordinario. De forma paralela, las limitaciones deben ser lo menos severas posible en su intensidad y breves en su duración.

Por lo que se refiere al estatuto jurídico de todos los reclusos, el Reglamento Penitenciario de 1.996 regula con amplitud sus derechos y deberes. Se establece el acceso a las prestaciones penitenciarias (sanitarias, alimentación, formación...) y sociales que se detallan de forma adecuada. Se consolida el planteamiento legislativo de establecer un sólido status jurídico de la persona privada de libertad en el que el conjunto de derechos y obligaciones tenga una regulación cuidada limitando el margen de discrecionalidad de la administración. Como ha señalado NISTAL BURÓN⁵⁴⁵,

“La cárcel aspira a ser un espacio de responsabilización respecto de la conducta infractora que se rige por el principio de conservación de los derechos de los internos”.

⁵⁴⁵ NISTAL BURÓN, J. “El horizonte del sistema penitenciario español. El futuro de la cárcel y la cárcel del futuro” y “Los componentes jurídicos de un sistema penitenciario español. El Caso Español”.Revista General de Derecho Penal Nº 19. Ed. Iustel. Madrid. Mayo, 2.013.

Respecto a los internos extranjeros, el Reglamento trata de incorporar las Recomendaciones del Consejo de Europa bajo el principio de no discriminación. Se ha señalado que posteriores instrucciones de la Dirección General de II.PP. conciben la extranjería extra-comunitaria como un riesgo añadido de quebrantamiento de condena a efectos de estudiar y conceder en su caso las solicitudes presentadas para el disfrute de permisos de salida (nos referimos a la Instrucción 22/1.996), vulnerando la normativa vigente⁵⁴⁶.

Según esta Instrucción, conforme a los datos empíricos obtenidos del estudio de los quebrantamientos de condena ocurridos aprovechando estas salidas temporadas en los años anteriores se incluye, entre otros, un valor en la *Tabla de Valoración de Riesgo* denominado *extranjería* que da lugar a que resulte una alta probabilidad de evasión por el mero hecho de ser extranjero⁵⁴⁷.

Desde nuestra opinión, la valoración que se realiza para la toma de estas decisiones trascendentales (en la medida en que se posibilita el eventual quebrantamiento de la misma condena) no puede tacharse como medida discriminatoria per se sino que debe englobarse en el análisis y ponderación individualizada de todas las circunstancias concurrentes en cada uno de los reclusos previo a la adopción de estas resoluciones, debiendo interpretarse de forma conjunta con el resto de características personales y que, eventualmente, arrojará un predictor del resultado del éxito o fracaso de las salidas temporales que no se puede desatender en un contexto de rehabilitación y reinserción social de los penados y en el sostenimiento mismo del sistema penitenciario establecido. Por ello no podemos olvidar que unas tasas de quebrantamiento de condena por esta vía pondría en cuestión la propia pervivencia de la medida en los términos actuales.

⁵⁴⁶ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario*. Iustel. Madrid, 2.010. Pág. 208 A 211.

⁵⁴⁷ La Tabla de Valoración de Riesgo y la Concurrencia de Circunstancias Peculiares constituye una herramienta de predicción del riesgo de quebrantamiento en los permisos cuya validez ha sido ratificada en la vigente Instrucción 1/2.012, de 2 de abril, que añade dos nuevas circunstancias a considerar: la existencia de resoluciones administrativas o judiciales de expulsión en supuestos de extranjeros y la comisión de delitos de violencia de género dentro de los delitos específicos.

Esta diferenciación por nacionalidad también se hace patente con la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en Materias de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros que modifica el Código Penal y da un gran impulso a la sustitución automática de la pena por la expulsión (Art. 89 CP), con lo que se pueden ver afectadas sus expectativas para disfrutar permisos de salida, régimen abierto y, sobre todo, la libertad condicional, como analizaremos oportunamente.

8.7.- Control jurisdiccional, modelo organizativo y clasificación de los centros.

En el control jurisdiccional de la actividad penitenciaria tras la entrada en vigor del vigente Reglamento destaca la ampliación de las situaciones en las que se prevé la intervención del Ministerio Fiscal, debiendo resaltarse la sistematización de la notificación por parte de la Administración penitenciaria de las clasificaciones en tercer grado (Art. 107) que evita que las progresiones a tercer grado de tratamiento acordadas queden al margen del control judicial por desconocimiento de su adopción como ocurría con anterioridad al no ser recurridas (lógicamente) por sus beneficiarios.

El Título XI establece el nuevo modelo organizativo de los centros, que sólo resulta aplicable a las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia penitenciaria (actualmente Cataluña) como derecho supletorio. Su finalidad es racionalizar y desconcentrar las funciones (tratamiento, régimen, potestad disciplinaria y gestión económica) creando los siguientes órganos colegiados especializados: Consejo de Dirección, Comisión disciplinaria, Junta Económica-Administrativa y Junta de Tratamiento. Estamos ante un aspecto esencial en el gobierno de estas unidades administrativas cuyo estudio ha estado tradicionalmente relegado por parte de la doctrina científica.

La visión pseudo-militarizada de los establecimientos penitenciarios⁵⁴⁸ era un aspecto a superar por la Ley Orgánica que no fue abordado de manera decidida en su desarrollo reglamentario debido, posiblemente, a la precaria situación que en materia de orden y seguridad existía en el momento de su tramitación y los primeros años de aplicación. Surge así la cuestión de la gestión moderna, eficaz y eficiente de este ámbito esencial de la Administración en línea con los actuales postulados gerenciales y empresariales y con los principios contenidos en el Título IV de la Constitución, en la Ley 7/1.997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y en la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que entendemos plenamente aplicables a la gestión de estas organizaciones, salvo las especificidades que se puedan establecer en la Ley Orgánica.

La nueva regulación de la Junta de Tratamiento fue un gran avance para este órgano y, sobre todo, por la asignación de competencias que se hizo. Con anterioridad, las propuestas de grado y de permisos eran aprobados por la Junta de Régimen y Administración, suprimida por este Reglamento. Recordemos que este órgano estaba formado por los directivos del centro y otros funcionarios no especializados en las ciencias de la conducta y sin responsabilidades directas en funciones de intervención. En la actualidad se reside esta competencia en los profesionales que por su formación y capacitación son aptos para estas actuaciones y resoluciones. El Ejecutivo optó con acierto por trasladar la capacidad de decisión a los profesionales protagonistas de las intervenciones directas con los internos y no en los llamados al mantenimiento del orden y la disciplina interna.

Respecto a la clasificación de los centros, desaparece la clásica división entre centros de preventivos, penados, hombres, mujeres, jóvenes... y se crean los establecimientos polivalentes que, debido a su arquitectura modular, posibilitan la separación como establecen los artículos 7 a 11 de la

⁵⁴⁸ Sobre los antecedentes decimonónicos de esta organización: GARCÍA VALDÉS, C. *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.006. Págs. 65 a 114.

Ley Orgánica y realizar la asignación modular en base también a la clasificación penitenciaria.

Se ha criticado que estos macro-centros se construyeron por razones económicas y no son adecuados desde el punto de vista del tratamiento penitenciario porque, por su elevada capacidad, en lugar de individualizar despersonalizan al interno que se convierte en un simple número. MAPELLI CAFFARENA establece

“Ya hemos apuntado que en la actualidad la tendencia es crear establecimientos multirregimentales o polivalentes, formando distintas secciones dentro de ellos. La solución es, sin lugar a dudas, buena desde un punto de vista económico, pero no lo es tanto, desde una perspectiva penitenciaria. Los macro-establecimientos terminan homogeneizando las peculiaridades de cada régimen y favorecen un escenario estandarizado reñido con el principio de diversidad personal. También favorecen los excesos penitenciarios en la medida que la respuesta de seguridad y orden frente a un heterogéneo grupo de internos de distinta peligrosidad, termina perjudicando a los que presentan pronósticos favorables de adaptación”⁵⁴⁹.

Pese a esta visión desfavorable, debemos señalar que estos centros “tipo” repartidos clónicamente por la geografía nacional permiten una adecuada dotación de medios materiales y espacios suficientes que propician el acceso de los internos a numerosas actividades y servicios inimaginables con anterioridad. Sirva como ejemplo los amplios y modernos talleres productivos, edificios socioculturales, aulas, polideportivos o enfermerías y consultas de los que están dotados y que equiparan las condiciones de vida de los reclusos con las del resto de ciudadanos, cumpliéndose así lo que se ha llamado principio de habitabilidad⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ MAPELLI CAFFARENA, B. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Civitas Thomsom Reuters. Cizur Menor (Navarra) 2011. Pág. 186. De forma acrítica PÉREZ CEPEDA, A.I. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario*. Iustel. Madrid, 2.010. Págs. 93-94.

⁵⁵⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thonson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2.011. Págs. 235 a 242.

9.- REFORMAS PENALES, PROCESALES Y PENITENCIARIAS EN 2.003

En el año 2003 se efectuaron una serie de modificaciones del arsenal punitivo del Estado que tuvieron una amplia repercusión práctica en el futuro determinando, en buena medida, la política criminal y la situación penitenciaria de la actualidad.

Como señalaron numerosos autores, el conjunto de reformas ha supuesto un endurecimiento del sistema de penas y de su ejecución, llegando a cuestionar parte de la doctrina si no se estaba produciendo la afectación a los principios constitucionales inspiradores de la normativa penal, cuestionando su pertinencia al entender que los índices de delincuencia no justificaban el calado del cambio efectuado⁵⁵¹.

Fruto del llamado “*Acuerdo para la Reforma de la Justicia*” suscrito el 31 de mayo de 2.001 entre los dos grupos parlamentarios mayoritarios del momento, se produce la publicación de varias Leyes Orgánicas que pretendieron dar satisfacción a cuatro factores: a) De tipo técnico, con el fin de precisar y ajustar diversas disfunciones apreciadas en el Código Penal de 1.995. b) Intensificar el ius puniendi (como es la reintroducción de penas cortas privativas de libertad o del concepto de la multirreincidencia). c) Adaptar la norma penal a los cambios económicos producidos en la sociedad. d) Adecuar el Derecho penal a las nuevas sensibilidades sociales existentes.

La primera de las reformas es la L.O. 5/2.003, de 27 de mayo, que modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la L.O. 1/1.979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y la Ley 38/1.988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial.

⁵⁵¹ GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J.M. *La Reforma de la Ejecución Penal*. Tirant lo Blanc. Colección los Delitos Nº 63. Valencia 2.004. Págs. 19 y ss. TÉLLEZ AGUILERA, A. “*La Reforma del Código Penal y sus implicaciones penológicas*”. *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* Nº 1. Año 2.004. Madrid, 2.004. Págs. 30 a 50. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. “*Un Código Penal en Continua Reforma*”. VV.AA. *Las Últimas Reformas Penales II*. Cuadernos de Derecho Judicial X-2.006. CGPJ. Escuela Judicial. Madrid, 2.006. Pág. 211

En fecha 2 de julio de 2.003 entró en vigor la L.O. 7/2.003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que modificó determinados preceptos del Código Penal, la Ley Orgánica General Penitenciaria, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en diversos aspectos relacionados con la ejecución penal.

La L.O. 11/2.003, de 29 de septiembre, modificó el Código Penal en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, según el enunciado del texto legal, y la prisión preventiva. Finalmente, la L.O. 15/2.003, de 25 de noviembre reformó sustancialmente el Código Penal, afectando a casi la mitad de su articulado.

Además de las anteriores reformas penales y procesales y dentro del contexto revisionista imperante debemos considerar la nada desdeñable modificación de la LOGP efectuada por la Ley Orgánica 6/2.003, de 30 de junio, que alteró sustancialmente el acceso de los internos a los estudios universitarios, aspecto regulado en el artículo 56 de la Ley.

Se afronta una situación alarmante denunciada con reiteración por amplios sectores administrativos, políticos y sociales como era la facilidad con la que internos condenados en relación con delitos cometidos por miembros de la banda ETA accedían a las titulaciones ofertadas por la Universidad del País Vasco al margen de los criterios académicos comunes y generales.

La Exposición de motivos de la Ley Orgánica alude a la teoría de la relación de sujeción especial que obliga a los internos a acatar las normas de régimen interior reguladoras de los establecimientos como elemento modulador del derecho a la educación garantizado en el artículo 27 de la Constitución. A continuación y de una forma tenue, remite a la experiencia adquirida en la aplicación práctica de la Ley penitenciaria, concluyendo que se deben precisar las condiciones y garantías de los internos en el acceso a la enseñanza universitaria, de forma que *“sobre la base de las especiales circunstancias que concurren en el ámbito penitenciario, se aseguren las condiciones de calidad inherentes a este tipo de enseñanzas.”* Con esta motivación se modificó el sistema de convenios con las Universidades

establecido hasta el momento y sometió a control estricto este nivel de enseñanza en los establecimientos penitenciarios.

La reforma mantiene la obligación de la Administración de organizar las actividades educativas de tal modo que los internos puedan acceder a cualquier titulación conforme con el sistema oficial. Para las enseñanzas universitarias se introduce la necesidad de suscribir convenios con universidades públicas, previos los informes que se estimen pertinentes, dándose prioridad a la Universidad Nacional de Educación a Distancia, lo que se justifica en la movilidad de la población reclusa⁵⁵². El resto de administraciones públicas podrán celebrar convenios con universidades de su ámbito territorial.

Respecto a la matrícula efectuada por internos en centros penitenciarios extranjeros, la aplicación práctica de la norma fue objeto de recurso de amparo por parte de la Universidad del País Vasco por supuesta vulneración de su derecho a la autonomía universitaria en conexión con el derecho fundamental a la educación. En una sentencia de efectos limitados (STC 206/2011, de 19 de diciembre de 2.011), el Tribunal Constitucional concedió el amparo solicitado que alcanza a internos en centros o establecimientos extranjeros (no debemos olvidar el elevado número de internos pertenecientes a la banda armada ETA ingresados en Francia)⁵⁵³.

⁵⁵² El convenio ha sido suscrito por el Director General de II.PP. el Secretario General de Universidades y el Rector Magnífico de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, estando vigente hasta el 13 de diciembre de 2.013 sin perjuicio de posteriores prórrogas.

⁵⁵³ En la resolución del recurso de amparo que presentó la Universidad del País Vasco no se cuestionó la constitucionalidad del artículo 56.2, admitiéndose que la *“prestación del servicio público universitario a personas internas en instituciones penitenciarias está condicionada a la suscripción previa de un convenio interadministrativo”*. Lo que consideró el T.C. es que se vulneró el derecho a la autonomía universitaria reconocida en el artículo 27.10 C.E. al negarse la posibilidad de que la Universidad pueda regular las condiciones en las que ha de impartirse la docencia a distancia a internos en centros penitenciarios mediante el correspondiente protocolo hasta tanto no se haya concertado con la Administración penitenciaria el convenio previsto; aspecto que tiene repercusión directa respecto a los internos que pretendían matricularse en la Universidad del País Vasco en la modalidad de enseñanza a distancia y se encuentran ingresados en centros del extranjero. Así, el fundamento jurídico séptimo dice: *“Hemos de concluir, por tanto, que la interpretación del artículo 56.2 LOGP que rechaza que la Universidad pueda regular las condiciones en las que ha de impartirse la docencia a distancia a internos en centros penitenciarios hasta tanto no se haya concertado con la Administración penitenciaria, supone una restricción del ejercicio de la autonomía universitaria constitucionalmente garantizada (art. 27.10 CE) que lo lesiona, pues no encuentra justificación suficiente en la*

9.1.- La Ley Orgánica 5/2.003, de 27 de mayo

Esta Ley Orgánica tuvo un alcance importante en ciertos aspectos orgánicos y procesales del ámbito penitenciario, pretendiendo integrar esta jurisdicción con el resto del ordenamiento jurídico. Las principales novedades fueron:

A) Creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, que se justifica al indicar que la Ley Penitenciaria configuró los Jueces de Vigilancia como los órganos jurisdiccionales a los que corresponde asegurar el cumplimiento de las penas y controlar las diversas situaciones que se pueden producir así como de las decisiones que sobre dicha ejecución puede adoptar la Administración. Con posterioridad la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, configuró la Audiencia Nacional como un órgano con competencias específicas y cuya esencia es el establecimiento de un órgano que conociera de determinados asuntos que, por sus especiales características de proyección territorial, complejidad en su realización, organización concertada para aquélla o por su repercusión social, así lo justificara.

Con la creación de este tribunal (mediante el Real Decreto-Ley 1/1.977, de 4 de enero) con competencias jurisdiccionales de especial relevancia en la lucha antiterrorista y contra la delincuencia organizada desde el Estado de derecho, (cuyas resoluciones gozaban de una alta cualificación técnica), se consideró que en 2.003 se había conseguido una situación de mayor eficacia y operatividad en la represión de los delitos cuya instrucción y enjuiciamiento les había sido atribuida. No obstante, la limitación a estas competencias y, en especial, la desconexión entre aquellas funciones judiciales y las de ejecución de las penas impuestas se interpretó como una disociación no deseada que menoscababa la eficacia general de la política criminal.

preservación los bienes jurídicos que se tratan de garantizar con la exigencia de previo convenio con la Administración penitenciaria para que la educación a distancia a internos en centros penitenciarios pueda materializarse mediante su prestación efectiva”.

Se asumió por el legislador la idea de que era preciso crear el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria con el fin de conseguir una unificación de criterios en el marco del control de las penas impuestas por los delitos conocidos por la Audiencia Nacional. Con esta medida se evitaría la disfunción que pudiera ocasionarse entre la centralización de la instrucción y el enjuiciamiento, que corresponde a los órganos jurisdiccionales de la Audiencia Nacional, y el control de la ejecución de las sentencias por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en un ámbito y jurisdicción diferente a la que constituye el citado tribunal.

La modificación legal se estructuró en un primer artículo que contienen todas las modificaciones que afectan a la Ley Orgánica del Poder Judicial, un artículo segundo en el que se recoge la modificación que afecta a la Ley Orgánica General Penitenciaria y un tercero en el que se detallan las modificaciones introducidas en la Ley de Demarcación y de Planta Judicial.

El Ministro de Justicia MICHAVILA NÚÑEZ señaló en el trámite parlamentario,

“Ha llegado la hora también de impulsar que la última fase, que es la de ejecutar lo juzgado, también se atribuya a la Audiencia Nacional, culminándose una propuesta reflejada en la memoria de la Fiscalía General del Estado de 1.989 y contó con el apoyo de la propia Audiencia Nacional, de la mayoría de asociaciones judiciales y de fiscales”⁵⁵⁴.

El ámbito de competencia del nuevo Juzgado Central es el de las condenas penales impuestas por la Audiencia Nacional y se pretendió, como hemos indicado, dar plena coherencia al principio de especialización que constituye su esencia: delitos especialmente graves por encontrarse en la esfera del

⁵⁵⁴ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2.003. VII Legislatura. Número 226. Págs. 11.479 a 11.482.

crimen organizado, terrorismo, narcotráfico, delitos económicos y redes criminales, entre otros⁵⁵⁵.

Desde la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, al Juez Central de Vigilancia le corresponde el conocimiento de todos aspectos que genéricamente estaban atribuidos a los Jueces de Vigilancia respecto a los delitos competencia de la Audiencia Nacional a los que se refiere el artículo 65 de la LOPJ, con jurisdicción sobre todo el territorio nacional, tal y como proclaman los artículos 94.4 de la LOPJ y el artículo 1 de la Ley 38/1.988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial. La competencia de estos Juzgados Centrales de Vigilancia pasa a ser preferente y excluyente cuando el penado cumpliera también otras condenas que hubiesen sido impuestas por la Audiencia Nacional.

Al objeto de favorecer la función de esta Institución, se modificó el apartado 2, párrafo h), del artículo 76 L.O.G.P., estableciendo:

“El Juez Central de Vigilancia Penitenciaria podrá recabar para el ejercicio de la función de visitar los establecimientos penitenciarios, el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado”.

Con esta creación se culmina una reforma iniciada en el año 2.002 que tuvo como punto de origen el argumento lógico expresado en el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial en el sentido de que, si el Juez de Vigilancia ha de reemplazar al órgano sentenciador en la tarea de ejecución de penas, las razones que fundamentan la atribución, por razón de la materia, de la competencia a un órgano central que ejerce la jurisdicción en toda España, como la Audiencia Nacional, son extrapolables a la creación de un órgano central de Vigilancia Penitenciaria encargado del

⁵⁵⁵ Se modificaron los artículos 65, 85, 94 y la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ, la Ley Orgánica General Penitenciaria, cuyo artículo 76.2.h) posibilita que el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria delegue en el Juez de Vigilancia penitenciaria del lugar en que reside el Centro penitenciario que ha de ser visitado y en el Anexo X de la Ley de Demarcación y de Planta judicial se incluye un único Juez Central de Vigilancia de “ámbito nacional”.

control de la ejecución de las sentencias dictadas por un órgano centralizado.

Se pone fin a una situación en la que las funciones de un órgano sentenciador central son asumidas por una pluralidad de Jueces de Vigilancia Penitenciaria dispersos por todo el territorio nacional, pudiéndose producir disfunciones derivadas de disparidades de criterios no compatibles con las razones constitucionales que aconsejan la atribución de la competencia objetiva a un órgano central.⁵⁵⁶ Se da respuesta a la común preocupación sentida para perfeccionar la respuesta del Estado de Derecho ante la proliferación de determinadas conductas relacionadas con el fenómeno del terrorismo, que tuvo y tiene en sus distintas manifestaciones y procedencias capacidad de afectar con gravedad al funcionamiento regular de las instituciones democráticas y provocar una desmoralización profunda de toda la sociedad (Este mismo criterio fue mantenido con anterioridad en el informe favorable a la creación del Juzgado Central de Menores dentro del trámite de aprobación de la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre)⁵⁵⁷.

Se ha criticado que esta reforma procesal no se hubiera aprovechado para actualizar el procedimiento y los recursos existentes, manteniéndose la omisión de su regulación, pese a la demanda de la doctrina. Todo parece indicar que dicha regulación sería realizada en una Ley Orgánica propia y no por la vía de modificar la normativa existente.

Diez años después de la creación de los Juzgados Centrales de Vigilancia y treinta y siete de la de la propia Audiencia Nacional, se sigue

⁵⁵⁶ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica que crea estos órganos jurisdiccionales de fecha 19 de noviembre de 2.002.

⁵⁵⁷ Desde otra perspectiva, la modificación vino condicionada por una manifiesta desconfianza frente al Juez de Vigilancia del territorio y la Audiencia provincial respectiva. Se llegó a señalar que la reforma era la “*reforma Ruth Alonso*” en alusión a la titular del Juzgado del País Vasco cuyas resoluciones de progresión a tercer grado de tratamiento y concesión de libertad condicional a favor de internos pertenecientes a la banda armada ETA alcanzaron gran repercusión en los meses anteriores, situación que motivó que la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional considerase en su Auto de 31.1.2003, que “*el Juez penitenciario carece de competencia para progresar de grado a los reclusos con el fin de conceder la libertad condicional cuando el interno no hubiera recurrido la decisión administrativa*”, censurando que esta resolución emitida por la Juez de Vigilancia “*se ha apartado de las normas esenciales del procedimiento, ha conculcado la legislación penitenciaria en materia de clasificación de internos y se ha irrogado competencias que no son suyas, invadiendo las reservadas por la Ley a la Administración Penitenciaria*”

cuestionando la existencia de este Tribunal. Prueba de ello son las consideraciones realizadas en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados tanto por el Ministro de Justicia RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ como los portavoces de diversos grupos parlamentarios nacionalistas. El responsable del Departamento, en la comparecencia donde dio cuenta de las reformas proyectadas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reconoció que se ha planteado la revisión de la Audiencia Nacional *“no desde un punto de vista político, sino de eficiencia”*, llegando a la conclusión de que es un *“instrumento”* que tiene *“pleno sentido para combatir la delincuencia organizada”*, añadiendo que *“los delincuentes se han globalizado, los delitos no tienen fronteras territoriales, no entienden de limitaciones y exigen una enorme especialización”*. Frente a ello se plantea por grupos parlamentarios minoritarios la conveniencia de su desaparición y la asunción de las competencias por los *“jueces naturales predeterminados por la ley”*⁵⁵⁸.

B) Relevancia especial tuvo la creación del recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria, introducido por esta Ley Orgánica 5/2.003, de 27 de mayo, que modificó la D.A 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Como señala JUANATEY DORADO, la previa ausencia de esta posibilidad en el sistema de recursos había tratado de solventarse en las reuniones periódicas de los Jueces de Vigilancia mediante la adopción de criterios comunes en cuestiones donde había discrepancias⁵⁵⁹.

Con esta innovación se posibilita interponer este recurso contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional en materia penitenciaria en los que se resuelvan recursos de apelación que no sean susceptibles de recurso de casación ordinario. De esta forma y por la ausencia de pronunciamiento del más Alto Tribunal en el Orden jurisdiccional penal por inexistencia de cauce procesal se pretende evitar la realidad fáctica en la que, por interesar derechos fundamentales

⁵⁵⁸ Diario de Sesiones del Congreso de Diputados. Comisión de Justicia. X Legislatura. 13 de mayo de 2.013 N° 314. Págs. 1 a 26

⁵⁵⁹ JUANATEY DORADO, C: *Manual de Derecho penitenciario*. Iustel. Madrid, 2.011. Págs. 228-229.

constitucionalmente reconocidos, numerosas cuestiones se resolvían por el Tribunal Constitucional donde llegaban en demanda de amparo.

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver estos recursos en ningún caso afectan a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada. Al respecto JUANATEY DORADO dice:

“No obstante, el legislador se ha cuidado de impedir que una resolución del Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación en esta materia, pueda tener eficacia retroactiva. Ahora bien, si la decisión del Tribunal Supremo es favorable al reo y afecta a derechos fundamentales que, a juicio de este órgano judicial, se han visto limitados de forma excesiva, parece que aquellos otros internos que puedan verse favorecidos por la decisión –y perjudicados por la prohibición de retroactividad- podrían interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Estamos, en todo caso, ante el conocido y controvertido problema de la posible aplicación retroactiva de las resoluciones judiciales favorables al reo”⁵⁶⁰.

Según dispuso el Acuerdo Plenario de la Sala Segunda de fecha 22.7.2004, los requisitos para este recurso son: Identidad del supuesto legal de hecho. Identidad de la norma jurídica aplicada. Contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma. Relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

El recurso de casación en el ámbito penitenciario no se configuró como una tercera instancia, debiendo de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal “a quo” sin que quepa apreciar contradicción en la aplicación de la norma cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

⁵⁶⁰ JUANATEY DORADO, C. *Manual de Derecho penitenciario*. Iustel. Madrid, 2.011. Págs. 228-229.

Respecto a su preparación, el Tribunal de instancia debe comprobar que la resolución impugnada puede ser recurrida en casación, que en el escrito de preparación se hace constar la igualdad del supuesto legal de hecho y la desigualdad o contradicción en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica y que el recurrente aporta las resoluciones de contraste o las precisa y solicita la aportación del correspondiente testimonio de las mismas. Este Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, debe pronunciarse, motivadamente, sobre si procede, o no, tener por preparado el recurso (Art. 858 L.E.Cr.), formalizándose ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

La resolución se realiza por una Sala compuesta por cinco Magistrados, sin celebración de vista y mediante sentencia que decidirá cuál es la interpretación correcta del precepto legal al que se refiere sin estar obligado a decidir sobre el mismo de acuerdo con alguna de las resoluciones contradictorias citadas por la parte recurrente, pudiendo hacerlo conforme a la doctrina que estime aplicable. No pueden cuestionarse ante la Sala casacional los propios hechos que se hayan declarado probados o sobre los cuales se haya aplicado el derecho penitenciario, quedando eliminado cualquier intento de controversia que pretendan suscitar las partes.

El objeto de este recurso será exclusivamente la doctrina aplicada por los órganos jurisdiccionales en el caso sometido al control de la Sala, de modo que su objeto es la unificación de doctrina, para lo que habrán de concurrir dos requisitos: identidad de hecho y de derecho aplicado y contradicción en la aplicación de la doctrina legal por los órganos judiciales de procedencia.. En consecuencia, no podrá convertirse este recurso en una tercera instancia donde las partes pretendan hacer valer de nuevo sus pretensiones divergentes con lo resuelto en la instancia.

Tratándose de un recurso contra un Auto y para “*unificación de doctrina*”, solo cabe concebir el recurso por infracción de ley, al amparo del Art. 849.10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o en todo caso, por

infracción de precepto constitucional, siendo difícilmente imaginable supuestos de quebrantamiento de forma⁵⁶¹.

9.2.- Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio

La segunda modificación sustancial viene introducida por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, que alteró el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad apenas siete años después de promulgarse el Código Penal.

La procedencia de la reforma en esta materia fue cuestionada por un sector importante de la Ciencia penal. Como señala SANZ MORÁN

“Cualquier aproximación, por somera que sea, al sentido político criminal subyacente a estas sucesivas reformas de nuestro derecho penal, permite anticipar que asistimos a una preocupante involución. Si consideramos –y así se ha observado de modo reiterado–, como rasgos definitorios del moderno derecho penal, que arranca de la Ilustración, su carácter “humanitario” y “liberal”, ninguno de ellos informa las mencionadas modificaciones legislativas. Suponen éstas, por el contrario, un incremento innecesario y perturbador del rigor punitivo, así como un retroceso de los principios liberales de intervención mínima, accesoriedad y última ratio del derecho penal”⁵⁶².

Es clarificador el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley, de fecha cuatro de febrero de 2.003, que procedió a contrastar las nuevas disposiciones que agravan la duración de las penas y su sistema de cumplimiento con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución (prohibición de someter al penado a penas o tratos inhumanos o degradantes) y el fin de la pena que proclama el artículo 25.2.

⁵⁶¹Los motivos por quebrantamiento de forma de los Arts. 850 y 851 están pensados para una Sentencia tras la celebración de juicio oral, por lo que no son aplicables a los recursos contra Autos. Infracciones de carácter formal que hayan causado indefensión tendrían su cabida en el Art. 852 L.E.Crim. Tampoco el motivo del Art. 849.2º parece muy acorde con la naturaleza de estas resoluciones pues se parte de una valoración probatoria propia de un juicio oral y no en un expediente de vigilancia.

⁵⁶² SANZ MORÁN, A.J. “Reflexión de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”. Revista de Derecho Penal Nº 11. Lex Nova. Valladolid, 2.000.

El Consejo General consideró la existencia de la cadena perpetua en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, siendo asumida esta situación sin que se considere incompatible con las Constituciones respectivas que participan de los valores comunes y los principios básicos de la legislación española. El informe del Consejo residencia la constitucionalidad de la norma no en su duración sino en el cumplimiento de su finalidad⁵⁶³. Respecto a la compatibilidad de la nueva disposición con la orientación constitucional de las penas y medidas de seguridad, alude a la reiterada jurisprudencia constitucional que considera que estos fines, en sí mismos, no constituyen un derecho fundamental amparable sino el criterio finalista irrenunciable y no exclusivo de las penas privativas de libertad⁵⁶⁴.

Puede colegirse que, para el Consejo General, la ampliación del máximo de cumplimiento de treinta a cuarenta años no es, per se, contrario a las disposiciones constitucionales, constituyendo una opción del legislador el establecer la pena proporcionada a la gravedad de los delitos cometidos.

⁵⁶³ En este sentido es preciso considerar la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán (BVerfGE 45, 187), que, valorando la cadena perpetua para el caso de asesinato (§ 211, párrafo 1 StGB), establece: “Dicha pena es compatible con la Ley Fundamental, de conformidad con los siguientes criterios: 1.- De acuerdo con el estado actual del conocimiento, no puede determinarse que el cumplimiento de una pena de cadena perpetua –de conformidad con las disposiciones de la ley de ejecución penal, y tomando en consideración la actual práctica del indulto – conduzca forzosamente a daños irreparables de tipo físico o psíquico que lesionen la dignidad humana” (Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental). 2.- A los presupuestos del cumplimiento de una pena dentro del marco de la dignidad humana, pertenece el que los condenados a prisión perpetua tengan al menos una oportunidad de gozar nuevamente de la libertad. La posibilidad de un indulto no es por sí sólo suficiente; antes bien, el principio del Estado de Derecho ofrece los presupuestos bajo los cuales la ejecución de una pena de prisión perpetua puede suspenderse, así como para reglamentar el proceso aplicable para tal efecto.”

⁵⁶⁴ Sirvan como ejemplo las Sentencias del Tribunal Constitucional 112/96 de 24 de junio y 2/97 de 13 de enero, donde se señala; “Este Tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que estos sean su única finalidad (Autos del Tribunal Constitucional 15/84, 486/1985, 303/86 y 780/96, y sentencias del Tribunal Constitucional 2/87 y 28/88). Pero que este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora o, al menos, no desocializadora, precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena”.

Esta interpretación y el contexto en el que se produce viene marcado por la concurrencia de varios elementos determinantes: la persistencia de atentados terroristas por parte de la banda armada E.T.A, la intensificación de actividades delictivas cometidos por grupos organizados integrados por elementos extranjeros y la reiteración de una serie de delitos contra la persona y la libertad sexual que producen profunda indignación social. Estos hechos, de indudable gravedad, crearon una amplia sensación de inseguridad ciudadana discordante con las cifras objetivas de criminalidad generando una demanda de endurecimiento de la legislación en la medida en que la vigente se mostraría incapaz de luchar contra la delincuencia. Además, y no debemos soslayarlo, comienzan a producirse las primeras excarcelaciones de terroristas notablemente beneficiados por las disposiciones de acortamiento efectivo de las penas contenidas en la legislación anterior y por las limitaciones al máximo de cumplimiento establecidas.

Nos hallaríamos ante el resultado de la imprevisión del legislador de la época de la Transición política que no consideró que la actuación de grupos terroristas pudiera persistir durante décadas pronosticando, por el contrario, que estas manifestaciones extremas de fanatismo y violencia iban a ceder una vez implantada una sólida democracia con amplio reconocimiento de derechos y libertades y de la diversidad territorial. Así los previó en 1.979 DE SOLA DUEÑAS:

“Una actitud política de intransigencia e incomprensión ante ciertas realidades sociales – más aún cuando aparece con las características totalizadoras de una dictadura- engendra sus propios monstruos, que luego se siente impotente para controlar, si no es incrementando la represión, lo que agudiza y extiende todavía más el conflicto. No cabe duda, así, que los hechos terroristas que ahora estamos sufriendo constituye otra pesada herencia del régimen franquista. El dato claramente constatable de que las organizaciones violentas más estables hayan surgido en el seno de las comunidades nacionales oprimidas, y precisamente por ello con una conciencia colectiva más sensible y apta para la resistencia, sirve para

explicar en un primer nivel la base social de cierta lucha armada. La privación de vías para la acción política y la represión de cualquier intento de reconstrucción de la propia identidad –más intensa en la medida en que las masas tienen mayor receptividad- conduce a una escalada en aquella resistencia, cuya máxima expresión es la lucha armada, que, aunque llevada por una vanguardia, para consolidarse cuenta con el apoyo moral, e incluso material, de sectores de la población”.

Emitiendo el siguiente pronóstico:

“En último término, la consecución de unos niveles reales de autonomía en consonancia con las aspiraciones populares y en cuya articulación puedan expresarse todas las opciones políticas, es una vía para allanar las causas de la opresión nacional, y el terrorismo en ellas amparado dejará de tener potencialidad reproductora y se convertirá en residual.”⁵⁶⁵

Por el contrario, la sensación varios años después era de pérdida de autoridad y de eficacia del ordenamiento jurídico para su mantenimiento que conllevaba la merma de derechos fundamentales y libertades públicas para un considerable número de ciudadanos residentes en algunas zonas geográficas nacionales que eran sometidos a las actitudes totalitarias de grupos terroristas y organizaciones de su entorno. Sirva como ejemplo lo señalado por FERNÁNDEZ-SAVATER MARTÍN:

“La sospecha generalizada entre la mayoría de los vascos es que vivimos desde hace años en un estado de excepción encubierto...No es un estado de excepción a lo franquista, policial y sin garantías jurídicas como los de triste memoria, sino un estado de excepción terrorista, criminal, totalitario y ultranacionalista. Este nuevo estado de excepción también suspende los derechos de los ciudadanos (el derecho a expresarse libremente sin recibir amenazas, el derecho a protestar en la calle por crímenes y secuestros sin ser hostigados por los criminales y los secuestradores, el derecho a no pagar chantajes en forma de impuestos revolucionarios, el derecho a vivir en ciudades o pueblos en los que hordas de bárbaros...no den palizas a los

⁵⁶⁵ DE SOLA DUEÑAS, A. *Socialismo y Delincuencia*. Editorial Fontamara. Barcelona, 1.979. Págs. 45-47.

transeúntes o eleven monumentos en la vía pública a sus colegas caídos en la noble tarea de asesinar a convecinos. Sin embargo, este estado de excepción tácito parece proteger derechos insólitos: el derecho a intimidar a los demás, el derecho a ensalzar crímenes y beatificar criminales, el derecho a denunciar a las fuerzas del orden y encubrir a las de desorden, el derecho a destruir los símbolos políticos legales que se desaprueban, el derecho a imponer por la fuerza la discusión de ideas políticas que por las buenas no logran refrendo mayoritario y sobre todo el derecho a ser respetados como víctimas comportándose como verdugos. Como todo estado de excepción, éste provoca también desmoralización en la gente corriente... y en algunos apasionados suscita ganas incontenibles (aunque por ahora casi siempre contenidas) de pagar a los agresores con su misma moneda”⁵⁶⁶.

Fue en este contexto de intensa actividad terrorista y de producción legislativa donde, además de la reforma del Código señalada, se aprobó la Ley Orgánica 6/2.002, de 27 de junio, de Partidos Políticos que derogó la Ley 54/1.978, de 4 de diciembre y que supuso que el Tribunal Supremo acordara el 28 de marzo de 2.003 la ilegalización de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, alegando su apoyo a la banda terrorista ETA y el no rechazo de la violencia como forma de hacer política⁵⁶⁷.

9.2.1.- Cumplimiento íntegro y efectivo de las penas

La reforma aprobada pretendió dar respuesta a la corriente de opinión creada en el contexto señalado y bajo la demanda de aproximar la duración efectiva del tiempo de privación de libertad a las sentencias condenatorias poniendo fin a la situación de que numerosos penados a penas de larga duración, en aplicación del principio de retroactividad de la disposición más

⁵⁶⁶ FERNÁNDEZ-SAVATER MARTÍN, F. “La impunidad del entorno de ETA”. Artículo publicado en el periódico “El País” el día 15 de febrero de 1.996. Pág. 12. (Dedicado a Francisco Tomás y Valiente asesinado por esta banda armada el día anterior).

⁵⁶⁷ Por su vinculación con Batasuna fueron posteriormente ilegalizados: Acción Nacionalista Vasca y el Partido Comunista de las Tierras Vascas. Por la misma razón se anularon las candidaturas de Herritarren Zerrenda, Autodeterminaziorako Bilgunea, Abertzale Sozialisten Batasuna, Aukera Guztiak, Demokrazia Hiru Milloi y Askatasuna. También se ordenó la disolución de los grupos parlamentarios Sozialista Abertzaleak y Nafarroako Sozialista Abertzaleak.

favorable, vieron reducidas sus condenas de manera sustancial al entrar en vigor el Código de 1.995 por mantener las redenciones de penas por el trabajo ordinarias y extraordinarias obtenidas hasta el día de su entrada en vigor.

En la Ley Orgánica se cita, como aspecto esencial para su justificación, la seguridad jurídica⁵⁶⁸. Se apela a la lucha más efectiva contra la criminalidad y a una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, como los delitos de terrorismo o los procedentes del crimen organizado.

La modificación atempera el principio recogido en el Código respecto al límite máximo de la pena de prisión y que renunciaba a la aplicación de penas de prisión excesivamente largas por considerarse inhumanas y contrarias a su fin resocializador. La norma reformada preveía un marco penal para cada delito en función de su gravedad, estableciéndose con carácter general el límite máximo de veinte años (salvo determinadas excepciones cuya duración podía elevarse hasta los treinta).

La reforma de la ejecución penal ofrece una nueva redacción dada a los artículos 76 y 78 del Código. El legislador aumentó los límites absolutos presentes en el primero de ellos elevando al límite de cuarenta años lo que con anterioridad se establecía en treinta. Así, el máximo de treinta años se prescribe a los condenados por dos o más delitos cuando alguno de ellos esté castigado por la ley con pena superior a veinte años. El de cuarenta se fija en casos de condenas a varios delitos cuando dos de ellos estén castigados con prisión superior a veinte años o, alternativamente, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo, y alguno de ellos esté castigado con pena de prisión superior a veinte años.

⁵⁶⁸ Se señala “*el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta*”, reduciendo los ámbitos de discrecionalidad existentes. La redacción fue calificada de “*despropósito*” por GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J.M. *La Reforma de la Ejecución Penal*. Ed. Tirant lo Blanc. Valencia 2.004, Pág. 21, al vincular los objetivos punitivistas con la idea de seguridad jurídica y con los principios informadores del Derecho penal, concebidos como límites al poder punitivo del Estado y que se invocan en sentido inverso.

Estableció que se aplicarán aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos “*si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión pudieran haber sido enjuiciado en uno solo*” frente a otras interpretaciones jurisprudenciales de los requisitos previstos en los artículos 76.2 del Código Penal y 17 y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que tomaban como referencia la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria. Así se pretendió dotar de certeza a la referencia cronológica del día de comisión frente a la más indeterminada de la fecha en la que la sentencia devino firme.

9.2.2.- Creación del “periodo de seguridad”. Modificación por Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio

La incorporación de un llamado “*periodo de seguridad*” a nuestro Ordenamiento jurídico constituyó una de las novedades fundamentales de las reformas. Llamó la atención de la doctrina, por un lado, la inserción de la disposición en el Código Penal y no en la legislación penitenciaria como parece debiera corresponder⁵⁶⁹. La propia Exposición de motivos señalaba que la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento penal sirve de puente entre este y el penitenciario ya que,

“A la hora de determinar la proporcionalidad de las penas, su concreta extensión y su adecuación a los fines de prevención general y especial, no pueden hacerse propuestas al margen de la legislación penitenciaria. En efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de libertad condicional puede hacer que la pena prevista por el Código Penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida”.

Se refuerza la exigencia de prevención general como fin de la pena en detrimento de la finalidad de reeducación y reinserción social proclamada por la Constitución. Una de las conclusiones que se puede obtener es clara y se define sin ambages: existía una opinión dominante de que el

⁵⁶⁹ Esta propuesta fue establecida en el informe al Anteproyecto de Ley emitido por el Consejo General del Poder Judicial de 4.2.2003, entre otras razones, para evitar los problemas que se previeron respecto a la posible aplicación retroactiva, considerando que su ubicación en la norma penitenciaria aclararía su aplicación en todos los supuestos.

cumplimiento de penas en régimen de semi-libertad constituía, de facto, una forma de inejecución auténtica de la pena de prisión⁵⁷⁰. Se reintroduce el sistema progresivo en estos supuestos concretos frente al principio de individualización científica, llegándose a señalar que esta modificación implicaba la asunción en nuestra legislación de las teorías neo-retribucionistas surgidas en otros países y alguno de los postulados, en términos de JAKOBS, del “*derecho penal del enemigo*”, alineando a nuestro ordenamiento jurídico con otras legislaciones próximas.

La introducción de este requisito distorsionó los criterios establecidos en el artículo 63 LOGP y 102 del Reglamento de 1.996 que exigen la atención para la clasificación de una pluralidad de criterios como son la personalidad del reo, el historial individual, familiar, social y delictivo, la duración de la pena impuesta, el medio al que retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes para el buen éxito del tratamiento.

La reforma incorporó al ordenamiento español el llamado “*periodo de seguridad*” mediante la modificación del Art. 36 del Código Penal para los supuestos en los que se impusiera una pena de prisión superior a cinco años⁵⁷¹, imposibilitándose la eventual clasificación en tercer grado de tratamiento hasta que no se hubiera cumplido la mitad de la pena impuesta.

Con la Ley Orgánica 7/2.003, de 30 de junio, el artículo 36.1 quedó redactado de la siguiente manera⁵⁷²:

⁵⁷⁰ Así queda señalado en la comparecencia del Ministro de Justicia (Michavila Núñez) ante el Pleno del Congreso de Diputados una vez finalizada la tramitación parlamentaria de las reformas y en la intervención de los portavoces de los Grupos parlamentaria mayoritarios que las apoyaron. Diario de Sesiones. 29 de mayo de 2.003. Págs. 13.114 a 13.129.

⁵⁷¹ Respecto a la aplicación concreta de la norma y a tenor literal de la misma (esta medida se aplicará “*cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años*”) se planteó un problema interpretativo que afectaba de manera importante a su aplicación práctica. Cabe considerar supuestos de penados a pena de prisión superior a cinco años o a varias penas inferiores cada una de ellas cuya suma superara este límite. También estarían afectadas estas situaciones según la Instrucción DGIP 9/2003 al señalar que la Ley es aplicable a varias penas sumadas aritméticamente o refundidas que excedan de esta duración. Por el contrario, fueron varias las resoluciones judiciales que consideraron aplicable este requisito a penas impuestas por delitos graves castigados con pena superior a cinco años (Auto 1180/2004, de 6 de mayo de 2.004, de la Sección 5º AP Madrid)

⁵⁷² Redacción modificada por L.O. 5/2.010, de 22 de junio

“1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.

Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código”.

2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo VII del Título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento”.

Estamos ante una disposición cuyos efectos se despliegan en su totalidad sobre el ámbito de la ejecución penal con amplias consecuencias prácticas. El establecimiento de límites temporales mínimos para el acceso a regímenes de cumplimiento más cortos o benévolos tiene su antecedente en el Derecho Español en la Ordenanza General del Presidios del Reino de 14 de abril de 1.834, que establecía la necesidad de haber cumplido la mitad de la pena impuesta para poder recortar la pena impuesta, requisito que se repite en el Reglamento de 3 de junio de 1.901 para acceder al periodo intermedio.

Atendiendo a la legislación que regula las condiciones de cumplimiento de países de nuestro entorno más próximo y que, no podemos olvidar, en su

momento inspiraron la legislación penitenciaria española⁵⁷³, cabe interpretar que en este momento se adaptan nuestras condiciones de ejecución de las penas de mayor duración temporal al contexto internacional, dejando de ser una excepción en esta materia y se da respuesta proporcionada a las nuevas formas de criminalidad emergentes o a la persistente actividad delictiva de organizaciones terroristas cuya pervivencia en democracia no fue prevista, veinte años antes, en los términos tan virulentos como el que se produjo.

La regla general tiene su excepción en la eventual resolución dictada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria que, una vez valoradas las circunstancias del reo y la evolución de tratamiento, recogió la posibilidad de acordar la aplicación del régimen normal de cumplimiento (salvo que se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales), por lo que consideramos que es más propio señalar que durante este periodo de vigencia de la norma se acogió un sistema para personas condenados a penas no superiores a cinco años de prisión inspirado por el principio de individualización científica y una excepción revisable en términos de progresividad para sancionados a pena superior salvo en los supuestos más graves de delincuencia organizada con gran potencial de incidir en la seguridad ciudadana o causar terror en la sociedad⁵⁷⁴.

Respecto a la naturaleza de la norma, se trata de una disposición del derecho de ejecución de penas y no de derecho penal material por cuanto afecta a la clasificación penitenciaria del penado y al régimen de cumplimiento de la prisión, por lo que se consideró, como hemos indicado, la conveniencia de que esta disposición debió haberse establecido en la Ley penitenciaria, lo que finalmente no ocurrió.

⁵⁷³ En Italia, el artículo 50 de la Ley 345 de 26 de julio de 1.975 impone, en penas de prisión de duración superior a seis meses, el cumplimiento de la mitad de la condena antes de acceder al régimen de semilibertad, o de 2/3 en delitos especialmente graves. El Code Penal francés prevé en su artículo 132 la necesidad de cumplir la mitad de la pena antes de acceder a la semilibertad en aquellos delitos que así lo establezcan o cuando la pena tuviera una prisión superior a diez años, pudiendo ampliarse a 2/3 o a 18 años en caso de condena perpetua, con posible revisión al alza o baja.

⁵⁷⁴ En este sentido MONTERO HERNANZ, T. “*Modificaciones de la Ley Orgánica 5/2010 con relevancia penitenciaria*”. Diario la Ley Nº 7751. Dic. 2.011. Págs. 7-8.

El preceptivo informe emitido por el C.G.P.J. al Anteproyecto de Ley analizó la posible afectación de la legislación penitenciaria por esta nueva disposición, considerando que tanto el artículo 73.2 de la Ley como el 72.4 deberían ser adaptados a lo dispuesto en el artículo 36.2, evitándose dificultades interpretativas en su aplicación.

El automatismo en la aplicación del periodo de seguridad introducido en el sistema penal español se modifica por la Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio, estableciendo un mecanismo más flexible que permite a jueces y tribunales adecuar la responsabilidad criminal a la gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente.

Por otro lado, se amplió la exigencia del cumplimiento previo de la mitad de la condena a la clasificación penitenciaria en tercer grado a delitos cometidos contra la libertad e indemnidad sexual de menores de trece años, permaneciendo los supuestos de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, así como a los cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

Desde la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, el 23 de diciembre de 2.010, la redacción última queda establecida en los siguientes términos:

“2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

- a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo V del Título XXII del Libro II de este Código.*
- b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.*
- c) Delitos del artículo 183 .*

d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.

El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior”.

La Dirección General de II.PP. dictó la Instrucción 7/2010, de 14 de diciembre de 2.010 (que derogó parcialmente la I. 2/2.005) para adecuar los criterios interpretativos a la nueva redacción dada al artículo 36.2 por la modificación de 2.010. En esencia, se considera que dicho periodo no es aplicable en los supuestos en los que el penado cumpla varias condenas que sumadas aritméticamente (o refundidas, en la terminología penitenciaria) excedan de cinco años, pero individualmente consideradas no exceden de este límite.

Se entendió que la nueva disposición, por ser más favorable, permitía la clasificación en tercer grado a penados a pena de prisión superior a cinco años (excepto en los supuestos establecidos en los apartados a), b), c) y d)) por sentencia anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio (el día 23 de diciembre de 2.010) y establecía la posibilidad de elevar solicitud para la aplicación del régimen general de cumplimiento si en sentencia se hubiera establecido el periodo de seguridad cuando se considerase por la Junta de Tratamiento que procedía formular propuesta de progresión a tercer grado (con las mismas salvedades señaladas respecto a los apartados a), b), c) y d)).

9.2.3.- Límite máximo de cumplimiento en supuestos de concurso de delitos (Art. 76 C.P.). La acumulación de penas (Art. 78)

La L.O.7/2003 estableció una nueva redacción al artículo 76 del Código Penal, elevando a 40 años el límite máximo de cumplimiento de las penas para los supuestos en los que se cometan dos o más delitos de terrorismo, estando alguno de ellos castigado con pena de prisión superior a 20 años.

También se eleva a 40 años el límite máximo en los supuestos de que se hayan cometido dos o más delitos de especial gravedad, castigados por la ley con más de 20 años de prisión. Esta reforma supuso, en la práctica, elevar a 40 años el límite máximo, manteniéndose esta duración extrema como salvaguarda de los principios constitucionales en orden a evitar que la prisión se convierta en una pena inhumana o degradante, sin obviar la especificidad de estos hechos

“que por su especial gravedad, la naturaleza del bien jurídico lesionado, la reincidencia con que los cometen sus autores, así como por el hecho de que puedan llevarse a cabo por bandas armadas con el único fin de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública o atemorizar con estos fines a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, exigen una respuesta más contundente del ordenamiento jurídico penal.” (Exposición de motivos).

La reforma modifica el tratamiento jurídico penal de los supuestos de pluralidad de acción delictiva. El Código preveía en su redacción original el cumplimiento de todas las penas correspondientes a todos los delitos para su cumplimiento simultáneo y, si esto no fuera posible, sucesivo. En estos casos operaba como límite máximo de cumplimiento efectivo de la prisión el triple de la pena más grave, veinte, veinticinco o treinta años (en casos excepcionales).

Algunos autores señalaron que pese a la pretensión de adaptar la legislación a la situación excepcional existente en el momento de su tramitación, surgen serias dudas sobre su adecuación respecto a los principios de un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de derecho. En esta línea se criticó que estas modificaciones

“No respondieron a una política criminal y legislativa seria, meditada, coherente y basada en los principios que deben inspirar un Derecho penal civilizado; por el contrario, estas leyes de reforma adolecen de una

ausencia absoluta de sistemática que no puede responder más que a la pura irreflexión y a la precipitación”⁵⁷⁵.

En supuestos de pluralidad delictiva, la versión original del Código establecía en el artículo 78:

“Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente. En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de inserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento”.

Se pretendió por el legislador acercar la condena nominal a su efectivo cumplimiento, soslayándose una de las tachas que había soportado la legislación, especialmente aplicable a la institución de la extinta redención de penas por el trabajo y que permitió, de facto, rebajar la condena efectiva respecto a la inicialmente impuesta hasta la mitad. Compartimos la sensación de que el rigor punitivo quedaba atemperado con las redenciones ordinarias (“*de patio*”, en el argot carcelario, que suponía una rebaja “inicial” de un tercio de la pena nominal) y notablemente disminuida con la aplicación de las redenciones extraordinarias alcanzaban hasta 175 días por año de cumplimiento efectivo.

Esta disposición operaba solamente en supuestos de concurso real de delitos, obligando a calcular las penas concretas correspondientes a todos los delitos en concurso y a determinar la pena resultante de la aplicación de la limitación procedente ex. Art.76. Además, se preveía como una facultad

⁵⁷⁵ JUANATEY DORADO, C “*La Ley de medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal*”. La Ley Penal. Número 9. 2.004. Pág. 1 y ss.

discrecional del Juez o Tribunal Sentenciador, debiendo motivarse en la peligrosidad criminal del penado⁵⁷⁶, afectando a los “*beneficios penitenciarios*”⁵⁷⁷ y a la “*libertad condicional*”. Esta medida solamente tendría repercusiones prácticas en los supuestos de adelantamiento de la libertad condicional cumplidas las dos terceras partes de la condena (Art. 205 R.P.) y de tramitación de indultos particulares (Art. 206 R.P.).

La nueva redacción del artículo 78 del Código dada por L.O. 7/2.003, de 30 de junio⁵⁷⁸, amplía los supuestos de restricción, abarcando, además de los beneficios penitenciarios a los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional.

Un segundo alcance de la reforma es que transforma en preceptivo lo que antes era potestativo: el régimen opcional deviene obligatorio cuando

⁵⁷⁶ El C.P, en su redacción inicial, establecía que el Juez o Tribunal Sentenciador podría acordar esta medida motivadamente, atendiendo a la peligrosidad criminal del penado. Como aspecto sin duda destacado y cuestionable, las referencias a la motivación formal y material desaparecen en el nuevo texto. Consideramos que en ningún caso pudo realizarse de forma discrecional, injustificada o carente de motivación.

⁵⁷⁷ Siendo preciso nuevamente dilucidar el contenido de este término ya que, conforme al Reglamento penitenciario de 1.981, estaríamos hablando de las previsiones contenidas en su artículo 256 (adelantamiento del periodo de libertad condicional) o 257 (posibilidad de proponer al Juez de Vigilancia la tramitación de un indulto parcial). El RP 1.996, en el artículo 202.1 define los beneficios, a efectos penitenciarios, como “*aquellas medidas que permiten la reducción de la condena impuesta en sentencia firme o al del tiempo efectivo de internamiento*”; concretando el punto segundo que “*constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular*”.

⁵⁷⁸ L.O. 7/2.003, de 30 de junio:

“Artículo 78. 1.- Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

2.- Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

3.- En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del capítulo VII del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

a) al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.”

alguno de los delitos por los que ha sido condenado el culpable tenga prevista una pena de prisión de hasta 20 años o más.

En ambos casos (aplicación de las limitaciones establecidas en el cumplimiento en supuestos de acumulación de penas o por tratarse de condenado por dos o más delitos y alguno de ellos castigado con pena de prisión de hasta 20 años o superior), el punto tercero del artículo 78 establece la posibilidad excepcional de que, en un momento posterior el Juez de Vigilancia decida aplicar el régimen normal.

Es una medida revisable, no condicionada a plazo de cumplimiento alguno de la pena sino al previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador. El alcance de la decisión afectaría, por lo tanto, a los permisos penitenciarios de salida, a la clasificación en tercer grado y a la libertad condicional.

El nuevo artículo 78 estableció también un régimen de cumplimiento íntegro en caso de condenados por delitos de terrorismo⁵⁷⁹ o cometidos en el seno de organizaciones criminales. En este caso, la reversibilidad del sistema, la posibilidad de acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento, se establece al alcanzar las cuatro quintas partes del límite de la pena, cuando se pretenda su clasificación en tercer grado de tratamiento, o las siete octavas partes cuando se pretenda la libertad condicional, periodos referidos a los límites señalados en el artículo 76. En estos supuestos, la evolución del interno es irrelevante a los efectos de su clasificación en grado, debiendo permanecer indefectiblemente en primero o segundo.

Respecto a las personas afectadas por esta disposición, parece claro en los condenados por delitos de terrorismo son aquellos condenados por infracciones penales tipificadas en la Sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código. Más difusa es la determinación de

⁵⁷⁹ Como hemos señalado, estamos ante un contexto de intensa modificación de la legislación vigente para afrontar la delincuencia terrorista, llegándose incluso a modificarse la Ley de Partidos Políticos (por Ley Orgánica 6/2.002, de 27 de junio), que supuso la ilegalización de formaciones políticas para impedir que un partido político pueda, de forma reiterada y grave, atentar contra el régimen democrático de libertades, justificar el racismo y la xenofobia o apoyar políticamente la violencia y las actividades de bandas terroristas.

quién ha cometido delitos en el seno de organizaciones criminales, existiendo diversos criterios para la interpretación de la norma⁵⁸⁰.

9.2.4.- Responsabilidad civil y acceso al tercer grado de tratamiento

Además del cumplimiento en su caso del periodo de seguridad, la reforma introdujo un aspecto esencial de las modernas corrientes victimológicas: la obtención del tercer grado penitenciario requiere la satisfacción de la responsabilidad civil.

Entre otras circunstancias, la conducta reparatoria observada por el condenado y sus condiciones personales y patrimoniales pasan a considerarse a efectos de valorar su capacidad real presente para abonar la responsabilidad civil y las garantías que permitan asegurar su satisfacción futura. Se recoge un aspecto novedoso en la ejecución de la pena inexistente hasta el momento que constituyó uno de los aspectos más sobresalientes de la batería de modificaciones producidas y que permitió actualizar la finalidad práctica de la ejecución penal.

Las víctimas de los delitos, grandes olvidadas del sistema penal, fueron por fin consideradas por la legislación, situándose sus legítimos derechos e intereses en primer plano con el fin principal de alcanzar el resarcimiento por los daños derivados de sufrir un delito.

Esta vertiente positiva de la reforma quedó diluida por la acentuación de los aspectos punitivos y retributivos que se llevó a efecto y que impidió su debida ponderación cuando se produjo. Dentro de los muros carcelarios, por primera vez en la realidad española, los distintos operadores, miembros de la administración o de la judicatura, tuvieron en consideración a la hora de formular sus propuestas y dictar resoluciones la voluntad efectiva del

⁵⁸⁰ El Art. 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada celebrada en Palermo en 2.002, la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1.998 del Consejo de Europa y la Declaración Marco del Consejo de 13 de junio de 2.002 definen el concepto “*grupo delictivo organizado*” bajo los principios de asociación estructurada de más de dos personas, perdurable en el tiempo y con una finalidad de cometer hechos delictivos. El Tribunal Supremo ha considerado, a los efectos de la aplicación del Art. 369.3 del C.P., que la existencia de dos o más personas que actúan de manera organizada de manera sostenible en el tiempo cumplen el tipo establecido (SSTS 4/2.000, 10.3.2003). También BAUTISTA SAMANIEGO, C. “*Periodo de seguridad y crimen organizado*”. Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones. Cuadernos de Derecho Judicial. XXII. C.G.P.J. 2.006. Pág. 155 y ss.

interno para reparar los daños causados y satisfacer la responsabilidad civil. Los penados fueron informados, invitados y compelidos a hacer frente a esta responsabilidad, lo que constituye una prueba objetiva de cumplimiento de la legislación vigente y la más firme demostración de la asunción de la responsabilidad por los delitos cometidos y de la interiorización de un verdadero ánimo de modificar los comportamientos futuros. Debemos resaltar el valor tratamental y resocializador de la medida y el reconocimiento de que el resarcimiento material por las consecuencias del delito injustamente soportado es un legítimo derecho de las víctimas que en ningún caso está obligado a tolerar y que justifica el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado.

Prueba de lo novedoso de la medida son las dificultades que se presentaron para que los penados pudieran hacer frente de forma parcial o total a la responsabilidad extracontractual a la que fue ejecutoriamente condenado al no existir cauces procedimentales para el trámite, siendo frecuente que la pretensión de los reclusos y sus familiares de ingresar diversas cantidades económicas en dicho concepto resultara una voluntad imposible de materializar al desconocerse en los juzgados y tribunales la forma de efectuarlo o se entendiera que la declaración de insolvencia inicial y mecánicamente acordada impedía la satisfacción posterior de esta responsabilidad.

En los supuestos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales se estableció como requisito añadido para la clasificación en tercer grado la colaboración con las autoridades y mostrar signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista, pudiendo acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y una petición concreta de perdón a las víctimas.

9.2.5.-Reforma de la libertad condicional.-

La L.O. 7/2.003, de 30 de junio, modificó el acceso a la libertad condicional como último periodo de cumplimiento. Las disposiciones reguladoras se mantuvieron dentro del contenido del Código Penal en una

sección separada en el capítulo dedicado a las formas sustitutivas de las penas⁵⁸¹.

El Código introdujo también como requisito para el acceso a esta situación la exigencia de haber reparado el daño causado o la intención de realizarlo, reiterando las tendencias favorables a la defensa de los intereses de las víctimas y de atribuir al poder punitivo del Estado un carácter restaurador de la situación previa a la comisión del hecho tipificado. De igual forma, se incluye la posible imposición motivada de observar una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del Código⁵⁸².

⁵⁸¹ Se modifican los artículos 90, 91 y 93 en este sentido:

“Art. 90. 1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren la circunstancias siguientes:

- a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento*
- b) Que se hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena impuesta*
- c) Que haya observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General penitenciaria.*

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

2.- El Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código”.

⁵⁸² Introducido en el CP. 1.995. Inicialmente se estableció la posible remisión a las medidas de seguridad no privativas de libertad del artículo 105, aspecto difícilmente comprensible al implicar una ruptura del principio por el cual el nuevo Código no reconocía otros supuestos de combinación entre penas y medidas de seguridad que no fueran para los inimputables y el sistema vicarial establecido para supuestos de semi-imputabilidad. Con ello se previó en la libertad condicional la aplicación de medidas de seguridad a sujetos plenamente imputables. También debemos considerar que el artículo 33 de la L.O. 1/2.004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género estableció una nueva redacción en el apartado 6ª del punto 1 del Art.83.

Las reglas de conducta se incluyeron con la pretensión de reducir las oportunidades de delinquir (prohibiciones de ausentarse, de acudir a determinados lugares o de aproximarse a determinadas personas), para el mantenimiento de cierto contacto con las instituciones (obligaciones de comparecencia) o la realización de actividades que supongan la asunción de comportamientos pro-sociales o prologuen el tratamiento penitenciario (participación en programas formativos, laborales, culturales o de educación vial o sexual, o de otros deberes convenientes para la rehabilitación social del penado). Por el contrario, el artículo 96.3 contiene en algunos aspectos auténticas penas destinadas a personas consideradas culpables como pueden ser la privación de licencias o permiso de armas y el derecho a la conducción de vehículos a motor o ciclomotores, previendo también en el mismo punto la posible aplicación de otras medidas establecida como son la inhabilitación profesional y, especialmente, la expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España.

La reforma del artículo 72 de la LOGP realizada por la L.O. 7/2.003 incluyó la exigencia del cumplimiento de la responsabilidad civil entre los requisitos para acceder al tercer grado y a la libertad condicional, alterando de hecho las consideraciones penitenciarias hasta el momento tenidas en cuenta que habían girado en torno a la reinserción del recluso. Esta modificación responde, como ha señalado CERVELLÓ DONDERIS, a tres cuestiones básicas⁵⁸³:

a) En los últimos años se habían producido hechos con gran repercusión en los medios de comunicación que conllevaban la comisión de delitos patrimoniales con trascendencia en los intereses generales por autores considerados de baja peligrosidad social conforme a los criterios tradicionales y que no tuvieron problema en acceder al tercer grado penitenciario pese a no haber respondido en ningún caso a las elevadas responsabilidades civiles dictadas en la sentencias condenatorias, en muchos casos ocultando su patrimonio. Nos encontramos ante una primera

⁵⁸³CERVELLÓ DONDERIS, V. “*Responsabilidad Civil y Tratamiento Penitenciario*”. Derecho Penitenciario: Incidencia de las Nuevas Modificaciones. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.007. Págs. 98 y ss.

argumentación de prevención general positiva, que busca dar satisfacción a una demanda social punitiva con el fin de restablecer el orden perturbado y reforzar la confianza en el Ordenamiento jurídico.

b) En segundo lugar, se ha producido un avance del movimiento victimológico, siendo la satisfacción de la responsabilidad civil unos de sus aspectos básicos. El sistema penal coloca a la víctima y sus pretensiones en un lugar preeminente buscando dar respuesta a sus legítimas expectativas.

c) Como se recoge en la Exposición de motivos, la satisfacción de esta responsabilidad constituye una prueba de responsabilidad y de asunción de las consecuencias del comportamiento delictivo. Se incorpora una vertiente de prevención especial en línea con el postulado constitucional que consideramos esencial para valorar con precisión la reinsertabilidad de los penados y la asunción de su responsabilidad ante la víctima y la sociedad.

Desde nuestra perspectiva y como un aspecto positivo de la reforma resaltamos que se aborda, tal vez de forma indirecta, una necesidad secularmente postergada. Si desde la fecha de la firmeza de una sentencia condenatoria la responsabilidad civil debe ser resarcida por todas las vías legales disponibles, constatamos en numerosas ocasiones la insolvencia o la reticencia del sujeto a afrontar esta obligación que dificulta su culminación. El desplazamiento del pago de la responsabilidad civil ex delicto a la vía penitenciaria dota de una dimensión tratamental indudable que permite actuar sobre el sujeto facilitando una herramienta para cumplirla en casos de insolvencia y para despertar en el penado la voluntad de hacerlo.

De esta manera, no puede establecerse una valoración positiva si el sujeto, pudiendo hacerlo, no repara el daño causado reflejado en la responsabilidad civil ya que denota desinterés por las consecuencias de su acción delictiva e indiferencia hacia la víctima. Sensu contrario, el mero pago de las responsabilidades civiles sin mostrar simultáneamente el más mínimo signo externo de reinsertión social no debiera conducir a la progresión a tercer grado o la liberación condicional. Todos estos elementos deben ser considerados a la hora de establecer un pronóstico de reinsertión que pondere con equilibrio los aspectos objetivos y subjetivos concurrentes en cada persona.

9.2.6.- Adelantamiento de la libertad condicional: Art. 91.2

Novedad importante de la L.O. 7/2.003 es la introducida por el segundo apartado del artículo 91 del Código, no prevista inicialmente en el Proyecto de Ley, que responde a una enmienda transaccional aprobada en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso a propuesta del Grupo Parlamentario Convergencia i Unió⁵⁸⁴.

La posibilidad de anticipar la libertad condicional tiene un carácter excepcional y excluye a los condenados por delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales y faculta a que el Juez de Vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, conceda la libertad condicional al cumplimiento de dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

En un punto segundo se amplía aún más esta posibilidad al señalar que cumplidos los mismos requisitos se podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo. Esta medida requiere que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

Resulta significativo el mantenimiento del concepto estricto de tratamiento que asume el legislador y la confusión propia que en materia de abordaje de dependencias a sustancias adictivas que denota el uso del concepto “*desintoxicación*”. Este término es considerado como médico y su finalidad es meramente “*paliativo*” al objeto de eliminar o minimizar los efectos desagradables de la privación de las sustancias tóxicas suministradas con asiduidad. El legislador, sin embargo, lo incorpora en detrimento del concepto “*deshabitación*” que prosigue al anterior y conlleva la

⁵⁸⁴ Diario de Sesiones de la Comisión de Justicia e Interior de 13 de mayo de 2.003, Págs. 24.249 y 24.250, donde se aprueba la propuesta N° 66 del Grupo Parlamentario Convergencia i Unió.

realización metódica de un programa multidisciplinar tendente a evitar la recaída en el consumo durante el mayor periodo temporal posible.

Como valoración de esta medida entendemos que se trata de un intento de compensación del endurecimiento general de la normativa del momento estableciendo posibilidades de excarcelación (que no de acortamiento de la duración de las penas) y que evoca en buena medida a la extinta institución de la redención de penas por el trabajo.

9.2.7.- Revocación de la libertad condicional

La reforma procede a adicionar dos apartados al artículo 93 del Código que prevén la revocación de la libertad concedida en caso de que el reo delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones impuestas para acceder a esta situación. En esos supuestos, el Juez de Vigilancia revocará la libertad condicional y el penado reingresará en prisión, en el período o grado penitenciario que corresponda, para cumplir el tiempo que reste de condena.

Además, la modificación estableció reglas especiales para los condenados por delitos de terrorismo. En estos supuestos y a diferencia del resto de internos, perderán el tiempo cumplido en libertad condicional⁵⁸⁵.

Vinculado con lo previsto en este artículo, la ausencia de un control eficaz de la conducta del liberado es uno de los aspectos pendientes de la normativa y de la práctica penitenciaria que condiciona la posible extensión de las medidas señaladas durante el último periodo de cumplimiento, aspecto que continúa normándose en disposiciones con rango reglamentario

⁵⁸⁵ Este aspecto ha sido criticado por varios autores al considerar que el tiempo pasado es tiempo de condena ya cumplido y, por lo tanto, no afectable por una resolución de revocación. Para ello se consideraron las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 18.7.1996 y 13.11.96 que fijaron la doctrina en orden a determinar la ley penal más favorable con motivo de la entrada en vigor del Código Penal de 1.995. La conclusión es clara: en ningún caso se puede prescindir de la redención de penas por el trabajo ya concedida. Mutatis mutandi y por referirnos a días de condena ya cumplidos, el periodo de libertad condicional no puede verse modificada ex post en virtud del incumplimiento del liberado de las condiciones de las que se hace depender su situación en libertad condicional. Sobre esta cuestión JUANATEY DORADO, C. “*la Ley de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las penas, y los Principios Constitucionales del Derecho Penal*”. La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario. Número 9. Octubre 2.004. Págs. 13-14.

(Art. 200 RP). Esta precaria regulación es una de las causas que impiden de facto que esta Institución fundamental despliegue toda la potencialidad rehabilitadora que posee y sea aplicada en mayor número de supuestos. Prueba de esta insuficiencia normativa es la creación teórica de la situación jurídica de “*libertad condicional suspendida*” a la espera de un pronunciamiento judicial definitivo en orden a su revocación, creándose una categoría intermedia, no prevista pero necesaria (sirva como ejemplo los supuestos no infrecuentes que se producen cuando liberados condicionales reingresan en un centro penitenciario presos por nuevas responsabilidades derivadas de hechos cometidos en ese periodo de liberación condicionada). De consolidarse las previsiones recogidas en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, la modificación de la naturaleza jurídica de la libertad condicional y su nueva consideración como causa de suspensión de la ejecución y no cumplimiento de condena posibilitaría la revocación de la suspensión y surgiría la obligación de cumplir todo el tiempo suspendido.

9.2.8.- Instrucciones penitenciarias dictadas para la aplicación de las modificaciones

La aplicación práctica de esta medida constituyó una modificación sustancial de los postulados y criterios sostenidos por los diversos órganos de la Administración que se articularon mediante sucesivas Instrucciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias estableciendo distintos niveles de rigor en la exigencia de su cumplimiento⁵⁸⁶. Estas fueron:

1.- Instrucción 9/2.003, de 25 de julio, que fijó el criterio objetivo del pago efectivo o la declaración de insolvencia judicial para valorar la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito para acceder al tercer grado de tratamiento o la libertad condicional. Además, en los delitos que según el precepto debían aplicar este requisito “*singularmente*” solo se admitía el pago efectivo y comprobado o aval suficiente de hacerlo en el futuro.

⁵⁸⁶ En cuanto a su contenido, LÓPEZ CERRADA, V.M. “*La Responsabilidad Civil en la L.O. 7/2.003 y su incidencia en el Tratamiento Penitenciario*”. Revista de Estudios Penitenciarios N° 252. Ministerio del Interior. Madrid. 2.006. Pág. 91- 92.

La satisfacción se podía constatar con la notificación del Tribunal sentenciador de una copia de la pieza de responsabilidad civil, del pago de ésta o del auto de insolvencia. Esta interpretación restrictiva (de la que difirió la establecida por los Servicios Penitenciarios de Cataluña dictada en ejercicio de su capacidad de auto-organización) mereció el reproche del Consejo del Poder Judicial que consideró que esta valoración de datos objetivos al margen de la verdadera intención de reparar el daño causado llegaba a suponer una “*criminalización de la pobreza*”⁵⁸⁷.

2.- La Instrucción 2/2.004, de 16 de junio, (publicada tras el cambio de Gobierno surgido de las elecciones celebradas el 14 de marzo anterior), establece una interpretación más amplia al admitir, junto a la insolvencia, otros criterios de referencia como la situación económica y las posibilidades de pago futuro, debiendo valorar las Juntas de Tratamiento

“el comportamiento postdelictual de los internos, la disponibilidad económica del reclusos, los informes de los servicios sociales y un compromiso de pago futuro si durante el tercer grado o la libertad condicional desarrolla un trabajo remunerado”.

Respecto a los grupos de delitos a los que se aplica este requisito de la responsabilidad civil “*singularmente*”, se mantiene la exigencia del pago efectivo o aval suficiente de hacerlo en el futuro.

3.- La Instrucción 2/2.005, de 15 de marzo, que estableció las siguientes novedades:

a) Fijó dos criterios distintos para la satisfacción de la responsabilidad civil: el pago efectivo y la voluntad y capacidad de pago manifestada de diferentes maneras (conducta observada en orden a restituir, reparar o indemnizar; valoración de su capacidad real presente o futura, garantías futuras, expectativas de enriquecimiento...)

b) Mantuvo en las Juntas de Tratamiento la facultad de valorar la voluntad y la capacidad de pago pudiendo establecer medidas de control para

⁵⁸⁷ De manera diferente, la Circular 1/2003 de la Secretaría de Servicios Penitenciarios, Rehabilitación y Justicia Juvenil de Cataluña flexibilizaba los criterios alzaprando el esfuerzo y el compromiso de pago futuro una vez dispusieran de un trabajo en tercer grado o en libertad condicional para aquellos reclusos que carecen de recursos.

garantizar el pago futuro si el Juez de Vigilancia no lo hubiera realizado de oficio.

c) Estableció que en aquellos delitos en los que se valore “singularmente” este aspecto según el Código Penal, el tratamiento jurídico sería igual, sirviendo en consecuencia tanto el pago efectivo como la voluntad de pago futuro. Con ello se supera el criterio objetivo anterior introduciendo una mayor discrecionalidad en la valoración.

Junto a esta flexibilización de la posibilidad otorgada a la Administración, en los criterios comunes que establecieron los Jueces de Vigilancia relajaron los requisitos al acordar que era preciso valorar el comportamiento postdelictual efectivamente observado, considerando la inequívoca voluntad de reparación del daño causado a la víctima concretada en hechos objetivos que evidenciaran un esfuerzo del penado por satisfacer, dentro de sus posibilidades, la responsabilidad civil fijada en la sentencia además de admitir que si se incumplen los compromisos de pago no se debería, necesariamente, retroceder a la situación previa⁵⁸⁸.

9.3.- Modificaciones establecidas por L.O. 15/2003, de 25 de noviembre.

Esta Ley Orgánica modificó nuevamente el Código Penal introduciendo una serie de medidas importantes. Merece destacarse, desde el análisis de su repercusión en el medio penitenciario, la rebaja del periodo mínimo de duración de las penas de prisión de seis a tres meses al reformarse el punto primero del artículo 36 que entró en vigor el día 1 de octubre de 2.004 y lo estuvo hasta el 22 de diciembre de 2.010.

La medida, en línea con la pretensión del legislador de dar respuesta a la reiterada criminalidad de escasa entidad económica pero generadora de una elevada sensación subjetiva de inseguridad e impunidad cometida con reiteración por las mismas personas, constituye, desde nuestra opinión, la constatación de la insuficiencia del Derecho penal para dar respuesta a todos los conflictos sociales que surgen en las sociedades modernas y, en especial,

⁵⁸⁸ GONZALEZ DEL POZO, J.P. y BUENO ARÚS, F. “*Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XIV reuniones celebradas entre 1.981 y 2.005*”. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.006.

a los supuestos de habitualidad delictiva de algunos de sus miembros. Las medidas alternativas al internamiento carcelario en supuestos de reiteración delitos menores fracasaron y se recurre nuevamente a la retirada temporal de la colectividad de miembros inadaptados, profesionales del delito menor habituales del medio carcelario.

La reforma suprimió la pena de arresto de fin de semana, una de las grandes novedades del Código de 1.995, que nunca cumplió las expectativas creadas debido a su imperfecto desarrollo y aplicación. Como contrapartida creó la pena de localización permanente a cumplir en el propio domicilio o en el lugar señalado por el juez o tribunal, sin el estigma desocializador de la pena de prisión y con la vocación de ser verificada en su cumplimiento por medios tecnológicos⁵⁸⁹. Finalmente en este ámbito amplió los supuestos de condena a pena de trabajo en beneficio de la comunidad.

En el tratamiento de las drogodependencias, se consideró la posible suspensión del cumplimiento de las penas privativas de libertad hasta los cinco años, frente a los tres anteriores. Además, se establecieron modificaciones sustanciales en el acceso a la libertad condicional de personas enfermas que ha motivado una importante controversia en la literatura científica afectando a la práctica penitenciaria diaria al haber sido objeto de reclamaciones persistente de colectivos sociales y políticos de diversa índole que procedemos a analizar.

Como analizamos en el apartado de la progresión a tercer grado en el supuesto especial previsto en el Art. 104.4 R.P., la redacción del artículo 92 efectuada por el apartado trigésimo quinto del artículo único de la Ley Orgánica 15/2.003, introduciendo los puntos 2 y 3, ha motivado una polémica doctrinal muy interesante sobre la concesión de la libertad

⁵⁸⁹ Esta pena de localización permanente es objeto de nueva regulación por L.O. 5/2.010 que permite su cumplimiento “en el lugar fijado en sentencia o posteriormente en auto motivado” que recuerda a la extinta pena de arresto de fin de semana, conforme dispone el Real Decreto 840/2.011, de 17 de junio. Además es preciso considerar que la derogación del Real Decreto 515/2.005 deja sin posibilidad de ejecución de esta pena en modalidad distinta al cumplimiento en Centro penitenciario.

condicional a enfermos muy graves con padecimientos incurables y el alcance práctico que ello puede implicar⁵⁹⁰. La norma establece⁵⁹¹:

“Artículo 92:

1.- No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables.

2.- Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

3.- Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, previa en su caso la progresión de grado, autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al

⁵⁹⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad condicional de los enfermos muy graves en el sistema de individualización científica”. Diario La Ley Nº 7953. Oct. 2.012. Págs.1-17. Sobre la evolución de esta liberación constitucional desde su introducción por R.D. de 29 de julio de 1.997 hasta la reforma por L.O. 15/2.003: RENART GARCÍA, F. *La Libertad Condicional: Nuevo régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.003. Págs. 233 a 242.

⁵⁹¹ El Art. cincuenta de la L.O. 1/2015 ha modificado la redacción. Para la suspensión del cumplimiento del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional, los informes médicos señalados serán aquellos que estime necesarios el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Del punto 3º se excluye la necesidad de progresión a tercer grado valorándose “la falta de peligrosidad relevante del penado” según informe pronóstico final emitido por el centro penitenciario. La reforma añade al penado la obligación de facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense o al que determine el juez o tribunal la información necesaria para valorar sobre la evolución de su enfermedad. Su incumplimiento puede dar lugar a la revocación de la suspensión y de la libertad condicional. Además prevé la posible imposición de las medidas contempladas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 91, tras redacción dada por la precitada L.O. 1/2015.

centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior, todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previstos por el de la Ley Orgánica General Penitenciaria”.

Al margen de la consideración que en estos supuestos debiera proceder la aplicación de la institución del indulto parcial y no el de la libertad condicional (ya que supone acudir a un instrumento rehabilitador cuando en la realidad lo que existe es una cuestión humanitaria), entendemos que el legislador establece dos situaciones en la valoración de la enfermedad⁵⁹²:

1.- Supuestos de enfermedad muy grave e incurable que configura el punto tercero del precitado artículo 92 del Código con un factor claro de riesgo: *“peligro patente para la vida”.*

2.- *“Enfermos muy graves con padecimientos incurables” (sin que exista, en consecuencia “peligro patente para la vida”).*

Se equipara el término *“patente”* con la inminencia del fallecimiento y no con las acepciones propias de la palabra (manifiesto, visible, claro o perceptible), creándose en la aplicación de la norma ciertas disfunciones solamente abordables desde los postulados reconocidos en la Constitución.

En los centros penitenciarios existen numerosos internos enfermos muy graves, con padecimientos incurables y pronóstico desfavorable conforme al estado actual de la ciencia médica pero cuyo fallecimiento puede depender de múltiples elementos, incluso de su propio comportamiento. En estos supuestos procede valorar o determinar la calidad de vida del paciente con diversos predictores que, en buena medida, determina su capacidad para delinquir.

El más frecuente es la escala de performance de Karnofsky (I.K. o KPS), diseñada para medir el nivel de actividad del paciente y las necesidades de

⁵⁹² Así se ha establecido en el recurso interpuesto por el Ministerio Público contra el Auto del JCVP de fecha 30 de agosto de 2.012 oponiéndose a la concesión de la libertad condicional a uno de los autores del prolongado secuestro de un funcionario de prisiones por causa de su enfermedad.

atención médica⁵⁹³. Se trata de una medida general de la autonomía del paciente cuya puntuación va de 100 a 0 (donde 100 es “perfecto” de salud y 0 es la muerte). Es un elemento de predicción independiente de mortalidad, tanto en patologías oncológicas y no oncológicas. Sirve para la toma de decisiones clínicas y valorar el impacto de un tratamiento y la progresión de la enfermedad del paciente. Un “Karnofsky” de 50 o inferior indica elevado riesgo de muerte durante los 6 meses siguientes.

En ambos casos (“*enfermos muy graves con padecimientos incurables*” y “*peligro patente para la vida*”), se requiere la preexistencia de la clasificación en tercer grado ex Art. 104.4 R.P., “*con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación*”⁵⁹⁴.

En el caso de existencia de peligro patente para la vida, procede la concesión inmediata de la libertad condicional sin sometimiento a exigencia o requisito alguno, cuestión que no concurre en el supuesto en que nos hallemos ante enfermos muy graves con padecimientos incurables pero que no exista “*peligro patente para la vida*”, en cuyo caso consideramos necesario ponderar las circunstancias personales, la peligrosidad y la capacidad para delinquir. Esta es la interpretación que realiza MANZANARES SAMANIEGO al señalar:

“Las “razones humanitarias y de dignidad personal” únicamente se mencionan en el Art. 104.4 del Reglamento Penitenciario para la concesión del tercer grado, de forma que posibilitan la clasificación del penado en el

⁵⁹³El índice de Karnofsky (IK), se utilizó por primera vez en medicina en 1948 para valorar el estado funcional de pacientes oncológicos tratados con quimioterapia. Desde entonces, este índice funcional ha sido ampliamente utilizado en estudios clínicos mostrando buena correlación con otras medidas funcionales y del bienestar. Entre sus aplicaciones contrastadas podemos citar, el establecer criterios de conveniencia para llevar a cabo distintos tratamientos en pacientes con cáncer, medir de forma global el estado funcional en pacientes oncológicos, predecir la evolución y supervivencia en dichos pacientes, valorar el pronóstico y riesgo en pacientes geriátricos, y como indicador de calidad de vida en pacientes con accidente vascular cerebral, cáncer de pulmón, o nutrición parenteral domiciliaria. El criterio es asumido por la Circular 1/2000, de 11 de enero, de la DGIP y analizado por RENART GARCÍA, F *La Libertad Condicional: Nuevo régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.003. Págs. 237 a 240.

⁵⁹⁴ Por lo que podemos considerar soslayable lo señalado en el artículo 65.2 de la Ley Orgánica (“*la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva*”) y 106.2 del Reglamento (“*modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva*”)

mismo “atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad”. Sin entrar en el acierto o no de dar tal importancia a esos principios en un sistema orientado a la reinserción social del reo- de acuerdo precisamente con el Art. 25.2 de la Constitución- no acaba de verse su conexión con la dificultad material de la reiteración delictiva. Se trata de dos cosas distintas. En todo caso, aquella previsión respecto a los penados con “enfermedades muy graves con padecimientos incurables” solo es potestativa y no excluye la valoración de las demás circunstancias que han de tenerse en cuenta para la clasificación en general. No afecta, de otro lado, a la libertad condicional, regulada directa y exclusivamente en el propio Código Penal.

Es posible, además, a un indulto del resto de la pena –competencia del Gobierno y no de los tribunales-, que, por serlo parcial, no precisa siquiera razones de justicia, equidad o interés público, aunque ya éstas admitan una interpretación muy generosa. Véanse los Arts. 11 y 12 de la vigente Ley del Indulto de 18 de junio de 1.870. Su Art. 16 permite imponer al reo unas condiciones que podrían ser muy parecidas a las reglas de conducta y medidas del Art. 90.2. CP. Otra cosa es que ni unas ni otras se avengan bien con el estado terminal de algunos enfermos”⁵⁹⁵.

Desde la práctica penitenciaria entendemos que la modificación pretendió dar respuesta a la necesidad imperiosa de tramitar supuestos de libertad condicionada con la agilidad requerida a la gravedad de la situación, obviándose los informes y documentos que componen el expediente completo y que, en ocasiones, demoraron en exceso su resolución lo que impedía alcanzar el fin humanitario que contiene la medida y que expresa nítidamente precitada la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1.996, que conecta la norma penal con los principios contenidos en la Carta Magna. Así, el Fundamento Jurídico segundo señala:

⁵⁹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad condicional de los enfermos muy graves en el sistema de individualización científica”. Diario La Ley Nº 7953. Oct. 2.012. Págs. 9-10.

“La Constitución proclama el derecho a la vida y a la integridad, en su doble dimensión física y moral (Art. 15 C.E.). Soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los fundamentales, tiene un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena, excluidas que han sido de nuestro ordenamiento jurídico la de muerte y la tortura, utilizada otrora también como medio de prueba y prohibidos los tratos inhumanos y degradantes incluso los trabajos forzados. Por otra parte, la Administración penitenciaria no sólo ha de cumplir el mandato constitucional con una mera inhibición respetuosa, negativa pues, sino que le es exigible una función activa para el cuidado de la vida, la integridad corporal y, en suma, la salud de los hombres y mujeres separados de la sociedad por medio de la privación de su libertad (SSTC 120/1990, 137/1990 y 11/1991; Arts. 3 y 4 de la Ley General Penitenciaria y 5.3 de su Reglamento). Desde otra perspectiva complementaria, la relación de sujeción especial entre el recluso y la Administración penitenciaria que hace nacer la condena judicial a una pena de prisión, permite limitar ciertos derechos fundamentales por razón del mismo condicionamiento material de la libertad, pero a la vez impone que se proteja y facilite el ejercicio de los demás que no resulten necesariamente limitados (STC 2/1987).

El Ordenamiento jurídico español reconoce la existencia del derecho de todas las personas privadas de libertad a no fallecer en prisión como aspecto integrante del concepto de dignidad que es fundamento de la paz social y del orden político.

9.4.- Nueva modificación de la D.A. 5º de la L.O.P.J.

Hemos señalado que la introducción del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, al pretender centralizar en la Audiencia Nacional la resolución de aspectos esenciales de la ejecución penal, se interpretó como manifestación de una profunda desconfianza frente al Juez de Vigilancia del territorio puesta de manifiesto en determinados escándalos mediáticos en materia de excarcelación de presos de bandas armadas.

De forma paralela y casi simultánea en su tramitación, se vuelve a modificar la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, añadiendo un nuevo apartado quinto que contempla el carácter suspensivo del recurso de apelación en materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional cuando pudiera dar lugar a la excarcelación de internos condenados por delitos graves⁵⁹⁶.

La reforma ha evitado la posible excarcelación de penados sin intervención del órgano “*ad quem*” en supuestos de delitos graves (entendiéndose que estos son los castigados con pena de prisión superior a tres años, según disponía el Art. 33 C.P. en aquel momento y actualmente superior a cinco años tras modificación del Código efectuada por L.O. 15/2.003, de 25 de noviembre, al objeto de armonizar la duración de las penas de prisión a las competencias del Juzgados de lo penal y de la Audiencia Provincial)⁵⁹⁷, atajándose las situaciones producidas que tuvieron amplia repercusión social en el contexto determinado en que se produjo la reforma.

9.5.- La reforma procesal penal

En 1.979 se consideraba que la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.882 había quedado retrasada en relación con los avances de la Ciencia forense moderna que había construido interpretaciones avanzadas y consagrado derechos fundamentales y principios básicos en el Ordenamiento jurídico no recogidos en el texto.

⁵⁹⁶ La redacción dada por la L.O. 15/2.003 es:

5.- “*Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión.*

Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente.”

Con esta modificación, el apartado actual 5 de la disposición adicional quinta para a ser el apartado 6. Sin embargo, el legislador no reparó en que la D.A. 5º ya había reformada por la L.O. 3/2.003, con lo que esta Disposición Adicional no tenía 5 apartados sino 7.

⁵⁹⁷La L.O. 15/2.003 procedió a modificar el artículo 33 del Código Penal al objeto de armonizar la gravedad de las penas con la distribución de competencias entre los juzgados de lo penal y las Audiencias provinciales. Así, se elevó de tres a cinco años la duración de la pena de prisión considerada menos grave.

La norma en vigor, de honda raigambre liberal, en línea con los planteamientos dominantes en Europa a finales del Siglo XIX, debía avanzar hacia nuevos postulados en los que, sin menoscabar los derechos del individuo, acentuara el poder del Estado. El Fiscal debía abandonar su altura procesal similar a la del acusado alcanzando una situación de preeminencia como representante del Estado y defensor de la sociedad (conforme dispuso el artículo 124 de la Constitución). También debía desarrollarse la previsión de instauración del jurado como manifestación democrática de alto contenido simbólico y crearse una verdadera policía judicial dependiente de jueces, tribunales y fiscales⁵⁹⁸.

Resultaba perentorio satisfacer la necesidad de recoger los postulados constitucionales de la prisión preventiva en cuanto a su excepcionalidad y proporcionalidad. En el ordenamiento jurídico de un Estado de derecho, la regla general debía ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y la privación de libertad la excepción, sin que se admitan situaciones intermedias por debajo de los supuestos de prisión provisional que la ley de forma taxativa, razonable y detallada prevea y de detención preventiva como medida provisionalísima, rechazándose situaciones de retención policial no admitidas por la jurisprudencia.

En el contexto de elevadas tasas de delincuencia, el Gobierno de la Unión de Centro Democrático tramitó la Ley 16/1.980, de 22 de abril, que modificó los artículos 503 y 504 de la L.E.Cr. La nueva regulación consistió fundamentalmente en que el juez, en ciertos casos, pudiera decretar la prisión de un procesado cuya posible pena fuera de más de seis meses (mientras hasta ese momento era de seis años), siendo la reforma calificada por el Ministro de Justicia Íñigo Cavero como “*medida coyuntural necesaria*” ante el serio incremento de la criminalidad y la necesidad de dar respuesta a la demanda ciudadana de mayor seguridad.

En este debate, recurrente en el tiempo, se aprecia la necesidad de establecer la proporcionalidad como canon de legitimidad que exige la

⁵⁹⁸ Sobre la necesidad de reformar la L.E.Cr.: SAEZ JIMÉNEZ, J. y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, E. *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*. Tomo IV. Vol. I. Ed. Santillana. Madrid, 1.966. Págs. 285 a 316.

adecuación de la prisión a determinados fines legítimos. Estos principios se recogieron poco tiempo después en la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1982 de 2 de julio, que concluyó:

“La institución de la prisión provisional, situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad de ciudadano, por otro, viene delimitada en el texto de la C.E. por las afirmaciones contenidas en: a) el Art. 1.1, consagrando el Estado social y democrático de derecho que “propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”; b) en la sección 1.ª, capítulo 2.º del título I, el Art. 17.1, en que se establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”, y c) en el Art.24.2, que dispone que todos tienen derecho “a un proceso público sin dilaciones indebidas... y 3 a la presunción de inocencia”.

Prueba de la acuciante necesidad de reformar la legislación procesal son las contestaciones del Ministro de Justicia del primer Gobierno Socialista LEDESMA BRARTRET quien, en la primera entrevista concedida tras su toma de posesión en el cargo, anunció:

“La reducción del tiempo de duración de la prisión provisional, desde el momento en que se proceda a dar cumplimiento al artículo de la Constitución que establece la duración limitada de dicha prisión. Rebasado ese tiempo, lógicamente, no puede mantenerse la situación de prisión provisional. Eso supone ya, por consiguiente, una reducción, y al mismo tiempo está imponiendo a los tribunales la necesidad de concluir las actuaciones sumariales con mayor celeridad. Por otra parte, desde el momento en que se proceda a la creación de nuevos órganos judiciales se generará una mayor capacidad de trabajo y, consiguientemente, se producirá una mayor aceleración. Porque el problema está centrado fundamentalmente en las Audiencias de los grandes núcleos de población. Esas Audiencias son las que deberán tener un tratamiento preferente en

cuanto a la composición de sus órganos y a los medios que se les asignen”⁵⁹⁹.

Así se aprobó la L. O. 7/1.983, de 23 de abril, de modificación de esos mismos artículos de la L.E.Cr., lo que supuso en la práctica la excarcelación de varios miles de internos de los centros al sustituirse las medidas cautelares de carácter personal por el señalamiento de libertad bajo fianza. La situación de elevada inseguridad creada se corrigió con la llamada “*contrarreforma*” promovida por el mismo titular ministerial y que se plasmó en la L.O. 10/1.984, de 26 de diciembre.

Desde otra perspectiva y con la necesidad de actualizar la normativa procesal en los primeros años de la democracia a la persistencia del fenómeno terrorista, el Parlamento aprobó una legislación de carácter excepcional (Leyes antiterroristas 56/1.978, 11/1.980 y 9/1.984) difícilmente compatibles con el Estado democrático en construcción. Señala GIMENO SENDRA que las normas aprobadas

*“Tendían a cercenar los derechos fundamentales a la libertad, intimidad, inviolabilidad del domicilio y de defensa en el proceso penal. De este modo, se autorizaron contra las personas sospechosas de participar en tales bandas armadas, detenciones policiales en régimen de incomunicación hasta diez días, el establecimiento automático de la prisión provisional, el allanamiento policial de los domicilios, etc”*⁶⁰⁰.

La situación se mantuvo vigente hasta que el Tribunal Constitucional, por Sentencias 196/1.987 y 199/1.987, declaró inconstitucional numerosos preceptos, propiciando que el Poder Legislativo promulgara la L.O. 4/1.988 derogando la legislación excepcional en vigor y modificando numerosos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pese a las limitaciones existentes, este autor ha resaltado los esfuerzos realizados en las numerosas reformas llevadas a cabo con el fin de agilizar la justicia y adecuarla a los postulados del actual Estado español de

⁵⁹⁹ Entrevista publicada en el periódico “El País”. 4 de diciembre de 1.982. Págs. 16-17.

⁶⁰⁰ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Colex. Madrid, 1.996. Págs.25 a 36.

Derecho, manteniendo la necesidad de acometer la promulgación de un nuevo *Código Procesal Penal* que sustituya a la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1.882. En estos momentos la legislación procesal penal constituye la reforma pendiente en la España constitucional. Esta modificación sustancial e integral deviene hoy día una imperiosa necesidad para alcanzar una administración de justicia penal plena, eficiente y eficaz. No podemos olvidar que desde el inicio de la andadura democrática los distintos partidos políticos y gobiernos en el poder han ofrecido diversas modificaciones legislativas tendentes a reformar el proceso penal con la incidencia directa que este ámbito posee en los centros penitenciarios.

La última de las reformas producidas se contienen en la Ley 37/2.011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, introduciendo modificaciones inexcusables exigidas por la situación derivada de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio y relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Concretamente y coherente con lo señalando en el punto anterior, se regulan cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, articulación del derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral y conformidad, así como su rebeldía.

El día 22 de julio de 2.011 fue presentado públicamente un Anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, tramitado bajo la denominación Código Procesal penal, conteniendo importantes novedades que finalmente no han prosperado. El día 5 de diciembre de 2.014 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que selecciona alguno de los puntos considerados más urgentes de los contenidos en el Proyecto señalado. Esta reforma aparta la creación de la figura del “fiscal instructor” y previó mejorar jurídicamente los mecanismos de interceptación de las comunicaciones y agilizar los procesos judiciales intentando evitar la concatenación de piezas en los llamados “macro-

procesos”, limitando el tiempo de instrucción en las causas más simples a seis meses y a un plazo de dieciocho en las más complejas.

El Consejo de Ministros, en sesión de 13 de marzo de 2.015 ha aprobado un nuevo proyecto de modificación de la L.E.Cr. que modificará el término “imputado” por el de investigado o encausado, incluirá normas de conexidad de delitos por la que se generará una instrucción singular y diferenciada para intentar acortar los plazos de instrucción y habilitará una segunda instancia penal en determinados supuestos que supondrá la revisión de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales por parte de las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y se reforzará la Sala de apelaciones de la Audiencia Nacional. Además pretende establecer un cauce a través del recurso de revisión para la incorporación al Derecho nacional de las Sentencias que se puedan dictar por el Tribunal Europea de Derechos Humanos⁶⁰¹.

Finalmente Debemos referirnos a la Ley Orgánica 5/2.015, de 27 de abril, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2.012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. La reforma refuerza las garantías del proceso penal mediante una regulación detallada del derecho a la traducción e interpretación en este proceso y un derecho del imputado a ser informado sobre el objeto del proceso penal de modo que permita un eficaz ejercicio del derecho a la defensa en línea con lo previsto en los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También completa el catálogo de derechos de las personas detenidas y hace mención expresa al derecho al acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, y al

⁶⁰¹ Iustel. Diario del Derecho. Ed. Iustel. 13 y 16 de marzo de 2.015. Presentado en el Congreso de Diputados el 13 de marzo de 2.015.

derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, así como a la información del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención. Respecto a la forma en que debe ser facilitada la información, se exige que sea proporcionada en un lenguaje accesible, adaptado a la edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal del imputado o detenido. Además, en los casos de los detenidos o presos, la información de los derechos que le asisten deberá efectuarse siempre por escrito.

CAPÍTULO V.- SITUACIÓN PENITENCIARIA ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

Procedemos a analizar en este Capítulo un conjunto diverso de cuestiones que han ido incidiendo en la actividad diaria de la Institución penitenciaria. Más de tres décadas después de la aprobación de la Ley Orgánica, los cambios han sido muchos y muy profundos. Existen nuevas tendencias en Política Criminal que en algunos aspectos superan los postulados anteriores y en otros se retorna a planteamientos clásicos. Las tasas y las formas de criminalidad no son equiparables, la violencia terrorista ha desaparecido en España, aunque no su amenaza. Un porcentaje elevado de delitos son cometidos por extranjeros. La víctima tiene una posición en el proceso penal desconocida con anterioridad. Nuestro país se ha integrado en diversas organizaciones internacionales que han desarrollado postulados inimaginables en 1.979 y forma parte de la Unión Europea donde se adoptan resoluciones trascendentales para todos sus ciudadanos. La informática y la electrónica crean un mundo virtual impensable con anterioridad, surgiendo nuevos derechos y diversos peligros y amenazas solamente previstos por la mejor literatura orwelliana.

Cualquier análisis que se realice de la situación del interior de las cárceles nos lleva a evidenciar un cambio radical. Sirve como ejemplo la mutación que el elemento religioso cumple en la privación de libertad. De las referencias constantes que a la espiritualidad hemos realizado en el primer Capítulo de este trabajo a la pluralidad que apreciamos en el presente. De su omnipresencia en el periodo previo a la aprobación de la Ley al respeto profundo que se brinda en la actualidad a la diversidad y a la aconfesionalidad.

Abordamos también el estudio de situaciones críticas producidas consecuencia de varias resoluciones judiciales o administrativas que modificaron expectativas y previsiones de cumplimiento como las sucedidas

por la modificación los criterios que estuvieron vigentes para el abono de periodos de privaciones de libertad acordadas de manera cautelar, la aplicación de nuevos criterios jurisprudenciales para la aplicación de beneficios penitenciarios en supuestos de pluralidad delictiva o la emisión de circulares que establecieron clasificaciones distintas a las legales y reglamentarias y que crearon ficheros y bases de datos de internos de especiales características cuya legalidad suscitó serias dudas.

Por su importancia, afrontamos la última reforma reglamentaria realizada y la incorporación de nuevas penas y medidas de seguridad que afectan a este derecho fundamental así como las previsiones que se atisban en la próxima modificación de la legislación.

Conforme a las estadísticas referidas a los países integrados en el Consejo de Europa (Oficina Europea de Estadística, Eurostat), España posee tasas de criminalidad por cada 1.000 habitantes claramente por debajo de la media. Sin embargo estos datos no son percibidos por la ciudadanía en toda su dimensión. Tal vez la sensación individual y colectiva de inseguridad que se detecta derive de la alta tasa de delitos contra el patrimonio que se soportan, realidad que tiene un incremento constante a lo largo de las dos últimas décadas del pasado siglo, manteniéndose ligeramente en la actualidad. La estructura interna de las estadísticas se mantiene constante desde hace muchos años, siendo hurtos y robos el tipo penal que aparece en la gran mayoría de las infracciones (cerca del 70%), quedando el resto de delitos, patrimoniales o no, a gran distancia.

Durante los últimos años, como consecuencia de las reformas iniciadas en 2.003 y de la nueva sensibilidad desarrollada por la sociedad ante determinados comportamientos tradicionalmente tolerados e incluso justificados, se han producido un sustancial incremento de delitos de violencia de género y contra la seguridad vial⁶⁰². De forma correlativa, y

⁶⁰² Ejemplo es el tratamiento dado a la violencia de género por L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, aprobada por unanimidad de todos los grupos parlamentarios, a través de la que se “*quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos*” (Exposición de motivos). Introdujo en el Título IV, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incrementó las penas cuando la lesión se produce contra quien sea y haya sido esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por

pese a las bajas tasas de criminalidad existentes en comparación con el resto de los países de nuestro entorno, la población reclusa en España por cada 100.000 habitantes es muy elevada.

La reiterada reforma del Código Penal desde su publicación en noviembre de 1.995 constituye un dato relevante en este análisis. Las cifras son elocuentes en cuanto a los resultados obtenidos: todos los cambios han hecho que la población penitenciaria haya crecido un 69,23% desde 1.995 hasta 2.009 (se pasó de 44.956 internos a 76.079), superando los 160 presos por 100.000 habitantes, mientras que la población del país sólo creció un 17,84%.

Desde el año 2.010 ha disminuido la población penitenciaria de forma constante (65.017 internos había el último día del año 2.014 (8.595 preventivos) excluyendo los internos ingresados en los Centros competencia de la Generalitat de Cataluña) debido, en buena medida, a la modificación del Código Penal producida por L.O. 5/2.010, de 22 de junio, con la consiguiente revisión de las condenas en ejecución que fueron impuestas por delitos contra la salud pública y a la sustitución de las penas por la expulsión de extranjeros.

Como consecuencia de la alternancia política ocurrida tras elecciones a Cortes Generales de 20 de noviembre del año 2.011, se han llevado a cabo nuevas reformas del Código Penal recogidas principalmente en la L.O. 1/2.015, de 30 de marzo. El rasgo más sobresaliente lo constituye la acentuación de la tendencia rigorista con modificaciones que incrementan la presión punitiva, pese a que su exposición de motivos indica lo contrario. Entra en cuestión la finalidad resocializadora de las penas y medidas de seguridad y, según algunos autores, se recortan los derechos constitucionales, acercando la legislación española a un derecho penal

una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. También se castigan como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres. Además, se establecen otras peculiaridades en relación a la suspensión de las penas por delitos de esta naturaleza, a su sustitución o al quebrantamiento de medidas de alejamiento. De igual manera las modificaciones de los delitos contra la Seguridad Vial que se introdujeron por L.O. 15/2.007, de 30 de noviembre constituyen un claro ejemplo de las nuevas sensibilidades que emergen en la sociedad española.

autoritario irrespetuoso con los derechos individuales, que afecta a la prohibición de penas o tratos inhumanos.

Según este sector doctrinal crítico con la respuesta, se estaría dando satisfacción no a las necesidades político-criminales que surgen sino que se asume una actitud populista a la hora de seleccionar y regular los asuntos a reformar con una connotación peyorativa e instrumental para el logro de otros fines. A ello respondería el énfasis puesto en sanciones penales potencialmente perpetuas, como la prisión permanente revisable, la custodia de seguridad (finalmente no incorporada), el protagonismo otorgado a la peligrosidad del delincuente con la introducción de medidas de seguridad tras el cumplimiento de la pena, la ampliación de la libertad vigilada o la elevación de las penas de prisión⁶⁰³. Esta es la impresión ofrecida por DÍEZ RIPOLLÉS:

“El sistema de penas español descansa de manera exagerada en el empleo de la prisión, lo que transmite una imagen, cuando menos, anticuada de nuestra política criminal, no pareciendo que España se haya incorporado al grupo de sociedades desarrolladas que, al margen de la intensidad punitiva que mantenga, se esfuerzan por diversificar su sistema de sanciones para evitar los costes de todo tipo que el abuso del encarcelamiento conlleva”⁶⁰⁴.

La situación creada se comprende en la medida en que en la primera década del presente siglo se han consolidado unas actitudes sociales que determina una aproximación a la criminalidad desde los síntomas y no desde las causas y tienen su explicación en un severa crítica al modelo garantista decantado en Occidente, tachado de inmovilista e inservible. Esta realidad ha tenido su claro reflejo en nuestro país, considerándose que el modelo clásico es inmune a los cambios sociales que se han sucedido, ignorante de las realidades que contradicen sus orientaciones político-

⁶⁰³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y SÁEZ VALCÁRCEL, R. “La reforma penal y el sueño de la razón”. Artículo de opinión publicado en el Diario “El País” el 24 de abril de 2.013.

⁶⁰⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La Política Criminal en la Encrucijada*. Estudios y Debates en Derecho Penal 3ª. Edición. B de f. Buenos Aires, 2.007. Págs. 1 a 28.

criminales, es insensible con la degradación de la convivencia en algunos ámbitos y se halla alejado de las reclamaciones surgidas.

Respecto a la interpretación y aplicación del Derecho penal, se reprocha que ha atrapado a su realizador bajo el principio de legalidad por lo que solo queda, o bien cuestionar a éste, con lo que se mina el edificio dogmático laboriosamente construido, o bien realizar una labor de zapa de la ley vigente mediante interpretaciones forzadas de la misma.

Por otro lado, existe también un claro cuestionamiento del concepto de criminalidad surgido de notables posturas científicas⁶⁰⁵. Conforme señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,

“La Criminología occidental ha utilizado prácticamente todos los esquemas teóricos imaginables para ofrecer una explicación generalizadora y convincente del delito...pero lo cierto es que parece haberse ya agotado el arsenal de explicaciones teóricas del crimen”

Destaca este autor que se ha llegado al escepticismo en cuanto a la posibilidad de explicar científicamente el comportamiento desviado y de controlarlo de forma eficaz. Indirectamente se pone en cuestión la propia función constitucional de la privación de libertad y, por ende, de la Institución penitenciaria. La crisis de la Criminología “positivista”, tradicional, que responde a un modelo causal-explicativo, etiológico, incide en actuación propia del tratamiento penitenciario que, en definitiva, pretende modificar las patologías o disfunciones de la persona del hombre delincuente. Los profesionales penitenciarios se ven llamados a tratar patologías en personas que no las padecen con el objetivo último de conseguir su reinserción, sabiendo que ello no es posible, lo que le lleva a sentir un fracaso permanente y a recibir el reproche colectivo por su ineficacia.

El crimen, como fenómeno social, es inseparable del hombre; es la otra cara inevitable de la convivencia que no se puede eliminar. Se afirma que existe una criminalidad propia de la abundancia y del desarrollo que

⁶⁰⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Manual de Criminología. Introducción y Teorías de la Criminalidad*. Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1.988. Págs. 665 a 696

operaría como índice del bienestar. El planteamiento sería propugnar su control racional, manteniéndola dentro de cuotas que hagan tolerable la convivencia. Esta contención pasaría por sustituir progresivamente la pena por otros instrumentos y resortes menos estigmatizadores. Frente a lo señalado, varias décadas después, el Derecho penal sigue apareciendo como núcleo esencial para afrontar los modernos problemas sociales, recurso al que apelan con insistencia los ciudadanos ávidos de seguridad.

Señala ROMEO CASABONA que se ha de aceptar el delito

*“como un fenómeno natural e inherente a la sociedad humana, cuyas manifestaciones no obstante se hallan sometidas a los cambios derivados de la evolución política, socio-económica, cultural y tecnológica, y el Derecho Penal debe aspirar, no a erradicar el delito de la sociedad, pues esto es imposible, sino a mantenerlo dentro de unos niveles soportables y compatibles con la vida social. Por otro lado, el Derecho Penal debe adaptarse siempre a las peculiaridades culturales y de otra índole de cada país o región planetaria y a sus específicas necesidades, pero debe propender en todo caso a una diversificación de reacciones penales, de conformidad con la respectiva situación y fenomenología criminal”*⁶⁰⁶.

La llamada delincuencia clásica, que gira en torno a los delitos contra intereses individuales (vida e integridad, propiedad y libertad) que han nutrido los asuntos abordados por la justicia penal, siguen siendo motivo de preocupación fundamental para amplias capas de la sociedad frente a otros comportamientos delictivos de grupos y estamentos privilegiados que son asumido con mayor resignación por los ciudadanos⁶⁰⁷. Así se alimenta y extiende la sensación de inseguridad ciudadana y decrece la comprensión hacia la criminalidad tradicional que se sostenía en la visión del delincuente como un ser desfavorecido y marginado al que la sociedad le debía su ayuda. Como indica DÍEZ RIPOLLÉS,

⁶⁰⁶ ROMEO CASABONA, C. M^a. *La Función del Derecho Penal*. VV.AA. Derecho Penal. Parte General. Ed. Comares. Granada, 2.013. Pág. 30

⁶⁰⁷ Sobre este aspecto, SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. 2ª Ed. Civitas. Madrid. 2.001.

*“Los conocimientos y opiniones de los expertos se han desacreditado, devaluándose la reputación de los especialistas insertos en la práctica judicial o de la ejecución de penas; los jueces son vistos como un colectivo poco fiable que adopta, con frecuencia, decisiones alejadas del sentido común, y a los funcionarios de ejecución penal parece preocuparles solamente el bienestar de los delincuentes”*⁶⁰⁸.

En este contexto, solo los funcionarios policiales son considerados imprescindibles, copando los primeros puestos en la valoración de las instituciones que se publican. Consecuencia del descrédito de los operadores jurídicos se advierten resoluciones encaminadas a privarles del margen de discrecionalidad que como expertos en la materia les corresponde. Se crea un debate uniforme, sin matices y empobrecido, donde se descalifica cualquier visión que conlleve una cierta complejidad argumental⁶⁰⁹.

El Derecho penal, ante los graves problemas que amenazan a la sociedad actual, no constituye la última ratio sino prima o incluso sola ratio. Es la solución universal de los problemas sociales mediante la imposición de graves penas. La demanda de satisfacer los sentimientos de venganza pervive en esta consideración actual asumiendo como evidencia el fracaso de las políticas reinsertadoras lo que conlleva la descalificación radical de la Institución penitenciaria en términos de rehabilitación.

Este modelo disuasorio clásico de respuesta al delito pone el acento en la presión punitiva del Estado, en el *“justo y necesario castigo”* del

⁶⁰⁸ Sirva como referencia las reflexiones realizadas por el Magistrado FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. quien bajo el epígrafe de *“Los jueces ante las crecientes demandas de seguridad”*, señala: *“El problema de la función judicial en un contexto de exigencia social de seguridad, no es algo nuevo, recuerdo ya desde mis primeros pasos como juez, allá por la década de los ochenta, como habitual la frase de que los jueces sacábamos por la puerta trasera a los detenidos, frustrando así la actuación policial, para la cual constituíamos, se sostenía, un claro entorpecimiento. En la lucha contra la criminalidad nuestra labor se reputaba, ya entonces, obstruccionista, valedora de requisitos que se estimaban fútiles, menos formalismos, exigidos sin ningún otro propósito que el de amparar al delincuente, por quien sentíamos cierta inclinación o simpatía. Ni que decir tiene que nuestra consideración de las víctimas eran tenidas como inexistente. Así era o al menos así lo recuerdo, el debate, siempre perverso, entre seguridad y legalidad, entre eficacia y garantismo; por supuesto del mismo saltamos siempre mal parados.”* En: *“Un Código Penal en continua reforma”*. Las Últimas Reformas penales. Estudios de Derecho Judicial, 138. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. 2.007. Págs. 223-224.

⁶⁰⁹ DIAZ RIPOLLÉS, J.L. *La Política Criminal en la Encrucijada*. Estudios y Debates en Derecho Penal. Editorial B de f. Buenos Aires 2.007. Págs. 80 a 100.

delincuente, objetivo prioritario cuya satisfacción produce un saludable efecto disuasorio y preventivo en la comunidad. La reacción se articula en torno a una normativa intimidatoria, eficaz e implacable llamada a surtir los efectos deseados si es aplicada en la dosis precisa.

El planteamiento ha sido cuestionado desde hace décadas con profundos argumentos científicos por considerar solamente la severidad del castigo como variable a emplear, obviando otros aspectos intervinientes en el proceso disuasorio. Además y como señalamos al analizar las reformas producidas en 2.003, parte solamente del enfrentamiento formal y teórico entre Estado e infractor, ocupando la víctima una posición marginal⁶¹⁰.

Desde el punto de vista colectivo se aprecia que el desarrollo de la sociedad moderna conlleva el abandono de la visión del delincuente como un ser desfavorecido por la colectividad quien, a través de la ejecución penal, puede salvar las carencias detectadas. Esta visión se aprecia en la legislación penitenciaria española debido al momento histórico en que se produce y pervive en buena medida en la interpretación actual. Sin embargo, las diferencias en las oportunidades de las personas no se perciben hoy con la misma nitidez, posiblemente por la generalización de la enseñanza y los servicios sociales en todos los ámbitos colectivos, valorándose la conducta delin cuenciada como un premeditado, innecesario y personal enfrentamiento del individuo con la sociedad que motiva la lógica reacción de ésta. Además se produce una aproximación más realista a los resultados que pueden ofrecer las técnicas de modificación de la conducta aplicadas a individuos con unos condicionamientos biológicos y sociales complicados. Ante esta realidad, la resocialización de la pena palidece frente a objetivos más realizables como son la inocuización del delincuente, la prevención general o la reafirmación de los valores sociales⁶¹¹.

⁶¹⁰ ALVIRA MARTÍN, F. *“El efecto disuasorio de la pena”*. Estudios Penales y Criminológicos. Universidad de Santiago de Compostela, 1.984. Págs.11 y ss.

⁶¹¹ Amplia es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que se declara que la educación y la reinserción social a que se refiere el Art. 25.2 de la Constitución no son las únicas finalidades que cumple la pena privativa de libertad (entre otras las sentencias de 16 de septiembre de 2.002, 16 de junio de 2.003 o 15 de noviembre de 2.004). Se considera que no es menos importante el carácter retributivo que descansa, por un lado, en la

Como hemos señalado, surgen los planteamientos recurrentes en los periodos electorales de los países europeos en orden al endurecimiento de las penas a imponer a determinados delincuentes. Las apelaciones a los valores tradicionales ilustrados ínsitos en nuestra legislación penal y desarrollados en el Estado democrático, especialmente la prioridad de la razón frente al espíritu vindicativo de la pena, el humanitarismo que nos hace sentir como propio el sufrimiento ajeno y la limitación del ius puniendi como exigencia de la justicia, se atenúan ante la opinión general que reclama un endurecimiento del sistema penal y el redescubrimiento de la prisión no por sus capacidades reeducadoras sino como método para alcanzar los efectos intimidatorios y meramente retributivos.

Respecto a la sensación social de inseguridad, especial trascendencia tienen en España los estudios elaborados por SILVA SÁNCHEZ, quien califica nuestra sociedad como la de la “*inseguridad sentida*”. En este contexto ciertamente paradójico, “*La complejidad, diversidad y sobreinformación se aúnan para constituir un germen de dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad*”⁶¹².

1.- TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES ACTUALES

Con la aplicación sostenida en el tiempo de la Ley Penitenciaria y del Código Penal de 1.995 se ha consolidado en España un cuerpo normativo integrado en los principios constitucionales (también asentados tras décadas de democracia) que deberían trascender a los supuestos de alternancia en el poder y que, lejos de cuestionar el modelo, lo reafirmaría. La situación penitenciaria fue un asunto de Estado cuando se elabora la Ley y entendemos que debería seguir siéndolo, manteniendo la privación de libertad al margen del debate político permanente, sin perjuicio de que, a consecuencia de la constante revisión de los postulados que efectúa la Ciencia penal, surjan análisis y tendencias en todo el ámbito europeo

culpabilidad y por otro en la experimentación de las privaciones inherentes a la ausencia de libertad como algo merecido por el penado.

⁶¹² SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Edisofer, S.L. 3ª edición. Argentina, 2.011. Págs. 20 a 33.

occidental al que nuestro país no permanece ajeno. Estas corrientes principales son:

a) Con el fin de dar respuesta a las nuevas necesidades sociales o, siendo más precisos, a la existencia de una imperiosa necesidad social de más protección a través de la introducción de nuevos tipos penales y a la agravación de los ya existentes, se reinterpretan las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Se crean nuevos “bienes jurídicos” y se flexibilizan las reglas de imputación. Esta corriente tuvo su manifestación en España en el Código de 1.995, cuya Exposición de motivos reconoce la existencia de una *“antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja”* y su continuación en las modificaciones legislativas posteriores y las anunciadas que incorporan nuevos bienes a proteger o lo realiza de forma más intensa. En palabras de MATA Y MARTÍN,

*“Nos encontramos con supuestos en los que el legislador da cabida a una protección simultánea de bienes jurídicos de orientación individual y colectiva... Se tipifican conductas que protegen al mismo tiempo intereses clasificados en parcelas inicialmente contrapuestas, como son los relativos a las personas, por una parte, y al conjunto social, por otra. Estos casos constituyen el puente entre los delitos destinados unilateralmente a la protección exclusiva de unos y otros bienes jurídicos”*⁶¹³.

La llamada Escuela Penalista de Frankfurt, cuya figura más destacada es HASSEMER, profundiza en los postulados anteriores y considera que en el plano teórico o doctrinal procede mantener incólume el laboriosamente construido edificio conceptual del Derecho penal que se inició en la Ilustración. El amplio catálogo de garantías individuales a disfrutar por el supuesto autor de un delito, tanto en el aspecto procesal como material, constituye un aspecto intangible en cualquier modificación. Propone crear un derecho de intervención a medio camino entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador que afrontaría las nuevas formas de

⁶¹³ MATA Y MARTÍN, R. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Editorial Comares. Granada, 1.997. Pág. 8.

criminalidad que atentan grave y evidentemente contra un reducido número de intereses sociales y estatales. Este abordaje se realizaría con normas menos estrictas en las garantías y en el aspecto punitivo⁶¹⁴. HASSEMER señala:

*“Hoy en día, a diferencia de los que sucedía hace algunos años, es necesario en toda Europa occidental aclarar a los estudiantes y a la opinión pública en general por qué la pena debe existir: el que la pena tenga que existir le es casi siempre no sólo evidente y obvio a la gente, sino que es una opinión que, además de estar generalizada, es expresada por los seres humanos con naturalidad”*⁶¹⁵.

El Derecho penal se orienta a la defensa de un modelo liberal que pretende la defensa de la sociedad frente a conductas atentatorias a la salud, la vida, la propiedad y la libertad, en todo caso manteniendo las máximas garantías en la ley, la imputación de la responsabilidad y el proceso. En consecuencia, las reformas en el Derecho penal material no se centran en la Parte General, sino en la Parte Especial y no comporta la disminución del peso ni el repliegue del Derecho penal en la protección de los bienes jurídicos de titularidad individual.

En la importante reforma del Código Penal producida por la L.O. 5/2.010, de 22 de junio, se aprecia un incremento en las conductas tipificadas como delictivas y un agravamiento de algunas de las penas establecidas, prolongándose el ius puniendi estatal a ámbitos no abarcados con anterioridad o profundizando los comportamientos y las sanciones de los contemplados. Lo mismo ocurre con la reforma producida por L.O. 1/2.015. El Derecho penal se extiende hacia sectores anteriormente intactos de la moderna y compleja sociedad española como evidencia la novedosa responsabilidad de las personas jurídicas, el tratamiento sistematizado de las organizaciones y grupos criminales, la trata de seres humanos, la aceptación

⁶¹⁴ ROMEO CASABONA, C. M^a. *La Función del Derecho Penal*. VV.AA. Derecho Penal. Parte General. Ed. Comares. Granada, 2.013. Pág. 29.

⁶¹⁵ HASSEMER, W. *“Contra el Abolicionismo: acerca del por qué no se debería suprimir el Derecho Penal”*. Conferencia pronunciada en el acto de clausura de los XII Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Salamanca. Publicada en *Responsa Iurispritorum Digesta*. Vol IV. Ediciones Universidad de Salamanca. 2.003. Pág. 215.

de comisiones como vía para obtener una contratación, la nueva regulación de los delitos contra la propiedad, el incremento de las agravantes en el delito de estafa o la creación de nuevos delitos de matrimonio forzado, hostigamiento o acecho, divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con la anuencia de la persona afectada o la manipulación de los dispositivos de control utilizados para el seguimiento del cumplimiento de penas o medidas cautelares o de seguridad ⁶¹⁶.

b) Un sector doctrinal importante representado en España por SILVA SÁNCHEZ propugna la derivación hacia el derecho administrativo sancionador de los nuevos objetivos de control demandados por la sociedad de riesgo en la que nos encontramos. Ofrece una respuesta a lo que considera el problema principal actual, que no es tanto la expansión del Derecho penal como la de las penas privativas de libertad, de modo que la admisión de la gradualidad de la vigencia de las normas de imputación y de los principios de garantía en el seno del Derecho penal se condiciona a la naturaleza de la sanción que se imponga a la conducta. Ello supondría que la minuciosidad propia de la dogmática del delito así como la rigidez de los principios de garantía consolidados se hallarían en relación con las penas de privación de libertad.

Con este planteamiento se estructurarían dos clases de Derecho penal. El primero sería el clásico, anclado en la protección del catálogo de bienes jurídicos tradicionales, donde seguirían rigiendo los habituales y rigurosos criterios de imputación y garantías. Junto a él surgiría un nuevo Derecho penal de “*segunda velocidad*” que se ocuparía de estas nuevas perturbaciones sociales que asume el carácter colectivo de la mayor parte de los bienes jurídicos tutelados, con estructuras típicas laxas, con criterios de imputación más ligeros y con garantías individuales flexibles. Contrapartida es la renuncia a la previsión de la pena de prisión para estos

⁶¹⁶ En este sentido podemos incluir la nueva redacción dada a determinados ilícitos penales en materia de contrabando que afecta al control de mercancías en territorio español que se establece en la L.O. 6/2.011, de 30 de junio.

comportamientos que serían castigados únicamente con penas pecuniarias y privativas de derechos⁶¹⁷.

c) Un tercer modelo hunde sus postulados en una actitud de “resistencia garantista”, defendiendo la mayor eficacia del Derecho penal frente al administrativo sancionador u otro tipo de intervención jurídica. No se aceptan niveles intermedios de intervención penales, no se admite el intercambio de garantías por eficacia. El Derecho penal no es, en consecuencia, idóneo para afrontar las nuevas necesidades de la sociedad del riesgo que se ha desarrollado por lo que no procede desnaturalizar el sistema garantista. Estamos ante una corriente que mantiene rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; estamos ante el Derecho Penal “de la cárcel”.

Como fenómeno vinculado a lo señalado han surgido regulaciones del Derecho positivo con diferencias propias respecto al Derecho penal general en virtud de determinadas características peculiares y que la doctrina ha calificado como “*Derecho Penal del Enemigo*”⁶¹⁸.

Según este movimiento y desde el punto de vista jurídico-penal, el enemigo es un individuo que mediante su comportamiento, su ocupación profesionalizada o, principalmente su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de manera duradera y deliberada. Esta persona no garantiza su comportamiento futuro y ante él debe anticiparse la protección

⁶¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La Política Criminal en la Encrucijada*. Estudios y Debates en Derecho Penal. Editorial B de f. Buenos Aires (Argentina) 2.007. Pág. 140

⁶¹⁸ Expresión introducida en el discurso doctrinal y político-criminal por J.J. JAKOBS en 1.985 y desarrollado y perfilado por él mismo y por un sector de la doctrina alemana. En España autores como Silva Sánchez o Sanz Mulas rechazan la legitimidad de este Derecho penal, llegando a plantear si se trata de un “*Derecho*” o nos encontramos ante un “*no Derecho*”. Sobre este concepto: DEMETRIO CRESPO, E. “*El "Derecho penal del enemigo" (Darf nicht sein!. Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad*”. Revista General Derecho N° 4. Iustel. Noviembre 2.005. Ed. Digital (<http://www.iustel.com>). SANZ MULAS, N. “*De las libertades del Marqués de Beccaria al todo vale de Günter Jakobs (el fantasma del enemigo en la legislación penal española)*”. Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología 14-10 (2012) (<http://criminet.ugr.es/recpc>)

penal y adoptar medidas preventivas que implica el socavamiento de las garantías procesales. Sin remedio se plantean la cuestión del incremento de las penas de prisión y la relativización de las garantías sustantivas y procesales.

En la práctica, este planteamiento supone desposeer a este infractor de la condición de ciudadano, lo que es rechazado por la doctrina que considera improcedente atribuir la consideración de enemigo a miembros de la colectividad. Este es el caso de los individuos que pertenecen a organizaciones terroristas, dedicadas al narcotráfico o criminalidad organizada. Habitualidad, reincidencia, profesionalidad e integración en grupos constituyen los elementos diferenciadores que denotan el tránsito de ciudadano a enemigo y que justifica la reacción expeditiva de la sociedad, produciéndose, en buena medida, la negación de la condición de persona al delincuente. Afirma MAPELLI CAFFARENA,

“Los peligros involutivos, que han estado siempre presentes, a pesar de que los debates los hayan alejado a segundos planos en ocasiones, vuelven a hacerse realidad en los comienzos del siglo XXI. Los flujos migratorios, los acontecimientos terroristas, como los del 11 de septiembre en Nueva York y, los más recientes de Madrid y Londres, las organizaciones criminales transnacionales o el tráfico de drogas son algunos de los argumentos oficiales más queridos por los gobiernos para propiciar cambios a nivel mundial que nos alejan en lo penitenciario de los modelos resocializadores y nos aproximan a los custodiales”⁶¹⁹.

Como respuesta y reacción que se considera necesaria desde el Derecho, en estos supuestos se plantean y elaboran medidas encuadrables en los siguientes grupos⁶²⁰:

1.- Elaboración de tipos penales que anticipan la punibilidad de actos que sólo tienen la consideración de preparatorios de hechos futuros⁶²¹. Esta

⁶¹⁹ MAPELLI CAFFARENA, B. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra) 2011. Pág. 101.

⁶²⁰ Difiere del movimiento conocido como “*Ley y Orden*”, que no implica necesariamente una expansión de las conductas punibles sino una mayor intensidad en la reacción.

anticipación otorga una perspectiva prospectiva del ordenamiento jurídico-penal, en lugar de la visión retrospectiva tradicional; es decir, se considera el hecho futuro y no el hecho pasado como siempre se ha realizado. Regresamos así a los postulados pretéritos de sancionar a las personas por lo que son y, en consecuencia, van a realizar, y no por lo que hacen.

2.- La circunstancia específica de pertenencia del individuo al grupo criminal es tomada para establecer agravaciones considerables.

3.- Tal y como ocurrió en Alemania, numerosas leyes penales se autodenominan abiertamente “*leyes de lucha o de combate*” estableciendo penas que afectan al principio de proporcionalidad, base del sistema democrático del Derecho, así como un agravamiento de las reglas penitenciarias⁶²².

4.- Existe también una considerable restricción de las garantías y los derechos procesales de los imputados.

Un sector ha considerado que este Derecho penal del enemigo tiene su aplicación práctica en el ámbito penitenciario español, mencionando las medidas que endurecieron las condiciones de clasificación de los internos, limitaron los beneficios penitenciarios o ampliaron los requisitos para acceder a la libertad condicional⁶²³. Otros autores entienden exagerado considerar que, tanto en España como en la mayoría de ordenamientos occidentales, se pueda hablar de Derecho Penal del enemigo y de un repliegue del marco político-criminal propio de los Estados sociales y democráticos de Derecho establecidos, reduciendo estos postulados estrictos a situaciones tales como la excepción de Guantánamo y el conglomerado

⁶²¹ Conforme señala GRACIA MARTÍN, L. en “*El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del derecho penal del enemigo*”, en VV.AA. Libro homenaje al Prof. Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo, Ed. Thomson Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2005. Págs. 453 a 492.

⁶²² Recuérdese que en 2.002 se aprobó en España un Plan de Lucha contra la delincuencia en un contexto en el que las tasas de criminalidad en nuestro país se encontraban claramente por debajo de la media europea.

⁶²³ FARALDO CABANA (dir) y BRANDARIZ/PUENTE (Coords): “*Un Derecho Penal del Enemigo para los Integrantes de Organizaciones Criminales. La Ley Orgánica 7/2.003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivos de las penas*”. Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la Globalización. Ed. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.004. Págs. 310 y ss.

surgido tras la Patriot Act norteamericana y alguna secuela en el Reino Unido⁶²⁴.

Más allá de cuestionar la procedencia de este planteamiento, debemos reconocer su existencia y analizar su justificación. Sin duda, su admisión directa o encubierta siempre se ha basado en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, en un marco de emergencia. Como señala SILVA SÁNCHEZ, debemos analizar si su admisión constituye una respuesta a fenómenos excepcionalmente graves, que puedan justificar su asunción en términos de proporcionalidad y no ofrezcan peligro de contaminación del Derecho penal “*de la normalidad*” o, por el contrario, los Estados van acogiendo con comodidad la lógica de la “*perenne emergencia*”, estabilizándose y creciendo esta corriente doctrinal⁶²⁵.

Respecto al papel de la reacción jurídica en esta nueva concepción, la pena se constituye como mecanismo de ayuda a la superación por parte de la víctima del trauma generado por el delito. Si la sociedad no ha sido capaz de evitar la comisión del delito “se crea una deuda a su favor” por parte de la colectividad consistente en el castigo al autor. Este castigo, esta deuda a saldar, solamente tiene sentido a través de la imposición de la privación de libertad o la multa, en la medida en que otras penas como el arresto domiciliario u otras limitaciones constituirían infantilizaciones de la misma⁶²⁶.

Consecuencia lógica de todo lo señalado es un redescubrimiento de la inocuización de determinados grupos de delincuentes, especialmente de los que son considerados como enemigos sociales. Si se considera que existe un grupo dentro de la sociedad compuesto por un pequeño número de

⁶²⁴ Estas medidas constituyen la respuesta de estos Estados a los atentados ocurridos en fechas 11 de septiembre de 2.011 y 7 de julio de 2.005. Estos sucesos de etiología terrorista constituyen el fundamento justificador de los postulados de JAKOBS, surgiendo otros autores que propugnan su expansión a otras infracciones penales, muy especialmente de índole sexual, que abocan a la inocuización selectiva de determinados miembros de la sociedad.

⁶²⁵ SILVA SÁNCHEZ J. M^a: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las Sociedades Postindustriales*. Ed. Edisofer S.L. 3^a edición. Argentina, 2.011. Págs. 183 a 188.

⁶²⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M^a: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Ed. Edisofer S.L. 3^a edición. Argentina, 2.011. Pág. 51.

individuos incorregibles responsables de la mayor parte de hechos delictivos, procede su inocuización selectiva si se llega a predecir que los seguirán cometiendo. Así se conseguiría una radical reducción del número de infracciones al menor coste posible⁶²⁷. Volvemos a planteamientos positivistas de hace cien años que determina una nueva visión de la finalidad misma de la pena de prisión retomando su consideración de almacén de seres humanos en evitación de la comisión de hechos perjudiciales a la sociedad.

En la misma línea y respecto a la función de la pena, se ha desarrollado una corriente llamada en Alemania “*prevención general positiva*”. Estas teorías, que en esencia no sitúan el efecto buscado de la amenaza penal y de la ejecución penal en la intimidación (“*negativa*”) de los sujetos inclinados a delinquir sino en la “*estabilización*” (positiva) a largo plazo de todos los ciudadanos en la inviolabilidad del orden jurídico penal. Con ello, se ratifica la idea de que la pena es útil preventivamente y así es percibido por la sociedad.

Entendemos que, pese a la radicalidad del planteamiento enunciado, las convulsas sociedades occidentales inmersas en una difícil situación económica (cuya manifestación más clara es la elevación de las tasas de desempleo hasta cotas difícilmente soportables y la pérdida de notables ventajas del Estado social consideradas como conquistas históricas irrenunciables), con actuaciones de grupos terroristas de corte religioso radical, junto con problemas profundos no resueltos de integración social de inmigrantes, constituyen un caldo de cultivo propio para acudir a estos postulados de etiquetamiento o *lábelling* de ciertas colectividades.

d) Una cuarta corriente tiene su fundamento en la acomodación del Derecho penal a los principios del Estado social de Derecho, propio de las sociedades postindustriales, frente al superado Estado liberal de Derecho al que

⁶²⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M^a: “*El retorno a la inocuización*”. En ARROYO ZAPATERO, L.A. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (coords): Libro Homenaje al Prof. Marino Barbero Sánchez. Universidad de Castilla la Mancha. Universidad de Salamanca. 2.001. Pág. 683 y ss.

responde el Derecho anterior⁶²⁸. Procede tutelar intereses colectivos y dar respuesta a nuevas formas de criminalidad inexistentes con anterioridad y que tienen su génesis en las nuevas actividades socioeconómicas y empresariales desconocidas hasta ahora. No se escapa que estas actividades son propias de las clases privilegiadas lo que implica un empleo no sesgado de los mecanismos de control social. Bajo este planteamiento, los principios limitadores del *ius puniendi* son respetados. Como evolución de esta situación surge el llamado modelo penal de los estados sociales (“*Bienestarista*”). El modelo se basa, según LAPPI SEPPÄLÄ, en la falta de confianza en la eficacia de la pena de prisión y los efectos perniciosos que produce, la creencia de que el delito es un problema social y como tal debe abordarse, la exclusión de la delincuencia del debate electoral existiendo un amplio consenso en la materia, la actitud ciudadana ante este fenómeno en términos reflexivos evitándose el populismo y el punitivismo, y la aportación valiosa de expertos y especialistas en la materia (mediante un contacto permanente entre políticos, funcionarios y académicos)⁶²⁹.

El postulado resocializador, del que es buen exponente la legislación penitenciaria vigente, sustentado en el llamado paradigma del tratamiento y que legitimaba el Derecho penal en su capacidad para resocializar al delincuente, ha sufrido un evidente deterioro en la actualidad. En él se encomienda a un grupo de expertos profesionales en ciencias del comportamiento la obtención de la reintegración social del penado lo que determinó, inicialmente, que los políticos no se inmiscuyeran en lo que se consideraba una labor técnica; al igual que la ciudadanía en general muestra escaso interés por lo penitenciario salvo cuando puntuales sucesos atraen la atención pública.

⁶²⁸ Por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E. “*¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Fasc. I. Enero-abril 1.999. Ministerio de Justicia, Madrid, 1999. Págs. 51 a 71.

⁶²⁹ LAPPI SEPPÄLÄ, T. “*Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos*”. Cuadernos de Política Criminal N° 90. Dykinson. Madrid, 2.006. Págs. 121 a 158.

Sin embargo, el escepticismo sobre los resultados que se pueden obtener, el olvido de la influencia de los factores sociales en la génesis de las conductas desviadas y la proyección de las objeciones del modelo garantista que cuestiona la legitimidad de llevar a cabo injerencias tan intensas sobre los derechos y la personalidad del delincuente así como los efectos demoledores e indelebles que la privación de libertad produce en cualquier persona y su entorno, determina una superación teórica del modelo.

En la actual situación de fuerte demanda de seguridad, ha surgido el llamado modelo penal bienestarista que antepone una aproximación social frente a una aproximación represiva a este fenómeno social. Se pretende superar lo que se considera un afrontamiento tosco e ingenuo de la delincuencia, que se centra en los síntomas externos y a la que responde con medidas que no van más allá del corto plazo, propugnando un abordaje de la criminalidad experto, consciente de su complejidad, centrado en las causas y dispuesto a dar su tiempo a las modificaciones sociales. El modelo se vincula al desarrollo del Estado social que, como en España, se ha producido en el marco constitucional con la creación de las Comunidades Autónomas y el traspaso de competencias monopolizadas por el Estado centralizado anterior.

Los seguidores de este modelo realizan una autocrítica de sus posicionamientos anteriores anclados en postulados garantistas incapaces de resolver los problemas. Las nuevas necesidades sociales no pueden ser abordadas con los planteamientos pasados desconectados de la realidad. Se reabre la vieja polémica entre Dogmática jurídico-penal y Criminología de décadas pasadas y que muestra la insuficiencia para modificar la realidad. Además, la intervención mínima del Derecho penal como pilar fundamental de este sector del Ordenamiento jurídico ha privado de respuestas válidas a situaciones conflictivas capaces de alterar profundamente el orden.

Como establece DÍEZ RIPOLLÉS, se articula un nuevo modelo penal que antepone una aproximación social de la delincuencia a su represión, centrandolo y priorizando las medidas a tomar en la intervención sobre la colectividad y no sobre el infractor.

Se propugna que el modelo debe pretender marcar distancias, sin despreciar sus aportaciones, por un lado, frente al decadente modelo resocializador, cuyo fracaso se achaca a la excesiva atención y expectativas puestas en la actuación sobre el delincuente, descuidando las intervenciones sobre la sociedad y ante lo que denomina el bienestarismo autoritario que demuestra su incapacidad para colocarse en el lugar del otro⁶³⁰.

Este modelo basado en el conocimiento empírico de la realidad mantiene las referencias valorativas por tratarse de un verdadero baluarte de garantías frente a los poderes públicos y propugna la intervención penal a ámbitos socioeconómicos y de interés comunitario hasta hace poco considerados ajenos a la política criminal. En resumen, el Derecho se amplía hacia los ámbitos desarrollados bajo el Estado de bienestar protegido⁶³¹.

Respecto a las estrategias a seguir, DIEZ RIPOLLÉS considera la necesidad de implementar diversas actuaciones en ámbitos de mercado contenido social, como son:

1.- Procede desenmascarar a un conjunto de agentes sociales convertidos en los máximos difusores, directa o indirectamente, de la nueva ideología de la seguridad ciudadana. Señala a los medios de comunicación social que han hecho de la criminalidad un motivo permanente de captación de audiencia a través de la explotación de situaciones aisladas al margen de los conflictos sociales subyacentes o análisis mínimamente rigurosos del hecho (que consolidan una explicación volitiva del delito: la persona actúa ilegalmente

⁶³⁰ Ejemplo de este “bienestarismo autoritario” lo constituiría la actual regulación penal de la violencia de género en España. Con las modificaciones producidas, se introduce una clara desigualdad en el trato de similares comportamientos que responde a la voluntad de proteger a un colectivo vulnerable. Estos planteamientos han sido cuestionados por un sector de la doctrina al considerar que con ellos se renuncia a otras intervenciones y se establecen desigualdades vulneradoras del principio de igualdad consagrado en el Art. 14 de la Constitución.

⁶³¹ Como señala DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. “*Se libera al Derecho penal del estigma de ser el Derecho de los pobres*”, y se asegura que cumpla realmente su función, la de ser un Derecho orientado a la salvaguarda de los presupuestos esenciales para la convivencia. “*Se impone, por tanto, una contundente reacción ante aquellas propuestas que, con mejor o peor intención, proponen una reducción significativa de la aún incipiente punición de conductas socialmente muy perturbadoras, pero realizadas en nichos sociales acomodados*”. *La Política Criminal en la Encrucijada. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. B.de F. Buenos Aires (Argentina). Pág. 122.

por decisión propia, al margen de los condicionamientos sociales que puedan concurrir, lo que provoca la reacción social)⁶³².

Retrotrayéndonos a los primeros años de la democracia, debemos recordar la reflexión realizada en 1.981 por FERNÁNDEZ ALBOR quien, analizando las reformas penales y penitencias en marcha, señaló:

“Pero si observamos con atención la actitud de los medios de comunicación social se podrá constatar que sus preferencias están dirigidas hacia la denominada “delincuencia del terror”, fácil de asimilar por el gran público el cual, por un lado, forma su propia opinión, con soluciones rápidas y concluyentes, que propala en tertulias y reuniones. Nace así la información indirecta, de muy peligroso efecto en el aumento del sentimiento personal de temor ante el posible delito al identificarse con la víctima. Esa identificación conduce a solicitar la imposición de duras medidas represivas que llevan al denominado “síndrome de punición””⁶³³.

2.- Se propugna la responsabilización de los políticos profesionales para que, más allá de intereses electorales, asuman la necesidad de aportar argumentos que permita una aproximación científica y fundada al fenómeno de la delincuencia. La criminalidad se convierte en una cuestión de Estado que queda al margen del debate partidista.

3.- Se deben realizar intervenciones político-criminales a favor de colectivos perjudicados por la deriva securitaria actual que constituyen el colectivo preferido del escrutinio policial: jóvenes, inmigrantes y minorías sociales.

⁶³² SOTO NAVARRO elaboró un estudio (relativo a las noticias publicadas en un determinado periódico entre octubre de 2.002 y mayo de 2.003, es decir, en los meses previos a la modificación del Código penal de este año) analizando el tratamiento informativo de determinados hechos delictivos denominados delincuencia callejera (vinculada a la marginación y exclusión social), concepto íntimamente vinculado al de inseguridad ciudadana por su forma de comisión. En el mismo concluye que el aumento considerable de la preocupación y el miedo al delito, la inclusión del problema de la inseguridad ciudadana en los primeros puestos de la agenda política del Gobierno en el subsiguiente giro hacia el modelo de “ley y orden”, así como la influencia de ciertos grupos de presión corporativos, son fenómenos directamente relacionados con la atención mediática y no responden a un importante incremento y efectivo incremento de la tasa de delincuencia en España. SOTO NAVARRO, S. “*La Influencia de los Medios en la Percepción Social de la Delincuencia*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2.005, núm. 07-09, p.09:1 (<http://criminet.ugr.es/recpc/07/>)

⁶³³ FERNÁNDEZ ALBOR, A. “*La reforma penal y penitenciaria: Proyectos y realidades*”. Cuadernos de Política Criminal Nº 15. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1.977. Pág. 568.

Estas actuaciones se efectuarían por parte de cuerpos expertos de la justicia, de la ejecución penitenciaria o de la asistencia social o psicología con la colaboración de otros colectivos determinados como, por ejemplo, emprendedores cuyos negocios se dificultan por la imagen de inseguridad ciudadana o asociaciones activas en la atención a la marginación social.

4.- Es preciso prevenir una excesiva desvinculación entre las instancias sociales que adoptan las decisiones político-criminales y las encargadas de ejecutarlas. Según el autor, no se trata tanto de las distancias que puedan existir entre los Poderes del Estado sino de los diferentes niveles del Poder Ejecutivo, siendo paradigmático el caso español con las tensiones existentes en determinados periodos entre el Gobierno central y los gobiernos de las Comunidades autónomas en aspectos como dotación de medios a la Administración de justicia o el desarrollo de las últimas reformas procesales.

5.- Los colectivos y agentes sociales contrarios al modelo de seguridad deben organizarse en grupos de presión, suministrando datos y argumentos para que las concepciones sociales y las políticas públicas evolucionen hacia modelos no basados solamente en la intervención sobre el infractor ni en la exaltación de las cifras de criminalidad con fines utilitarios o políticos.

6.- En el ámbito sancionador, es preciso una apuesta inequívoca del Poder judicial a favor de penas de reintegración social (programas de rehabilitación asociados a la suspensión del cumplimiento de penas de prisión, trabajos en beneficio de la comunidad, multas proporcionadas a la capacidad adquisitiva y susceptible de afectar al nivel de vida...) con una puesta a su disposición de medios materiales y personales por parte de las administraciones.

En esta línea citamos la corriente surgida como reacción a los postulados neo-retribucionistas que bajo el lema "*otro derecho penal es posible*" denuncian el recurso permanente al Derecho penal ante la comisión de trágicos delitos que conmueven profunda y periódicamente a la sociedad y cuestiona lo que se ha denominado "*populismo penitenciario*" es decir, la respuesta sistemática del legislador adoptada ante sucesos alarmantes

difundidos por los medios de comunicación que magnifican estos hechos delictivos y alimentan tanto la sensación social de inseguridad como el ánimo de venganza. Este movimiento reafirma los principios ilustrados de la legislación punitiva, la vincula al desarrollo del Estado social y democrático de derecho y propugna:

“Detener la tendencia a usar el Derecho penal como remedio mágico para todos los problemas sociales; que el sistema de justicia penal debe constituir el último de los recursos por el sufrimiento que genera; que la inflación penal sólo aboca al colapso del sistema, la eficacia de la administración de justicia no se obtiene con más leyes y más duras, sino adaptando el servicio público a las necesidades de la ciudadanía; que el castigo que sigue al delito ha de ser necesario y proporcionado; que las penas han de ir primordialmente dirigidas a la resocialización del penado; que no puede tener cabida el establecimiento de la prisión a perpetuidad con abdicación del estado de la finalidad de reinserción; que a la ejecución de la pena de prisión se han de acompañar programas de tratamiento eficaces, que el respeto a la dignidad de todo ser humano debe alcanzar igualmente a la vida en las cárceles, que, en suma, la observancia de las garantías legales –tan dura y dolorosamente conquistadas a lo largo de la Historia- no solo legitima el ejercicio del poder punitivo sino que asegura su eficacia porque, en última instancia, nos alcanza y protege a todos”⁶³⁴.

⁶³⁴ Véase el artículo publicado en el Diario “El Mundo” el 9 de marzo de 2.010 suscrito por el profesor de la Universidad de Deusto Xabier Etxebarria, el fiscal de la Sala II del Tribunal Supremo Antonio del Moral, el Juez de Vigilancia Penitenciaria Ángel Luis Ortiz o la secretaria judicial Concepción Sáez. En el mismo se tachan de premisas erróneas los fundamentos del endurecimiento de penas propugnado por amplios sectores de la sociedad con estos argumentos: “1.- España tiene menor tasa de criminalidad que la media de los países europeos y el porcentaje de personas presas más alto de Europa -164 por cada 100.000 habitantes. 2.- La prisión perpetua, de hecho, ya existe en España, en condiciones más duras que ningún país europeo. Según datos de Instituciones Penitenciarias, en nuestras cárceles viven 345 personas que cumplen condenas superiores al límite de 30 años. Muchas veces no son estos los autores de los delitos más graves. 3.- Todas las personas que ingresan en prisión cumplen íntegramente sus penas; aunque una pequeña parte –actualmente el 16%- puede hacerlo en semilibertad –tercer grado- y otra pequeña porción obtenga una libertad condicionada a no delinquir en el último tramo de la pena. 4.- La intervención penal sobre las personas mayores de 14 años y menores de 18 puede llegar a ser superior a la de los adultos, incluyendo privaciones prolongadas de libertad. 5.- los delitos por los que mayoritariamente se encarcela no son crímenes que conmocionan a la opinión pública. La mayor parte de las personas presas lo están por

Finalmente y rechazando tanto las posturas basadas en la huida al Derecho Penal como única respuesta al delito, en cuanto expresión de un Derecho Penal meramente simbólico, ineficiente y frecuentemente represivo, como la renuncia a su función, pues no existen alternativas válidas, emergen otras que abogan por

“dar preferencia a las penas privativas de libertad y subsidiariamente a las penas privativas de derechos, siempre sin quiebra del principio de proporcionalidad –antes que a las penas pecuniarias, por muy aflictivas que éstas pudieran ser-, en relación con la criminalidad organizada y la vinculada a estructuras productivas, financieras y organizativas opacas. Para la lucha contra la criminalidad organizada el Derecho Penal –y las penas privativas o restrictivas de libertad- puede ser el único instrumento social adecuado, cuando menos para eliminar o atenuar el sentimiento de impunidad –o de bajo coste, si se opta por otras sanciones, penales o no penales- que se apodera de sus autores y de la propia ciudadanía; y también puede ser la forma más expeditiva de reaccionar ante hechos particularmente graves.

Para la delincuencia de menor gravedad cabría optar por otras consecuencias jurídicas, partiendo de restringir la imposición de penas privativas de libertad a favor de penas restrictivas de la libertad, de la multa y de otras consecuencias para cuya imposición se suele contar con la aceptación previa del condenado (trabajos al servicio de la comunidad...y la reparación del daño)”⁶³⁵.

2.- REGULACIÓN PENAL, PROCESAL PENAL Y PENITENCIARIA DE LA EXTRANJERÍA

Porque su importancia numérica era muy escasa, el legislador que elaboró la Ley penitenciaria en 1.979 no contempló a los internos extranjeros como colectivo relevante. Tampoco la legislación penal material contenía disposiciones concretas. No existen alusiones en la Ley Orgánica

delitos contra la propiedad y contra la salud pública, realizados comúnmente en contextos de exclusión social y desigualdad de oportunidades.”

⁶³⁵ ROMEO CASABONA, C. M^a. *La Función del Derecho Penal*. VV.AA. Derecho Penal. Parte General. Ed. Comares. Granada, 2.013. Pág. 31.

penitenciaria a este sector y las previstas en el Reglamento de 1.981 se refirieron a aspectos puntuales y concretos⁶³⁶.

La evolución de la sociedad española en los años siguientes marcó una situación radicalmente distinta. De esta manera, seis años después se aprobó la Ley Orgánica 7/1.985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, disposición que es continuada con un variable y polémico abordaje penal y penitenciario del delincuente extranjero que constituye un fiel reflejo de la complejidad alcanzada por la sociedad española en las últimas décadas⁶³⁷.

A nivel general, las cifras registradas en el censo de población muestran un aumento desde 353.367 extranjeros empadronados en España en 1.991 hasta 2.673.413 en 2.003. El impacto social de esta corriente migratoria, según las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas de ese año y el siguiente, arrojan un resultado normalizado: el 89% de la población española se mostraba de acuerdo con la afirmación “*cualquier persona debería tener libertad para vivir y trabajar en cualquier país, aunque no fuera el suyo*”. Estos estudios⁶³⁸ constatan la existencia de una actitud de tolerancia creciente de los españoles con la población alóctona, no sufriendo esta disposición favorable a la convivencia cambios relevantes hasta el presente momento pese al incremento producido en su número o los cambios en la situación económica padecida.

Referido a la situación de las infracciones penales cometidas por no nacionales en el año 2.003, del estudio realizado por HERRERO HERRERO apoyado en cifras oficiales, se concluye que los delitos mayoritariamente realizados por extranjeros eran robos con fuerza en las

⁶³⁶ Recepción de información a su ingreso en su propia lengua (Art. 133), comunicaciones con los representantes diplomáticos y consulares (Art. 93 y 102.3), comunicación a la Dirección de la Seguridad del Estado con una antelación de tres meses a la fecha del cumplimiento de la condena a efectos de proveer sin dilación a la expulsión del libertado (Art. 68) y la posibilidad de que el Juez de vigilancia autorice el cumplimiento del periodo de libertad condicional en su país de residencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo dispuesto por los tratados internacionales sobre la materia suscritos por el Estado español (Art 63 párrafo 3º).

⁶³⁷ Respecto a los problemas de carácter general de personas presas VARONA MARTÍNEZ, G. “*Extranjería y Prisión: ¿igualdad material en un sistema penitenciario intercultural?*” Revista Eguzkilore, 8. San Sebastián, 1.994. Págs. 63 y 84.

⁶³⁸ Estudios números 2.409, 2.214 y 1.964 de los años 2.001, 1.996 y 1.991.

cosas o violencia o intimidación en las personas y tráfico de estupefacientes. Sus autores procedían en su mayoría del Norte de África (Marruecos, Argelia), Hispanoamérica (Colombia, Ecuador y Perú) y Europa (Rumania, Francia, Portugal e Italia). También es resaltable la utilización de nuestro país a los fines de establecer flujos migratorios ilegales, como punto de destino o de tránsito, que convierte a estos extranjeros en víctimas de las redes dedicadas a estas actividades ilícitas⁶³⁹.

El aumento de la inmigración en España es paralelo al incremento de internos extranjeros en sus centros penitenciarios. Las cifras oficiales de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias señalan que en 1.966 existían en prisión 365 extranjeros (354 hombres y 11 mujeres), elevándose hasta los 1.700 en 1.984 (1.580 hombres y 120 mujeres), 5.359 en 1.992 (4.694 hombres y 665 mujeres), 8.990 en 2.000 (8.186 hombres y 804 mujeres), 15.2015 en 2.003 (14.022 hombres y 1.183 mujeres), 20.643 en 2.006 (18.823 hombres y 1.820 mujeres) y 27.162 en 2.009 (35,70% del total de la población reclusa). Con datos de 31 de diciembre de 2.013, en las prisiones españolas se encontraban recluidos 21.116 extranjeros (19.479 hombres y 1.637 mujeres).

El incremento de este colectivo contribuyó a la saturación de las infraestructuras penitenciarias siendo causa de la masificación denunciada con insistencia desde ámbitos políticos y sindicales. Si en el presente siglo y hasta el año 2.010 la población penitenciaria se ha incrementado en un 55,40%, los extranjeros recluidos crecieron el 137,17%.

2.1.- Evolución de la legislación reguladora de la extranjería

La Constitución de 1.978 dedica un artículo del Capítulo Primero del Título I a los derechos de los extranjeros, remitiendo a las leyes y tratados internacionales la regulación de las libertades públicas reconocidas en su texto. Podemos señalar que existía, en buena medida, una consideración de los extranjeros como extraños al ordenamiento jurídico nacional.

⁶³⁹ HERRERO HERRERO, C. “*Migración de Extranjeros. Su relación con la delincuencia. Perspectiva Criminológica*”. Revista Actualidad Penal 9. Editora General de Derecho, Madrid, 2.004. (24 de febrero a 2 de marzo). Págs. 233 a 285.

La Ley Orgánica 7/1.985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, constituye la primera regulación del derecho de extranjería, entrando en vigor apenas un mes después del ingreso en la Comunidad Europea. Con ello se derogan las normas de Orden público vigentes según la Ley de 30 de julio de 1.959 y el Decreto de 14 de febrero de 1.979. En aquel momento los flujos de inmigración eran escasos, pese a lo que la Ley se elaboró con unas condiciones muy restrictivas, estableciendo unos requisitos de entrada imposibles de alcanzar en la práctica, con permisos de residencia y trabajo de corta duración, sin previsión de la reagrupación familiar y con un reconocimiento parco de los derechos fundamentales y de las prestaciones sociales.

Esta realidad normativa, valiosa en cuanto supone la resolución por el poder legislativo de las cuestiones jurídicas que plantea la incipiente modificación de la realidad social, fue matizada por los tribunales de justicia nacionales e internacionales, ampliando los derechos reconocidos y acotando las masivas expulsiones pretendidas. Como muestra de su fracaso para limitar los efectos de los fenómenos migratorios se formó una bolsa importante de inmigrantes en situación irregular abocados a alimentar la economía sumergida y las cifras de victimización al perder su propia estancia en España de la voluntad de grupos organizados explotadores carentes de escrúpulos.

La Ley Orgánica estableció dos supuestos de expulsión acordada por la Administración que han venido determinando el contenido de la legislación posterior tanto por su redacción como por los supuestos contemplados. En su artículo 26.1., apartados c) y d) se tipifican como supuestos de expulsión gubernativa las siguientes referencias a actividades delictivas:

“c) Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.

d) Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa

de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

La redacción establece la expulsión en estos dos supuestos y no lo hace como sanción administrativa (en cuyo supuesto serían de aplicación plena los principios reguladores de esta potestad ejecutiva) sino como causa de expulsión, presupuesto habilitante para la salida coactiva y obligatoria del territorio nacional. Llama la atención la indeterminación del apartado c) y la elevada dificultad interpretativa para subsumir en dicha redacción los supuestos de hecho que puedan producirse así como la total determinación de los supuestos del apartado d) que añadió mayor complicación para motivar la eventual aplicación del apartado anterior.

La Ley Orgánica, desbordada por la realidad social, se evidenció desfasada respecto a las directrices establecidas en materia migratoria por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea reunidos los días 16 y 17 de octubre de 1.999 en la Cumbre de Tampere, celebrada para adoptar un espacio común de libertad, seguridad y justicia. Pese a ello, no fue sustituida hasta quince años después de su promulgación, siéndolo por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de febrero, *“sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”*.

Esta modificación normativa estuvo precedida y se recibió con uno de los mayores debates sociales en esta materia, siendo la respuesta a la definitiva conversión de España en país de destino de cientos de miles de inmigrantes de todas las procedencias constatándose la consolidación como receptor de flujos migratorios que adecuó su normativa al contexto jurídico europeo en el que se hallaba plenamente integrado.

La norma estableció en el Art. 57.7 el primero de los supuestos del artículo 26.1 de la L.O. 7/1.985 de 1 de julio como una sanción (infracción muy grave), siendo aplicable el procedimiento preferente previsto en su artículo 63.1⁶⁴⁰.

⁶⁴⁰ CABERO MORÁN, E. *“El Procedimiento Preferente”*. Comentarios al Reglamento de Extranjería. VV.AA. Lex Nova. Valladolid, 2007. Págs. 765 a 772.

La Ley Orgánica 4/2000 tuvo de ser reformada en un breve espacio de tiempo pues se consideró que acercaba en exceso el estatuto de los extranjeros irregulares al de los residentes, incentivando esta situación que convertía a España en el único Estado de destino a gran escala de inmigrantes que no podía obligar a retornar a sus países de origen a los extranjeros que se encontraran irregularmente en su territorio, medida básica en cualquier política de control de flujos migratorios coherente.

Esta reforma se produce por Ley Orgánica 8/2.000, de 22 de diciembre que entró en vigor el 23 de enero de 2.001 y contuvo tres artículos, dedicándose el primero a la modificación del articulado de la Ley Orgánica 4/2.000, mientras que el segundo modificó la Disposición adicional única de ésta, añadiendo una nueva disposición adicional, y el tercero adaptó los Títulos y Capítulos de la misma a la reforma efectuada.

La L.O. 4/2000 eliminó como causa de expulsión lo previsto en el apartado d) del Art. 26.1 de la derogada Ley de Extranjería de 1.985 ya analizado. Sin embargo, la L.O. 8/2000 vuelve a introducirla en el Art. 57.2 pese a que un sector doctrinal consideró que se vulnera el principio non bis in ídem por sancionar en vía penal y administrativa al mismo sujeto por idéntico hecho e igual fundamento. Desde la perspectiva de la finalidad de la pena, se añadió que también se atacaba el principio constitucional establecido en el Art. 25.2⁶⁴¹.

La legislación en la materia se reformó nuevamente por la L.O. 11/2.003, de 29 de septiembre, dentro del Plan de lucha contra la delincuencia de 12 de diciembre de 2.002, así como por la L.O. 14/2.003, de 20 de noviembre que pretendía luchar contra la inmigración irregular y el tráfico de seres humanos. Debemos enmarcar esta modificación dentro del conjunto de medidas legales que equipararon delincuencia e inmigración ilegal, tal vez dentro de un contexto de derecho penal simbólico destinado a transmitir un

⁶⁴¹ DORADO NOGUERAS, F. y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. “Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería”. Coord. M. MOYA ESCUDERO. Ed. Comares. Granada, 2.001. Pág. 854. Respecto a la vulneración del Art. 25.2 C.E, BELTRÁN DAMIÁN, M^a.A. “Comentarios a la Ley de Extranjería”. Coord. ASENSI SABATER, J. Ed. Edijus-Fundación Alternativas. Zaragoza 2.001. Pág. 442.

mensaje concreto a la sociedad tendente a trasladar una sensación subjetiva de seguridad más que a disminuir las cifras objetivas de delincuencia.

Junto con la legislación específica en materia de extranjería, inicialmente de 1.985 y con posterioridad de 2.000 y sucesivas reformas, el Código Penal de 1.995 abordó esta situación y, en la redacción originaria de los artículos 89 y 108, procedió a derogar tácitamente lo dispuesto en el Art. 21.2 párrafo 2º de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, que permitía sustituir las condenas impuestas en supuestos de comisión de delitos menos graves.

La situación de saturación de las cárceles determinó la adopción de estas medidas de sustitución de penas de prisión por resoluciones de expulsión, decisión de marcado carácter pragmático contestada por un sector de la doctrina y de la sociedad⁶⁴². En esencia las posturas críticas consideraron que estos preceptos responden a razones de tipo económico, buscando un descenso del número de internos y desatendiendo los fines de prevención general inherentes a la ejecución penal⁶⁴³.

Frente al criterio anterior, por el que si un extranjero delinquía en España debía ser enjuiciado y condenado y una vez cumplida la pena podía o debía ser expulsado, con el Código Penal de 1.995 y la Ley Orgánica 4/2.000 modificada por la L.O. 8/2000, se establece la premisa contraria: si un extranjero ha cometido un delito en nuestro país es preferible que se le expulse y se le prohíba la entrada en territorio español durante un cierto tiempo antes de hacerle cumplir la pena⁶⁴⁴.

⁶⁴² Por todos, PALOMO DEL ARCO, A. *La expulsión de extranjeros en el proceso penal. El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal. (adaptado a la nueva ley orgánica 4/2.000)* Manuales de formación continuada N° 5. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.000.

⁶⁴³ Esta medida ya estaba prevista en los proyectos de Código Penal de 1.992 y mereció la crítica de un sector importante. Así, MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (“*comentarios al Anteproyecto de Código Penal de 1.992*”, Actualidad Penal 1.992, Pág. 231) consideró que este substitutivo penal, además de no alcanzar los fines establecidos de reducir la población reclusa, se compaginaba mal con las exigencias de prevención general. También CERESO MIR, J. “*Estudios sobre la moderna reforma penal española*”, Tecnos 1.993, Págs. 161 a 207, considera que “*esta medida de utilitarismo burdo y miope implica un grave menoscabo de las exigencias de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general*”

⁶⁴⁴ Detrás de este planteamiento también estaba la creencia de que los extranjeros no residentes legalmente cometían delitos de escasa entidad para garantizarse su estancia

Consecuencia de esta novedad legislativa se planteó y cuestionó la finalidad rehabilitadora y reinsertadora de la pena en personas extranjeras. Se ha señalado que las penas privativas de libertad para el extranjero sólo pueden fundamentarse en razones de prevención general y retribución, siendo imposible atribuir una función resocializadora exigible en toda pena privativa de libertad ya que está abocado a la expulsión por resolución administrativa si es condenado por la comisión de delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año. Además, la simple imposición de una condena le haría estar en cualquier caso incurso en una causa de prohibición de entrada en España (según disponía el Art. 39.1.b) del Real Decreto 155/1.996, de 2 de febrero, de ejecución de la Ley Orgánica 7/1.985, de 1 de julio), y en motivo de denegación de permisos de residencia, conforme regulaba el Art. 57.3 del mismo Real Decreto.

En sentido contrario, la única finalidad que puede atribuirse a la expulsión como sustitución de penas o medidas de seguridad impuestas a delincuentes extranjeros es la preventivo-especial de inocuización, nunca la de reparar la eventual peligrosidad criminal del autor de los hechos al negarse cualquier tipo de tratamiento resocializador.

La medida de sustitución de la prisión impuesta o a imponer carecía y carece en la actualidad de la naturaleza jurídica de pena al no estar establecida la expulsión en el catálogo previsto en el Código, por lo que su adopción constituye la sustitución de una pena de prisión por una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros⁶⁴⁵.

El primer Código Penal que previó la expulsión de extranjeros fue el de 1.928, por lo que podemos considerar que sus artículos 99 y 130 contienen los antecedentes legislativos de la medida actual. También lo estableció como medida alternativa a determinadas penas privativas de libertad el Proyecto de 1.992.

durante el tiempo que debía instruirse la causa, durante el juicio oral y el tiempo de cumplimiento de la condena.

⁶⁴⁵ Así lo señaló el T.C. en Sentencia 242/1994, de 20 de julio: “*La expulsión no satisface en sí misma la responsabilidad penal o civil derivada del delito, siendo de alguna forma una posibilidad de suspender la potestad estatal de hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para hacer salvaguardar los fines legítimos que el Estado cumple con ello*”.

En su redacción original, el Código Penal amplió el ámbito de sustitución de la expulsión que ya preveía la Ley de Extranjería en el artículo 21.2 párrafo 2º⁶⁴⁶. Con ello se possibilitó la sustitución de todas las penas privativas de libertad inferiores a este límite aún en supuestos de concurso real y la suma de todas superara los 6 años, ya que el Art. 89 señala “*penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas...*”, es decir, en plural. Además, la aplicación del concurso real no convierte las penas inferiores de seis años, aun cuando sean varias, en penas superiores a este límite⁶⁴⁷. Respecto al momento procesal oportuno, el Código no impedía ni exigía que la medida se acordase en sentencia aunque sí establecía la necesidad de dar un trámite de previa audiencia del interesado.

El artículo 89 del Código Penal en su redacción original concebía, como medida potestativa a adoptar por el Juez, la sustitución, previa audiencia del interesado, de las penas de prisión inferiores a seis años. Se fijaba un periodo de prohibición de regreso entre los tres y los diez años contados desde la fecha de la expulsión con la advertencia de que su quebrantamiento supondría el cumplimiento o parcial de la parte que restara de la pena de prisión impuesta⁶⁴⁸.

En los supuestos en que el condenado extranjero lo fuera a pena igual o superior a 6 años de prisión, se preveía esta medida cuando hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena (89.1 2º C.P) con prohibición de retorno. En este caso, el Código no distinguía entre residente legal e ilegal, por lo que se consideró que también a los primeros les era de aplicación. En estos casos se añade un requisito de procedibilidad: tan solo se legitimaba al Ministerio Fiscal para interesar la aplicación del Art. 89.1

⁶⁴⁶ La Ley de Extranjería permitía sustituir las condenas impuestas por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados con pena igual o inferior a prisión menor, pero en abstracto, es decir, las impuestas por delitos que tuvieran prevista una pena que no superara la prisión menor en grado máximo.

⁶⁴⁷ Este mismo criterio regía para delimitar la competencia del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial: lo definitivo es que las penas impuestas por cada delito no superen los seis años de privación de libertad.

⁶⁴⁸ La medida fue favorablemente acogida desde el sector de la práctica forense al permitir una individualización del caso concreto manifestada en la motivación de la resolución. Así GIMÉNEZ GARCÍA, J. “*La sustitución de las penas de prisión. Especial referencia a la expulsión de extranjeros*”. Las Penas y sus Alternativas. VV.AA. Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. Escuela Judicial. Madrid 2.005. Págs. 220 y ss.

del CP in fine, sin que se previera la aplicación de oficio por los órganos jurisdiccionales. Se excluyen del ámbito de actuación ciertas conductas en las que se entiende que es preferible para la sociedad que los condenados cumplan la pena y no se les pueda sustituir (tráfico ilegal de mano de obra, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y asociación ilícita que promueva el tráfico ilegal de personas) y se establece el trámite de audiencia obligatoria y no vinculante al reo.

El párrafo 2º del artículo 89 señaló, con independencia de la duración de la pena impuesta, que el extranjero no podría regresar a España en un plazo de tres a diez años, contados a partir de la fecha de expulsión efectiva. Durante ese periodo procedería el archivo provisional de la ejecutoria. En el supuesto de que regresara a España antes de la prescripción de la pena y del periodo de prohibición de entrada, estaba obligado a cumplir la pena de prisión sustituida, abonándosele el periodo que ya cumplió con anterioridad.

La expulsión como sustitución de una medida de seguridad privativa de libertad se consideró, a su vez, medida de seguridad según la enumeración dada por el Art. 96 del Código a las medidas no privativas de libertad. La expulsión como medida de seguridad solo podría aplicarse cuando procediera imponer al extranjero una medida de seguridad privativa de libertad, es decir, cuando se declarara su exención de responsabilidad penal conforme a los números 1 al 3 del artículo 20 del Código, o en los supuestos de eximentes incompletas en relación con los números 1º, 2º y 3º del artículo 20. La prohibición de entrada en estos supuestos de medidas de seguridad se estableció en el límite máximo de 10 años, sin señalarse mínimo. Nada estableció el Código Penal en el caso de que el expulsado infringiera la medida de seguridad retornando a España dentro del plazo de prohibición. Por ello se consideró lo previsto en el Art. 100.2 C.P., aplicable con carácter general al quebrantamiento de todas las medidas de seguridad y que permite sustituir la expulsión y prohibición de entrada por el internamiento.

La L.O. 11/2.003, de 29 de septiembre, modificó la respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos,

potenciando la expulsión de territorio español en sustitución de la pena al establecer como regla general y no como una opción, pretendiéndose evitar que la pena y su cumplimiento se convirtieran en formas de favorecimiento de la permanencia en España, eludiéndose el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto y, concretamente, la legislación en materia de extranjería⁶⁴⁹.

Desde el punto de vista de la finalidad de las penas, mayoritaria fue la advertencia formulada por la doctrina en sentido de que con estas medidas basadas en el principio de oportunidad se producía un riesgo cierto de desactivar la finalidad preventivo general de la pena entre los extranjeros no residentes legalmente. PALOMO DEL ARCO señaló⁶⁵⁰:

⁶⁴⁹ La nueva redacción del artículo 89 C.P., tras L.O. 11/2.003 establece:

1.- Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La expulsión se llevará a efecto sin que se a de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código Penal.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente.

2.- El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3.- El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión o prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

De igual manera, el Art. 108 quedó redactado de forma paralela en supuestos de ejecución de medidas de seguridad, previéndose necesariamente salvo circunstancias excepcionales la sustitución de la misma por la expulsión del territorio español con prohibición de retorno en un plazo de 10 años y el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

⁶⁵⁰ PALOMO DEL ARCO, A. "La Expulsión de Extranjeros en el Proceso Penal. El Extranjero en el Derecho Penal Español Sustantivo y Procesal (adaptado a la nueva ley orgánica 4/2.000)". Manuales de Formación Continuada nº 5. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.000. Págs. 271 y ss. En este mismo sentido concluye su trabajo MUÑOZ RUIZ, J "La Expulsión Penal. Nuevas tendencias legislativas" en el que analiza la evolución legislativa producida y las previsiones contenidas en el Proyecto de Reforma

“La expulsión supone una forma atípica de truncamiento del proceso; la introducción de un cierto criterio de oportunidad que no se corresponde ni se integra con la sistemática de nuestro proceso penal. Implica además la renuncia del ius puniendi ante la exigencia de ejecución de índole administrativa, que tampoco resulta coherente con la preeminencia de la actividad jurisdiccional frente a la administrativa sancionadora. La justificación que pudiera tener, deriva de evitar el fraude que implica la comisión de pequeños delitos para demorar la expulsión del país; pero su regulación genérica, para cualquier supuesto delictivo conminado con pena inferior a seis años sin cualquier otra consideración, la configuran como una medida de política criminal meramente utilitarista, de difícil justificación preventiva”.

La reforma hace abstracción de las circunstancias personales concurrentes en cada supuesto lo que minimiza la realización de un juicio de proporcionalidad y ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, por lo que consideramos necesario valorar, junto a los aspectos de orden público que sin duda existen en estas resoluciones, la existencia de una trayectoria vital previa arraigada en nuestro país y las repercusiones familiares que ello puede suponer⁶⁵¹.

El cambio más importante se produjo en el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjeros residentes ilegalmente en España, pues, en estos casos, la sustitución de la pena por la expulsión pasó de ser potestativa a obligatoria, salvo

de Código Penal en tramitación. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2014, núm. 16-05 (<http://criminnet.ugr.es/recpc/16/>). También MIRÓ LLINARES, F. “Política Comunitaria de Inmigración y Política Criminal ¿protección o “exclusión” penal del inmigrante?”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2.008, núm. 10-05, Págs. 5 a 10 (<http://criminnet.ugr.es/recpc/10/>). En sentido crítico con la medida (“El Derecho penal no es el medio más adecuado para regular el fenómeno migratorio, y ahí están las estadísticas para demostrarlo .La regulación penal de los flujos migratorios deberían desaparecer del ordenamiento punitivo y permanecer únicamente en el administrativo, de lo contrario se produce un claro quebrantamiento del principio de última ratio e intervención mínima del Derecho penal”) SANZ MULAS, N. *Lecciones y Materiales par el Estudio del Derecho Penal*. Tomo VI. Derecho Penitenciario. Iustel. Madrid, 2.010. Pág.31-32.

⁶⁵¹Que se encuentran reconocidos en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 8 del Convenio Europeo y el 39 de la Constitución.

circunstancias excepcionales debidamente motivadas. De igual manera, la nueva redacción del artículo 89 estableció la sustitución de penas iguales o superiores a seis años una vez se acceda al tercer grado de tratamiento o se cumplan las tres cuartas partes de la condena.

En un contexto de endurecimiento de la normativa, parece insistirse en el planteamiento de disminuir con decisión la población carcelaria en nuestro país, automatizándose la resolución de expulsión en supuestos de dictarse sentencias condenatorias, por lo que es preciso considerar lo previsto en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966 que establece que los extranjeros sólo podrán ser expulsados en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente y hacerse representar con tal fin ante ellas⁶⁵².

Este aspecto, derivado de los compromisos que ante la Comunidad internacional asumió España y que forman parte de su propio ordenamiento jurídico, determinó la aplicación matizada posterior de las disposiciones por parte de jueces y tribunales. La ejecución práctica de la norma ha equilibrado la efectividad de los derechos fundamentales inherentes a todos los extranjeros con las amplias potestades de que disponen los poderes públicos para regular su estancia en el territorio. Como había establecido el Tribunal Constitucional⁶⁵³, la decisión de expulsar debe estar fundada en los supuestos previstos por la Ley de Extranjería u otro texto legal de igual valor, deben concurrir realmente los hechos determinantes de la expulsión, quedar acreditados en el procedimiento y respetar el mínimo esencial de

⁶⁵² En este sentido es muy clarificadora la Sentencia del Tribunal Supremo 901/2.004, de 8 de julio que recoge los criterios establecidos en la jurisprudencia del TEDH (Sentencia de 18 de febrero de 1.991-caso Moustaquim vs. Bélgica-, Sentencia de 24 de enero de 1.993-caso Boncheski vs. Francia-, Sentencia de 26 de abril de 1.997-caso Mehemin vs. Francia-, Sentencia de 17 de abril de 2.003-caso Yilmaz vs. Alemania- Sentencia de 15 de julio de 2.003-caso Mokrani vs. Francia-).

⁶⁵³ En Sentencia 97/1993 (Sala Primera), de 22 de marzo (Recurso de Amparo núm. 1744/1.989. Ponente: D. Carlos de la Vega Benayas).

garantías de procedimiento que enuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 13, 19 y 24 de la Constitución.

La L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, modifica nuevamente la regulación vigente, ajustando el límite de pena a partir del cual puede acordarse la expulsión, que pasa a ser de más de un año de prisión. Además los jueces y tribunales deberán establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años; y la sustitución se condiciona a la proporcionalidad de la medida.

Un aspecto importante que debemos considerar lo constituye la aplicabilidad de estos preceptos a los nacionales de países miembros de la Unión europea. Los ciudadanos de la UE gozan de libertad de residencia y circulación en todo el territorio nacional, por lo que no cabe considerar que se hallan de forma ilegal en España (un sector de la doctrina llega a cuestionar su condición de extranjeros).

El Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992⁶⁵⁴ acogió el concepto de “*ciudadanía europea*” al establecer que “*será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro*”.

Difícilmente puede aceptarse la expulsión de ciudadanos comunitarios salvo en situaciones excepcionales como son las de orden público, de seguridad pública o de salud pública. En este contexto, la mera existencia de una condena penal (como señaló la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de octubre de 1977 (caso Regina/Boucherau)), solamente es trascendente en la medida en que pudiera

⁶⁵⁴ Una de las innovaciones aportadas por el Tratado es la institución de una ciudadanía europea que se añade a la nacional. Todo ciudadano en posesión de la nacionalidad de un Estado miembro es también ciudadano de la Unión. Esta ciudadanía confiere nuevos derechos a los europeos: libre circulación y residencia en la Comunidad, votar y a ser candidato en las elecciones europeas y municipales en el Estado de residencia, protección diplomática y consular de un Estado miembro distinto del de origen en el territorio de un país tercero en el que Estado de origen no tenga representación, petición ante el Parlamento Europeo y a presentar una denuncia ante el Defensor del Pueblo Europeo.

ser indicativa de un comportamiento personal que constituye una amenaza actual contra el orden público⁶⁵⁵.

Existe una aproximación de la consideración de los ciudadanos miembros de los países que integran la Unión europea que no son, propiamente, ni españoles ni extranjeros, sino ciudadanos comunitarios, lo que determina la existencia de un régimen jurídico específico, próximo, pero no idéntico, al de los españoles en territorio nacional y que nace del principio y derecho a la libertad de circulación y residencia, conforme dispone actualmente y entre otros, los artículos 3.2. del Tratado de la Unión Europea en la versión vigente desde el 1 de diciembre de 2.009; 21.1, 45 y siguientes y concordantes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con idéntica vigencia; y 45 de la actual Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Este derecho de libre circulación y residencia en los territorios de los Estados miembros se establece *“con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”* (Art. 21.1, in fine, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y los derechos que se consideran se ejercerán, *“sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas...”* (Art. 45.3 del mismo Tratado) y, *“las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas”* (Art.52.1 del mismo Texto)

En la normativa interna, frente a lo previsto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería, en lo que corresponde a los ciudadanos comunitarios y asimilados, el artículo 15 del R.D. 240/2.007 dispone:

⁶⁵⁵ En este sentido, la S. de 19 de enero de 1.999 (*“Caso Calfa”*) consideró contrario al Derecho comunitario la expulsión de un comunitario dictada de forma automática como consecuencia de condena penal sin considerar si su comportamiento personal ha supuesto una amenaza real y suficientemente grave contra un interés fundamental de la sociedad.

“1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguiente en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:...b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto”.

En consecuencia, podrá adoptarse una resolución de expulsión con independencia de su nacionalidad a los que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España si existen graves motivos de orden público o seguridad pública (entendiéndose que se requiere, en todo caso, una amenaza real, actual y con entidad propia para afectar a intereses sociales). Antes de acordarse esta medida deberá considerarse la duración de la residencia obtenida, la integración social y cultural del interesado en nuestro país, su edad, estado de salud, situación familiar y económica e importancia de los vínculos con su país de origen. La mera existencia de condenas penales anteriores no constituye, por sí solo, motivos suficientes que justifique su adopción. Lo señalado no empece que, voluntariamente, los internos en centros penitenciarios pertenecientes a países de la Unión Europea, asimilados y familiares puedan solicitar el cumplimiento de la pena en el país del que son nacionales o, eventualmente, las medidas de sustitución previstas.

Este criterio excepcional ha sido asumido por el legislador en la modificación del Código penal operada por L.O. 1/2.015, de 30 de marzo cuyo art. 89.4 prevé la sustitución de la prisión por expulsión de ciudadanos de la Unión cuando *“represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales”*.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por sentencias de 16 de enero de 2.014, ha dictaminado que los periodos de encarcelamiento no pueden computarse ni a efectos de adquirir el derecho de residencia permanente en la Unión Europea ni a efectos de obtener una protección reforzada contra la

expulsión. La primera sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial por el Reino Unido y declara que los periodos de estancia en prisión en el Estado miembro de acogida de una nacional de un país tercero, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que ha adquirido el derecho de residencia permanente en dicho Estado miembro durante tales periodos no pueden computarse a efectos de la adquisición por ese nacional del derecho de residencia permanente, interrumpiéndose así la continuidad de la residencia por estos periodos de reclusión. La segunda señala que los periodos de estancia en prisión interrumpe la continuidad de la residencia a efectos de obtener una protección reforzada contra las resoluciones de expulsión, incluso cuando las personas hubieran residido los periodos establecidos para obtener las autorizaciones de larga duración con anterioridad al ingreso en prisión. En ambos supuestos se considera que la imposición de penas de prisión puede demostrar la inobservancia por la persona interesada de los valores expresados por la sociedad del Estado miembro de acogida en su Derecho penal y la no integración social requerida.

En cuanto a la expulsión de territorio nacional en fase de instrucción del extranjero que supuestamente hubiera cometido un delito, la primera redacción del artículo 57.7 de la LOEX., en el año 2.000 se dispuso:

“Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

No serán de aplicación las previsiones contenidas en el párrafo anterior cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal”.

La Ley Orgánica 11/2.003 modificó este artículo⁶⁵⁶ tratando de hacer frente a los problemas que se derivaban de los supuestos en que los extranjeros se encontraban sujetos a uno o varios procesos penales. La solución que se adoptó consistió en prever que cuando un extranjero se encontrara procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta castigado con una pena privativa de libertad inferior a seis años, si existiera orden de expulsión debidamente dictada, se autorizara judicialmente la expulsión.

La nueva redacción estableció un procedimiento ágil y urgente. En él, la autoridad gubernativa solicita la autorización judicial para efectuar la expulsión acordada en un expediente administrativo cuando el extranjero se encuentre incurso en un procedimiento penal. El plazo para dictar dicha resolución judicial no podrá pasar de los tres días. Se garantiza la eficacia de la orden de expulsión incluso en los supuestos de coincidencia con procesos penales, previendo también el modo de actuar cuando sean varios los órganos judiciales que estén conociendo en procesos contra un mismo ciudadano extranjero. Por lo tanto, la acreditación del hecho del procesamiento o inculcación en el proceso penal que lleve a cabo la administración deviene título válido suficiente para fundamentar una resolución de expulsión y procede realizarse salvo causas excepcionales que motiven su denegación.

2.2.- La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Regulación vigente

La Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio, modificó el art. 89.1 C.P. permitiendo la sustitución del saldo de cualquier pena privativa de libertad por la expulsión, sin límite temporal de pena – ya no sólo penas iguales o

⁶⁵⁶ Quedando redactado: “*Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación*”.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior”.

superiores a seis años -y sin límite de oportunidad procesal – en sentencia o durante su ejecución- para que sea acordado. Además, se sustituye la expresión “*naturaleza del delito*” por “*razones que justifiquen...*” al formular la posibilidad de excluir la expulsión, si bien se mantiene su carácter preferente.

La parte de la pena que se sustituye por la expulsión es aquella que falta por cumplirse por haber accedido el penado al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la pena.

Se amplía la posibilidad de expulsión al momento de clasificación en tercer grado; requiriéndose que se actúe a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, siendo este último aspecto una cuestión resaltable por cuanto constata la introducción paulatina de los postulados victimológicos en la legislación positiva española.

Sin perder de vista la finalidad práctica de la norma penal en orden a conseguir una sustancial disminución del número de reclusos que llenan los centros penitenciarios, finalidad mediata del conjunto de disposiciones que se ha ido reformando en las últimas décadas y armonizando la actuación de la propia Administración Penitenciaria⁶⁵⁷ (especialmente de sus Juntas de

⁶⁵⁷ Así se ha establecido en la Instrucción 21/2011 de la Secretaría General de IIPP de 17 de noviembre de 2.011. La Junta de Tratamiento, en el proceso de clasificación inicial y en las revisiones periódicas de los extranjeros sin residencia legal en España, procederá a valorar la posibilidad de proponer tercer grado a los efectos de expulsión. Una vez clasificado en tercer grado un penado extranjero extracomunitario sin residencia legal, a efectos de expulsión, se comunicará al Fiscal Jefe de la A.P. de la que dependa el Juez o Tribunal que corresponda, así como al propio órgano jurisdiccional competente para la ejecución, a los efectos previstos en el artículo 89.5 C.P.. Junto a la resolución se remitirá informe social y penal-penitenciario del penado, en el que se contendrán los argumentos adecuados al caso, así como la solicitud de expulsión del interno si la hubiera presentado. En el supuesto de que el órgano jurisdiccional no acuerde la expulsión, la Junta de Tratamiento procederá a una revisión de grado valorando dicha circunstancia. También se establece como criterio de actuación el envío de información al Fiscal anterior al cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la condena del extranjero no residente legalmente, a los efectos de posible aplicación del artículo 89.5 C.P. Respecto a la exigibilidad o no de solicitud de la expulsión sustitutiva, la Instrucción considera que es prescindible cuando los hechos se hubieran cometido a partir del día 23 de diciembre de 2.010. Finalmente se dispone la necesidad de informar a todos los extranjeros de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados y convenios internacionales para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de las medidas de sustitución que prevé el Art. 52.2. R.P. y de las establecidas en el 57.2 LOEX, incidiéndose en la información sobre los requisitos para obtener autorización de trabajo en régimen abierto y en libertad condicional y que el hecho de tener condena por delito doloso castigado con pena que exceda de un año de prisión es causa de expulsión administrativa en el momento de la excarcelación.

tratamiento) se estableció que la Administración puede aportar el conocimiento que posee sobre los internos en orden a facilitar dicha función y contribuir a que el proceso de toma de decisión por parte del Juez o Tribunal competente cuente con más elementos de valoración. Estamos así ante un ámbito esencial y actualmente no abordado con la intensidad posible por los técnicos de la Administración penitenciaria (juristas, trabajadores sociales, educadores...) que posibilitaría la más certera resolución judicial en cada caso concreto.

Es importante la previsión establecida en el punto 6 del artículo, que pretende asegurar la expulsión a través del ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa, al igual que el re-establecimiento de un plazo mínimo de prohibición de retorno en cinco años (se mantiene el límite máximo de diez) atendidas la duración de la pena fijada y las circunstancias personales del penado.

Como hemos señalado, la L.O. 1/2.015, de 30 de marzo, introduce nuevas modificaciones en este aspecto que pretenden mejorar técnicamente la regulación y la toma de decisiones por parte de jueces y tribunales, incorporando las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2.004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.3.-Traslado de personas condenadas

Pocos años después de la entrada en vigor de la Ley Penitenciaria, en el seno del Consejo de Europa se celebró el Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1.983, siendo ratificado por España el 18 de febrero de 1.985.

Su finalidad es desarrollar la cooperación internacional en materia penal que debe servir a los intereses de una buena administración de justicia y favorecer la reinserción social de las personas condenadas, por lo que se

atiende a la conveniencia de que cumplan las penas en su medio social de origen trasladándolas a sus propios países.

El Convenio dispone que el condenado puede dirigirse al Estado de condena o al de cumplimiento solicitando su traslado. Las únicas condiciones establecidas son: poseer la nacionalidad del Estado de cumplimiento (algunos Estados han formulado reservas admitiendo también ciudadanos no nacionales pero sí residentes), existencia de sentencia firme, duración de la condena restante superior a seis meses, consentimiento del penado y que los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena constituyan infracción penal con arreglo a la Ley del Estado de cumplimiento y a la del Estado de condena. Ambos Estados deben consentir en el traslado⁶⁵⁸.

Además de este Convenio, España ha ratificado otros instrumentos bilaterales de contenido similar que permite el cumplimiento de la finalidad establecida: repatriar condenados españoles por delitos cometidos en el extranjero y disminuir la elevada cifra de extranjeros en nuestro país⁶⁵⁹.

2.4.- Expulsión tras el cumplimiento total de la pena

En Art. 57.2 de la Ley de Extranjería estableció, como causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero hubiera sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituyera en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

⁶⁵⁸ Para determinar la pena que debe cumplir el trasladado una vez efectuado este, existen dos procedimientos: continuación de cumplimiento o “conversión de condenas”. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2.011. Págs. 601-612.

⁶⁵⁹ En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2.001 se señaló que “*estos convenios, no siempre bien aprovechados, logran que el delincuente sienta el reproche efectivo que la pena conlleva y permiten que su propia comunidad sea protegida frente a sus nacionales*”. Igualmente, la Recomendación R(84) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa ha considerado este mecanismo prioritario ya que “*es justamente el medio de evitar mejor las dificultades ya contempladas que se presentan para el tratamiento de los reclusos extranjeros a consecuencia de la separación de su familia y de su medio cultural*”.

Nos encontramos ante una expulsión administrativa consecuyente con la existencia de una previa condena penal. Para su articulación y aplicación práctica, el Art. 26 del Reglamento Penitenciario, bajo la rúbrica “*penados extranjeros sometidos a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena*”, señala: “*el director notificará, con una antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva, la fecha previsible de extinción de la condena a la autoridad competente, para que provea lo necesario con arreglo a la legislación vigente*”.

Respecto a la posible detención del extranjero excarcelado por cumplimiento total de la condena impuesta sin solución de continuidad, consideramos que nada obsta para que se practique siempre que se realice conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico. La privación de libertad, pese a tratarse de una evidente restricción de la libertad ambulatoria sobre persona que ha extinguido su responsabilidad anterior, no constituye pena privativa de libertad ni, per se, una pena o trato inhumano o degradante.

Al tratarse de medida cautelar prevista en el artículo 17.1 de la Constitución española y en el artículo 61.1.d) de la L.O. 4/2.000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, podemos colegir que ninguna norma impide la aplicación de la medida sobre la persona siempre que se adecue a derecho en todos sus aspectos procesales.

En esta materia es doctrina reiterada del Tribunal Supremo manifestada, entre otras, a contrario sensu, en la Sentencia de 22 de mayo de 2000, que no es sino una plasmación de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en sentencia 234/1991. En aquel supuesto el Tribunal Supremo recuerda que el Tribunal Constitucional ha proclamado en un auto de 3 de octubre de 1997 que aunque la expulsión del territorio nacional de un extranjero haya sido conceptualizada como sanción, razón por la que queda sometida a la garantía del artículo 25.1 de la Constitución, su naturaleza jurídica opera un cambio por la finalidad a que está orientada. Conforme dispone la resolución citada,

“... dicha expulsión por incumplimiento de los requisitos que la legislación de extranjería impone a la estancia del extranjero en España, no

puede ser confundida con una pena, de la que le separan el fundamento y los fines que persigue(STC 242/1994, fundamento jurídico 4), pues una cosa es que el actor haya delinquirido, y que esa conducta le haya acarreado una pena privativa de libertad y otra cosa es que su derecho a residir en España, que se encontraba condicionado legalmente al requisito de no cometer delito doloso de cierta gravedad, haya quedado extinguido al incumplir ese requisito legal.

A su vez, la pena de prisión le ha sido impuesta en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes.

Que el actor pueda estar cumpliendo o haber cumplido la pena impuesta por la comisión de un delito, extinguiendo la responsabilidad criminal declarada por la previa Sentencia condenatoria, no guarda relación ninguna con el dato cierto de que su conducta delictiva ha ocasionado la pérdida del derecho a residir en España, a tenor de la norma con rango de Ley que regula ese derecho de residencia”⁶⁶⁰.

El requisito temporal de duración de la pena debe ser considerada en abstracto y no la pena concreta impuesta en sentencia. De esta forma, si el intervalo de duración temporal que se prevé para el delito concreto cometido supera el año de prisión, aunque la pena efectivamente impuesta fuera inferior, procedería la aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería.

Finalmente es preciso señalar que el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal en tramitación prevé la modificación de la regulación de la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional en supuestos de extranjería⁶⁶¹. Según la Exposición de motivos del Proyecto,

⁶⁶⁰ En sentido similar se pronuncia el TSJ de Castilla y León en sentencia de 18 de junio de 2010 (previamente en la de 21 de octubre de 2009).

⁶⁶¹ Sobre el Proyecto de Ley: NISTAL BURÓN, J. *Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal. Su*

“La reforma combina la búsqueda de la eficacia con un escrupuloso respeto de los derechos individuales: se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería; los Jueces y Tribunales deberán establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años; y la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida. La sustitución de las penas de prisión por la medida de expulsión del territorio nacional en el caso de delitos cometidos por un ciudadano europeo, se contempla con carácter excepcional, reservándose a aquellos supuestos en los que su autor representa una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, en atención a los criterios recogidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que deberán ser tenidos en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación del precepto correspondiente”..

2.5.- El Artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario de 1.996

El Reglamento penitenciario de 1.996 procedió a articular una solución a los penados extranjeros inexistente hasta el momento. Según disponía el párrafo tercero del artículo 63 del Reglamento de 1.981, en el supuesto de penados extranjeros con residencia fuera de España, el Juez de Vigilancia debía autorizar su salida del territorio nacional. En la práctica diaria no era infrecuente la emisión de resoluciones judiciales concediendo la libertad condicional al penado con obligación de permanecer en territorio español bajo la fundamentación de que su salida al extranjero supondría, de facto, su sustracción al ámbito de competencias de la jurisdicción nacional. Con ello se le abocaba a residir en nuestro país careciendo de vinculación y recursos

incidencia en el ámbito penitenciario. Diario La Ley Nº 8143, Sección Doctrina, 6 Sep. 2013, Año XXXIV, Ref. D-298, Editorial La Ley.

bajo la acogida y amparo de organizaciones de voluntarios y con enormes dificultades para desempeñar un trabajo, además de permanecer alejado de su familia y entorno a la espera de alcanzar la libertad definitiva. Así lo destaca RENART GARCÍA cuando indica

“En efecto, no puede desconocerse que los numerosos extranjeros condenados a una pena de prisión en España se enfrentan a serias dificultades de integración no sólo en el propio centro penitenciario sino, con mayor intensidad si cabe, tras su liberación; la diferencia de lengua, de cultura, de costumbres y de religión constituyen, sin ningún género de dudas, factores añadidos a la finalidad resocializadora⁶⁶²”.

Esta situación fue atemperada en Autos posteriores propiciados desde las extintas Comisiones Provinciales de Asistencia Social Penitenciaria en los que los Jueces de Vigilancia, con evidente sentido práctico, autorizaban a residir a los extranjeros en sus países, concediendo lo que se consideró una especie de “indulto encubierto” ya que con el abandono del territorio nacional se perdía cualquier posibilidad de realizar su seguimiento y control en orden a la verificación de la no comisión de nuevo delito o de la observancia de mala conducta⁶⁶³.

La nueva disposición reglamentaria articuló en su momento una medida que puede estimarse como complementaria a la posible expulsión ex-Art. 89 del Código, con características distintas a la sustitución ya que desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, el periodo de libertad condicional constituye cumplimiento de la pena y no sustitución de la misma y además requiere conformidad documentada del interno, propuesta de la Junta de Tratamiento incorporada en el expediente de libertad condicional y acuerdo del J.V.P. (y no del juez o tribunal sentenciador)⁶⁶⁴.

⁶⁶² RENART GARCÍA, F. *La Libertad Condicional: Nuevo régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.003. Pág. 140.

⁶⁶³ Este aspecto fue tratado por MANZANARES SAMANIEGO, J.L. en “Comentarios al artículo 89 C.P.” En Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia. VV.AA. Ed. Trivium. Madrid, 1.997. Págs. 1.287-1.293.

⁶⁶⁴ Art. 197.1 R.P.: “En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las

2.6.- Aspectos penitenciarios y administrativos de la extranjería.

El Derecho penal y el Derecho penitenciario han avanzado introduciendo nuevas medidas y respuestas tendentes a evitar que la privación de libertad sea la primera posibilidad a aplicar como reacción a la comisión de actos delictivos. Se antepone el respeto a la dignidad de la persona y su inclusión social. Por el contrario, la normativa de extranjería se presenta con una finalidad defensiva inspirada en la impermeabilización de las fronteras y cuando esto falla procede la expulsión, sin tener consideraciones concretas sobre las circunstancias particulares que puedan existir en cada caso⁶⁶⁵. De ahí que, si bien la normativa penitenciaria⁶⁶⁶ no establece distinciones entre penados nacionales y extranjeros en cuanto a los aspectos rehabilitadores, tratamentales y reinsertadores, la legislación de extranjería, cualquiera que sea el momento analizado, limita con fuerza la posibilidad de permanencia en España de los extranjeros que delincan.

Debemos considerar el alcance que esta circunstancia de extranjería puede tener dentro del ámbito tratamental y regimental del sistema penitenciario, existiendo un aspecto concreto esencial en la vida diaria que cobra especial relevancia en esta materia. Nos referimos al trabajo productivo que se desempeña en las prisiones y que, en la práctica, permite que quienes acceden al mismo obtengan unos ingresos importantes no solo para mejorar sus condiciones de vida dentro del establecimiento sino también para subvenir a las necesidades de sus familiares o encarar su excarcelación en mejores condiciones. A nadie se escapa que algunas nóminas obtenidas por reclusos extranjeros en las prisiones españolas constituyen en sus países de

cauteladas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna”.

⁶⁶⁵ ORTIZ GONZÁLEZ, A.L. *“Prisión, Extranjería, Reeducación y Reinserción: Realidades difíciles de hacer compatibles”*. (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2.005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros o en libertad condicional). Cuadernos de Derecho Penitenciario Nº 16. Ed. Colegio de Abogados de Madrid. Madrid, 2.008. Págs. 24 a 29.

⁶⁶⁶ El artículo 3 de la Ley Orgánica dispone expresamente que *“la actividad penitenciaria se ejercerá con respeto a la personalidad humana sin discriminar a los penados por razón de su raza, opinión política, creencias religiosas, condición social o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza”*.

origen cantidades económicas relevantes que, si no compensan o justifican la privación de libertad padecida, aminoran sustancialmente sus efectos.

La relación laboral especial que regula este trabajo productivo tiene su desarrollo normativo, como hemos analizado, en el Real Decreto 782/2.001, de 6 de julio (que derogó los artículos 134 a 152 del Reglamento penitenciario), en cuyo artículo 5.1.a) reconoce a los internos trabajadores el derecho a no ser discriminados por razones de su nacionalidad.

Aplicable al ámbito penitenciario, el Real Decreto 2.393/2.004, de 30 de diciembre, que desarrolla la Ley Orgánica 4/2.000 en su Disposición adicional primera, estableció con carácter general:

“Cuando las circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejara, y en supuestos no regulados de especial relevancia, a propuesta del titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministros podrá dictar instrucciones que determinaran la concesión de autorizaciones de trabajo”.

En desarrollo de esta previsión, el Consejo de Ministros de 1 de julio de 2.005 aprobó un Acuerdo por el que autorizaba la realización de actividades laborales en los talleres penitenciarios a los internos extranjeros y al trabajo que estos pudieran realizar en régimen abierto o libertad condicional. Se reconoce como título válido a efectos de autorizar su actividad laboral y en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social la resolución judicial que ordene su ingreso en prisión. Igualmente faculta a los Delegados y Subdelegados del Gobierno para que concedan validez de autorización de trabajo a la resolución de la Administración penitenciaria de clasificación en tercer grado o el Auto del Juez de Vigilancia en el que se acuerda dicha clasificación o se concede la libertad condicional, siempre condicionado al cumplimiento de varios requisitos.

Este Acuerdo dio lugar a diversas interpretaciones en cuanto a su aplicabilidad a supuestos no contemplados como es el régimen derivado de lo previsto en el artículo 100.2 del Reglamento (segundo grado de clasificación pero con aspectos en el régimen de vida correspondientes al tercero), siendo resueltos por la Dirección General de Inmigraciones

(mediante acuerdo de fecha 26 de marzo de 2.007) dando validez a estas resoluciones administrativas o judiciales de aplicación del principio de flexibilidad para posibilitar la expedición de la correspondiente autorización para realizar actividades laborales.

Los efectos rehabilitadores y reinsertadores que posee el trabajo quedan preteridos por las disposiciones contempladas en la legislación de extranjería, concretamente en el artículo 57.2 de la ley, al prever como causa de expulsión la condena a pena de prisión superior a un año. El trabajo y su potencial socializador queda devaluado tras la aplicación práctica de los principios tratamentales, quedando el interno extranjero sometido a un claro automatismo que excluye esta valoración y el análisis de la evolución personal alcanzada. De ahí la demanda de diversos autores y colectivos de que, cuando el ciudadano extranjero condenado cuente con un pronóstico favorable por tener medios lícitos de vida solicite residir en nuestro país, siempre que la Administración penitenciaria confirme que se ha producido un correcto proceso de inserción, la legislación de extranjería prevea la posibilidad de autorizar su residencia legal a prueba en tanto en cuanto se objetivara su alejamiento del delito y la efectiva normalización de su conducta. Transcurrido dicho plazo el efecto jurídico sería el de considerarle en la misma situación que al resto de extranjeros con posibilidad de regularizar su situación definitivamente⁶⁶⁷. Es preciso, en consecuencia, la armonización de la legislación penitenciaria con la de extranjería para contemplar estas situaciones.

Otros ámbitos de especial incidencia de la extranjería se refieren al disfrute de permisos de salida ordinarios, a la clasificación en tercer grado con acceso al régimen abierto y el acceso a la libertad condicional.

La condición de no nacional supuso en los primeros años de vigencia de la Ley Orgánica un motivo utilizado con frecuencia por la Administración

⁶⁶⁷ Esta propuesta es realizada por ORTIZ GONZÁLEZ, A.L. “*Prisión, Extranjería, Reeducación y Reinserción: Realidades difíciles de hacer compatibles*”. (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2.005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional). Cuadernos de Derecho Penitenciario N° 16. Ed. Colegio de Abogados de Madrid. Madrid, 2.008. Pág. 24-29

como causa para la denegación del disfrute de permisos ordinarios de salida. La ausencia de arraigo previo en España implica una dificultad añadida para valorar el apoyo exterior con el que pueda contar el penado y que condiciona la autorización. Entendemos que la dificultad legal para permanecer en España al cumplimiento de la pena impuesta implica que el riesgo de quebrantamiento de condena es muy superior en comparación con los reclusos nacionales. Este proceso deductivo, que parece inexorable desde el punto de vista del análisis racional, fue incluido en la llamada Tabla de Valoración de Riesgos (T.V.R.) de la Instrucción reguladora de los permisos de salida, ponderando el factor extranjería como un marcador claro del riesgo de elusión de la acción de la justicia en este colectivo⁶⁶⁸.

Una importante aportación que a lo largo de estos años han prestado las Organizaciones No Gubernamentales y otras asociaciones colaboradoras con la Institución Penitenciaria (voluntariado de capellanía), ha sido la creación de casas y pisos de acogida para favorecer la salida temporal de extranjeros sin arraigo en España. Se contribuye a humanizar la estricta realidad penitenciaria mediante el disfrute de estas salidas temporales e implica un alivio considerable de las tensiones que la privación de libertad crea en todas las personas.

En cuanto al tratamiento penitenciario y la extranjería, la conjugación de la finalidad reinsertadora de la Institución con la imposibilidad de residir

⁶⁶⁸ La Instrucción vigente en la actualidad el la I. SGIP 1/2012, de 2 de abril, que añade como circunstancia peculiar la existencia de resoluciones administrativas de expulsión. Sobre la necesaria ponderación de todas las situaciones que concurren en esta metodología se pronuncia acertadamente CERVELLÓ DONDERIS cuando analiza el procedimiento de concesión de los permisos y afirma que la existencia de alguna de ellas “no debe ser entendida como un veto a su concesión, sino como una exigencia de especial justificación y motivación”. CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho penitenciario*. 3ª edición. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.013. Pág. 268 a 273. También JUANATEY DORADO analiza las Instrucciones emitidas por la Dirección General (o Secretaría General) de II.PP. que regulan el procedimiento para la concesión de permisos de salida y su incidencia en el colectivo de extranjeros. Como conclusión también establece que “el hecho de ser extranjero puede ser un factor de riesgo con carácter general, pero puede no serlo en el caso concreto de un interno que esté perfectamente integrado en España. Sin embargo, sí se ha considerado un factor de “riesgo extremo” el ser extranjero y tener una orden de expulsión del país”. JUANATEY DORADO, C. *Manual de Derecho Penitenciario*. Iustel. Madrid, 2.011. Págs. 167-168. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2.011. Págs. 609-610.

legalmente en España una vez alcanzada la libertad condicional o definitiva por causa de la comisión de hechos delictivos constituye uno de los aspectos sobre los que debemos reflexionar.

Si la comisión de hechos delictivos dentro o fuera del territorio nacional es uno de los elementos a considerar por parte de los poderes públicos para la concesión de las habilitaciones legales necesarias para residir y/o trabajar en España, parece necesario analizar el alcance que puede tener la eventual culminación positiva del proceso resocializador hipotéticamente ofrecido por la Administración penitenciaria. En este aspecto los planteamientos son diversos. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ señala:

“Todas estas disposiciones tendentes a la expulsión del inmigrante no sólo quebrantan el sistema penitenciario basado en la evolución tratamental a través del sistema progresivo de grados (Título III de la LOGP y el Título V del RP), también quebranta el principio de individualización del tratamiento (principio base para el diseño, programación y ejecución del tratamiento);

A continuación elabora una clasificación de perfiles de emigrantes que cumplen condena y lo analiza de forma crítica:

“Integrantes de grupos criminales organizados, inmigrantes que llevan tiempo en España, inmigrantes sin permiso que vinieron a España cometiendo el delito y encuentran en el delito la vía para alcanzar ese objetivo...Para esta diversidad de perfiles se responde de una única manera: la expulsión. De tal manera que, sea cual sea el estudio que del penado inmigrante se haga (personalidad, motivación delictiva, apoyos externos...) y sea cual sea la evolución que haya tenido en prisión (programas de tratamiento, permisos, tercer grado...), el resultado será el mismo, la expulsión.

Un solo artículo contenido en la Ley Orgánica de Extranjería echa por tierra de forma expresa y sin ningún complejo, todo un sistema legal que se ha ido configurando mediante el respeto a unos derechos y garantías, tratando de conseguir que la pena sea algo más que pasar un tiempo encerrado y vigilado....¿Qué sentido tienen los programas tratamentales,

las actividades, los permisos, los terceros grados, la libertad condicional, o cualquier otra respuesta penitenciaria si, sea cual sea la evolución que haya tenido el inmigrante en el cumplimiento de su condena, va a ser expulsado?”⁶⁶⁹.

La autora (cuya opinión es compartida por distintos grupos colaboradores con la Institución penitenciaria y de apoyo a inmigrantes) considera que se trata de una involución en el sistema consecuencia de la “*supremacía de la política migratoria ante el derecho penitenciario*”, establecida desde el punto de vista de la seguridad y el orden público y propugna un nuevo enfoque en la materia.

Por el contrario, consideramos que partiendo de premisas más sólidas que diferencien las categorías de “*inmigrante*” y “*delincuente extranjero*”, la correcta regulación de los requisitos para alcanzar las autorizaciones administrativas para residir y trabajar conforme a la normativa vigente es la opción jurídica más conveniente para evitar la confusión, en ocasiones interesada, de ambos aspectos, dejando a salvo que la inmigración con o sin autorización previa o sobrevenida nada tiene que ver con la delincuencia cometida por personas extranjeras; sin que implique la falta de ponderación de aquellas circunstancias excepcionales que pudieran concurrir en algunos supuestos concretos y que se hallan recogidas en la legislación vigente en la materia.

Si la normativa actual pretende, entre otros aspectos, que la comisión de hechos delictivos y la consiguiente estancia en prisión no favorezcan o faciliten la permanencia en España o en otros países que han decidido compartir un mismo espacio de seguridad, tampoco se pueden menoscabar los derechos alcanzados y soslayar la necesidad de ponderar todas las circunstancias concurrentes en la trayectoria vital de estas personas.

El tratamiento penal y penitenciario del delincuente extranjero y, en sentido más amplio, la articulación de medidas preventivas y sancionadoras sobre la delincuencia cometida por individuos foráneos, constituye un

⁶⁶⁹ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A. “*Inmigrantes cumplimiento condena: un recorrido por un tratamiento inventado*”. Diario La Ley Nº 7.616. Editorial La Ley 26 abril 2.011.

motivo de preocupación principal en las sociedades complejas actuales por afectar al sentimiento de seguridad ampliamente demandado. En estos supuestos nos encontramos ante una realidad en la que confluyen numerosos aspectos de política exterior y relaciones internacionales, intereses de Estado, derechos humanos, control de flujos migratorios, factores de opinión pública y de convivencia pacífica y cuestiones de victimología.

Junto a estas cuestiones superiores, la práctica forense revela la existencia de otras causas concretas, en ocasiones muy elementales, que dificultan o llegan a impedir la aplicación de las medidas previstas en la norma, como son la carencia de documentos acreditativos tanto de la identidad como de la nacionalidad de las personas que se pretenden expulsar; la casi nula colaboración de los extranjeros a la hora de facilitar esos datos; las resistencias de ciertos Estados a la hora de aceptar el retorno de personas a las que les niega la condición de nacionales suyos, los pocos o escasos vuelos directos entre España y el país de origen o las reticencias del persona de vuelo al admitir que viajen los extranjeros que están siendo expulsados ante el temor de que originen incomodidades al resto del pasaje⁶⁷⁰. Estamos, como se ha denominado, ante “*ese cuarto mundo*” que, según GIMÉNEZ GARCÍA

*“Vive en los países desarrollados en una clandestinidad obligada y por tanto condenados a la exclusión judicial y jurídica, y a la marginalización, con lo que nos encontramos una vez más con una exacerbación de la respuesta penal que parece destinada a calmar a una opinión pública fácilmente sugestionable en cuyo obsequio se han sacrificado otros derechos al menos tan relevantes, si no más, que los meros derivados del orden público, que, a la postre, tampoco se van a ver más protegidos”*⁶⁷¹.

Y que obliga a los distintos intervinientes en el medio penitenciario a intensificar los esfuerzos para abordar todos los aspectos concurrentes en

⁶⁷⁰ Así se refleja en el artículo de LÓPEZ MUÑOZ, M^a. J. “*La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España*”. Revista Actualidad Penal N^o 22. Semana del 26 de mayo al 1 de junio de 2.003. Pág. 14.

⁶⁷¹ GIMÉNEZ GARCÍA, J. “*La sustitución de las penas de prisión. Especial referencia a la expulsión de extranjeros*”. Las Penas y sus Alternativas. VV.AA. C.G.P.J. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 2.005. Págs. 221 y ss.

situaciones que en demasiadas ocasiones encierran historias vitales extremas.

3.- DESARROLLO DE LA VICTIMOLOGÍA Y SU INCIDENCIA EN EL MEDIO PENITENCIARIO

El estudio de la víctima de los delitos ha padecido secularmente el más absoluto desprecio por parte no solo del sistema legal sino también de la Política Criminal y de la Criminología.

La Criminología positivista polarizó el objeto de su investigación en la persona del infractor. Para sus análisis la víctima es un mero objeto, neutro, pasivo, estático, fungible, que nada aporta a la génesis del hecho. Igual sucedió con el sistema legal. Como ha señalado GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,

“El Derecho Penal, como derecho sancionador punitivo, se halla volcado hacia el delincuente; su vocación retribucionista condena a la víctima inocente del delito a una posición marginal en el seno del mismo. Por ello, en el proceso penal prima la preocupación del rol del acusado, de sus derechos y garantías, sobre los derechos y garantías de la víctima”⁶⁷².

El Estado social ha dirigido sus esfuerzos y recursos al penado, al recluso, olvidando en la mayoría de los casos que la víctima del delito también necesita medidas de reinserción y de resocialización.

La afirmación de la Victimología se produce tras la Segunda Guerra Mundial, siendo en la actualidad un ámbito de estudio fundamental que tiene su incidencia en la realidad penitenciaria. La evolución ha sido clara: de la circunscripción inicial de su objeto a la interacción delincuente-víctima o a las víctimas de determinados delitos se ha ampliado a otros aspectos, sin olvidar que uno de los objetivos propios del sistema penal es la neutralización de la propia víctima de un delito, es decir, aminorar el temor de que ésta responda al delito con el delito, convirtiéndose en delincuente (víctima justiciera) o que se socialice el interés de la víctima por

⁶⁷² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Manual de Criminología. Introducción y Teorías de la Criminalidad*. Espasa Universidad. Madrid 1.988. Págs. 76 a 103.

determinados grupos próximos en situaciones victimógenas similares, lo que desencadenaría peligrosas reacciones de venganza en nombre de la inseguridad, de la justicia o de la prevención del delito y una política criminal emocional, pasional⁶⁷³. Sin duda, esta situación no se halla en absoluto superada y no es infrecuente el uso de lamentables hechos delictivos para incitar, directa o indirectamente, la reacción popular.

Relacionado con los postulados victimológicos y como manifestación de sus primeras demandas han proliferado programas, estrategias y mecanismos de asistencia, reparación, compensación y tratamiento de las víctimas. Estas actuaciones aplicadas en numerosos países tienen una gran diversidad en sus contenidos. Ejemplos son:

a) Programas de asistencia inmediata, que procuran afrontar las necesidades imperiosas de tipo material, físico o psicológico que experimentan los sujetos pasivos de ciertos delitos.

b) Programas de reparación o restitución a cargo del propio infractor mediante el pago de una cantidad de dinero, la realización de una determinada actividad o la prestación de ciertos servicios a favor de la víctima. Estos sistemas han sido considerados paradigma de un nuevo modelo de la justicia penal.

Es en este segundo aspecto en el que consideramos existe una primera incidencia sobre la persona del infractor de la norma penal, quien se halla concernido y convocado a reparar el daño causado y mostrar su proyecto de integración en la sociedad y reconciliación con la víctima, teniendo esta propuesta un ámbito de aplicación interesante en el medio penitenciario.

Con este planteamiento todo el personal penitenciario asume una nueva función: convertirse en el nexo de unión con lo que denominan periferia de la cárcel o mundo exterior, además de presentarse, a través de su contacto diario con los internos, en los primeros portadores de una cultura basada en el respeto y la reparación.

⁶⁷³ Así se manifiesta HASSEMER, W. “Consideraciones sobre la víctima del delito”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 43. Fasc. 1. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.990. Págs. 241 a 260.

Respecto a las actividades para los detenidos y partiendo de que la privación de libertad es una sanción total, se pretende colocar a las víctimas de sus acciones en una posición nuclear de todo el sistema, promoviendo un cambio de actitud hacia ellas e introducir la necesidad de resarcir el daño causado⁶⁷⁴. Podemos afirmar que se castiga para que no se vuelva a delinquir y porque la víctima tiene todo el derecho a que la pena se oriente a compensarle por los daños causados y reconocerle en esa condición lo que conlleva a la dignificación del infractor⁶⁷⁵.

c) Programas de asistencia a la víctima-testigo, con un contenido específico y que pretende proteger el sistema penal que requiere de su colaboración.

d) Programas de compensación a las víctimas, destinándose fondos públicos para mostrar la solidaridad social hacia la víctima inocente y la necesidad de que el Estado asuma unos costos que tienen su origen en el propio fracaso en la prevención del delito.

Mención especial en este ámbito merece la Ley 29/2011, de 22 de diciembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo que desde los principios de memoria, dignidad, justicia y verdad considera a las víctimas del terrorismo nacional e internacional sufrido en las últimas décadas como un referente ético para el sistema democrático⁶⁷⁶.

Estas víctimas de graves violaciones de los derechos humanos ven consolidado un status normativo que vincula sus derechos a los valores universales de las sociedades abiertas y democráticas y establece, correlativamente, obligaciones jurídicas vinculantes para el Estado que asegura una adecuada compensación.

Respecto al contenido de esta Ley, establece por primera vez un cuerpo legal unitario que reconoce prestaciones y ayudas económicas directas y

⁶⁷⁴ Este proyecto, bajo la denominación “*Cómo la restauración puede saltar los muros de la Cárcel. Una discusión sobre el proyecto “Detención dirigida a la restauración”*” se ha desarrollado en Bélgica desde los últimos años del Siglo XX, siendo explicado por PETERS y ROBERT en Revista Eguzkilore. Número 17. Instituto Vasco de Criminología. IVAC/KREI. San Sebastián 2.003. Págs. 161 a 185.

⁶⁷⁵ Conforme a la opinión expresada por ROXIN, C.: “*¿La reparación como tercera vía del Derecho penal?*”. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, 1.997. Págs. 108 a 110.

⁶⁷⁶ Extiende su aplicación a todos los sucesos acaecidos desde el 1 de enero de 1.960.

otras medidas que pretenden que la incorporación a la vida familiar, social o laboral se realice en las mejores condiciones posibles⁶⁷⁷.

Resulta destacable el mantenimiento del principio de asunción por parte del Estado del abono de las indemnizaciones fijadas en sentencia firme en concepto de responsabilidad civil señalando una cuantía específica para los supuestos de fallecimiento, gran invalidez, invalidez en sus diferentes grados y lesiones no invalidantes, de manera que todas las víctimas tienen garantizado un mismo trato indemnizatorio, evitando posibles diferencias económicas ante situaciones iguales. También recoge medidas tendentes a mejorar la calidad de vida y la realización de actividades laborales, aspectos educativos, de vivienda, apoyo psicológico y formación.

Relevancia especial posee la defensa y protección a la dignidad de las personas víctimas de esta violencia en aspectos como la tutela de su intimidad, la declaración de ilicitud de la publicidad que pretenda dar un trato despectivo o vejatorio a las víctimas o sus familiares o la necesidad de que por parte de los medios de comunicación se evite todo uso desproporcionado o inadecuado de imágenes personales. También se prevén medidas de protección a las víctimas y sus familias en el ámbito procesal, consolidando el denominado principio de mínima lesividad en el desarrollo del proceso penal, de manera que no se vean obligadas a mantener contacto directo visual con los imputados o acusados y que eviten las manifestaciones, signos o declaraciones que puedan denigrarlas y ofenderlas, para prevenir su victimización secundaria.

Finalmente se establece el reconocimiento público y social a través del sistema de condecoraciones y honores públicos, previendo el establecimiento de actos, símbolos, homenajes, monumentos y otros elementos análogos que suponen el recuerdo y reconocimiento de las víctimas y, paralelamente, prohíbe la exhibición de monumentos, escudos,

⁶⁷⁷ La normativa española con anterioridad a la citada Ley, y con el objeto de proceder al resarcimiento de los daños personales y materiales sufridos por estas víctimas, se contenía en numerosas disposiciones que comienzan en el Real Decreto 1.576/1.990, de 7 de diciembre. La primera disposición con rango legal se encuentra en la disposición Adicional 19ª de la Ley 31/1.991, de 30 de diciembre, sobre Presupuestos Generales del Estado para 1.992.

insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas que suponen la exaltación o enaltecimiento individual o colectivo del terrorismo o los terroristas.

Nos hallamos ante una norma que material y moralmente establece una serie de disposiciones claras que reparan numerosas ignominias cuya manifestación más gruesa es el enaltecimiento de las personas y los actos cometidos por penados por delitos de terrorismo que, como hemos señalados, han protagonizado en buena medida la historia penitenciaria de nuestro país en los años analizados⁶⁷⁸.

Más allá de esta Ley necesaria y una vez asentada ante nuestra historia la realidad vivida cabe abordar los que el profesor BERISTÁIN IPIÑA reconocía en su docencia dos nuevos derechos fundamentales de todo ser humano: el “*derecho a perdonar*” que tienen las víctimas y el derecho a “*ser perdonado*” de los victimarios; derechos inherentes a la dignidad que solo desde la verdad y la justicia se puede sustentar.

e) En el resto de países de nuestro entorno jurídico y cultural se han producido importantes movimientos bajo la denominación de “*justicia restaurativa*” que se ha plasmado en textos de diferente alcance⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ Crítico con los postulados contenidos en la L.O. 7/2.003 para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas en cuanto al requisito de “petición expresa de perdón a las víctimas del delito” para el acceso al tercer grado de tratamiento, CANO PAÑOS: “*una vez que la víctima ha visto satisfecha su responsabilidad civil (no hay que olvidar la existencia de programas de acción de indemnizaciones a las víctimas de determinados delitos, en particular de los delitos de terrorismo) su papel debe terminar. La víctima no puede más que reclamar castigo –de hecho, es la que mayor necesidad retributiva de pena presenta dentro de los protagonistas del hecho delictivo- lo que difícilmente es conciliable con el Derecho penitenciario, el cual tiene que estar orientado a la reinserción social del recluso.* CANO PAÑOS, M.A. *Régimen penitenciario de los terroristas en España: la prisión como arma para combatir a ETA*. Dykinson. Madrid, 2.012. Pág. 73.

⁶⁷⁹ Entre los cuales destaca la Resolución 2002/12, del Consejo Económico y Social, sobre principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad; la Decisión 2001/427/JAI del Consejo de 28 de mayo de 2.001 del Consejo de Europa, por la que se crea una Red europea de prevención de la Delincuencia; La Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2.001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal y la Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1.987, sobre la Asistencia a las Víctimas y la Prevención de la Victimización. Fruto de ello es la aprobación de la Ley 4/2.015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito cuyo artículo 15 prevé los Servicios de justicia restaurativa.

Estos modelos integradores parten de concepciones político-criminales dispares, desde tendencias victimológicas clásicas, partidarias de la reparación y de la conciliación víctima-autor, o movimientos alternativos, de corte anglosajón, que propugnan la solución de los conflictos al margen del sistema legal a través de procedimientos informales e instancias no institucionales, a doctrinas criminológicas europeas abolicionistas y orientaciones filosóficas que sueñan no ya con la desaparición de la cárcel sino con la supresión del Derecho Penal⁶⁸⁰.

Este último ha generado considerables expectativas, aspirando a convertirse en una “*tercera vía*” con vocación de universalidad (aplicable en todos los supuestos) que establece mecanismos eficaces de solución de los conflictos de modo no institucional, informal y al margen del sistema y sus instancias oficiales (considerando su intervención estigmatizante, formalista e inefectiva). Además, tienen un importante efecto pacificador en las relaciones sociales y satisfacen todas las pretensiones de las personas implicadas.

Los procesos de conciliación y reparación son positivos en sus efectos sobre el infractor en cuanto le sitúan frente a las consecuencias de su acción y a la propia víctima, superando así la tradicional situación en el proceso penal en el que aquel se halla ante una instancia ajena al hecho, distante, que diluye la realidad del daño y neutraliza a la víctima, encontrándose fortalecido en la estrategia de defensa. De esta manera, se generan actitudes positivas en el infractor, asumiendo su responsabilidad y comprometiéndose en la reparación del daño causado.

Además de estos efectos directos, los defensores de esta respuesta entienden que así se supera la visión patológica del delincuente propia de modelos pasados ofreciendo una imagen más humana y racional del infractor, ofreciendo una nueva perspectiva como sujeto capaz de reconocer las consecuencias de su conducta y de participar en la búsqueda de respuestas y soluciones a los problemas sin necesidad de fórmulas

⁶⁸⁰ GARCÍA-PABLOS MOLINA, A. “*La prevención del Crimen en el Estado Social y Democrático de Derecho*”. Análisis Criminológico de los diversos modelos y sistemas de reacción al delito. Espasa Calpe. Madrid, 1.997. Págs. 319 y ss.

represivas. A la víctima, se le coloca en una situación principal dentro del conflicto y se le otorga todo el protagonismo. Mientras que en el proceso penal se le trata como un objeto relegado a una función instrumental, con la conciliación se pretende atender sus necesidades y se evita la victimización secundaria. Para la Administración de justicia la corriente es muy atractiva: estos programas ofrecen una respuesta flexible y singularizada, individual, que descarga de los tribunales de numerosos asuntos carentes de entidad y que colapsan su funcionamiento. Desde el punto de vista social y comunitario posee ventajas al afrontar los conflictos desde su propio interior, confiando en las personas implicadas y evitando la imposición coactiva de la solución, produciendo per se un saludable efecto pacificador en las relaciones sociales.

Como valoración final, se ha señalado que estos modelos de origen anglosajón responden a sistemas de justicia comunicativa y dialogal y son de difícil extrapolación al resto de culturas. Igualmente se suscitan recelos generados por un modelo “*de respuesta al delito de corte o apariencia privatista*”, en la medida en que

“La experiencia ha puesto de manifiesto que cuando se concibe el crimen como problema doméstico, interno –y su solución como cuestión privada o privativa de los directamente implicados- nadie puede impedir el rigor desmedido, la vehemencia e incluso la irracionalidad de las respuesta, ni es fácil establecer mecanismos de control que aseguren el trato semejante de conflictos equivalentes (igualdad) y determinadas garantías del individuo que constituyen hoy día patrimonio de la humanidad. En una sociedad plural, conflictiva y desigual, por otra parte, las soluciones privadas no suelen restablecer el equilibrio real entre los implicados. Dicho de otro modo, no negocia ni pacta quien quiere, sino quien puede”⁶⁸¹.

Firme defensor de estas corrientes novedosas ha sido BERISTAIN IPIÑA, resaltando que se coloca a las víctimas, su gran preocupación, (y no lo olvidemos, los delincuentes también lo son en numerosas ocasiones) en el

⁶⁸¹ GARCÍA-PABLOS MOLINA, A. “*La Prevención del Crimen en el Estado Social y Democrático de Derecho*”. Análisis Criminológico de los Diversos Modelos y Sistemas de Reacción al Delito. Espasa Calpe. Madrid. 1.997. Pág. 326.

centro neurálgico de las sanciones penales, promoviendo respuestas que las protegen al generar barreras a ulteriores procesos de victimización, y abre espacios a su participación en la propia ejecución penal⁶⁸².

Como señalábamos con anterioridad, es en este nuevo escenario en el que la Administración penitenciaria y sus profesionales pueden cobrar un protagonismo dinamizador y renovador. Partiendo de la privación de libertad y como ejecución material de la condena impuesta, deben implementarse programas de mediación que coloquen a la víctima del delito en una posición de reconocimiento de sus derechos e intereses y al delincuente en el artífice de su propia rehabilitación a través del conocimiento y del reconocimiento del daño causado y de la voluntad firme de resarcir al perjudicado, alcanzando el objetivo de re-personalización o recuperación de los valores personales preteridos que le colocarán, con los apoyos y ayudas institucionales y sociales pertinentes, en el puesto que toda persona merece en la sociedad.

En este contexto de coexistencia de distintas sensibilidades y proyectos para abordar el fenómeno social de la delincuencia y el tratamiento de los delincuentes procede reconsiderar la función de la Institución penitenciaria para la consecución de las elevadas exigencias a la que se ve sometida. Valorando como sustancial el cambio en la sociedad española durante los años transcurridos en democracia y libertad, deben reafirmarse los postulados que en la etapa de la transición española inspiraron a los notables juristas protagonistas de la primera Ley Orgánica del nuevo sistema político.

Ante la demanda insistente e intensa de responder con *“más cárcel y de peor calidad”* a los comportamientos antisociales, procede el reforzamiento de los derechos de los reclusos en aplicación, también estricta, de la normativa penitenciaria. Es posible cuestionar la intensificación de la respuesta punitiva en términos de eficacia o de proporcionalidad, pero el afianzamiento de lo que se consideró el status jurídico del interno constituye

⁶⁸² BERISTAIN IPIÑA, A. *“Protagonismo de las víctimas en la ejecución penal (hacia un sistema penitenciario europeo).”* Revista Actualidad Penal N° 37. Año 2.000. Iustel. Pág. 798. Respecto a la aplicación en fase ejecutiva, RÍOS MARTÍN, J.C. *“La mediación en la fase de ejecución del proceso penal.”*. Revista de Estudios Penitenciarios, N° extraordinario. Ministerio del Interior. Madrid, 2.006. Pág. 169 y ss.

una realidad intangible que nos identifica con los países de cultura democrática avanzada heredera de la Ilustración. Este es, consideramos, el reto actual del legislador y de los teóricos y operadores prácticos del sistema punitivo estatal.

La Ley 4/2.015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que entrará en vigor el 28 de octubre de este año, establece el catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos, con la principal novedad de que dispondrán de ellos, tanto si están personadas en una causa penal, como si no (sin perjuicio del régimen particular que para las víctimas de terrorismo o las de violencia de género establezca su normativa especial). La norma ofrece a las víctimas y a sus familiares desde los poderes públicos una amplia respuesta, no sólo jurídica sino también social, a todos los problemas que se les puedan plantear con independencia de la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que sufrieron y a si están personados en un proceso judicial. Se considera fundamental ofrecer a la víctima directa, y a la indirecta (sus familiares en caso de que fallezca o desaparezca) las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos reduciendo los trámites innecesarios que supongan una segunda victimización (por ejemplo, eliminando declaraciones que puedan ser prescindibles y que pueden producirle algún trauma) y otorgándole información y orientación sobre los derechos y servicios que le corresponden.

El Estatuto atribuye una serie de derechos a las víctimas en el proceso penal: que se le proporcione información en un lenguaje comprensible sobre cómo interponer una denuncia, los servicios asistenciales de los que dispone, cómo puede acceder a medidas de protección y a asesoramiento legal y traducción de las resoluciones que se produzcan. Se reconoce su derecho a estar acompañada y a ser informada sobre la causa abierta por el delito que sufrió, aunque no esté personada. Se le informará de cuándo se celebrará el juicio, se le notificarán las sentencias y los sobreseimientos y la adopción de medidas cautelares y de libertad del encausado, siempre y cuando lo solicite previamente y exista una situación de peligro.

Tendrá derecho a la traducción e interpretación gratuita de la información necesaria para ejercer sus derechos y de los actos en los que participe. Además, accederá a los servicios especiales de asistencia a las víctimas cuando sea necesario (si es considerada especialmente vulnerable o víctima de delitos violentos).

Respecto a la participación de la víctima en la ejecución, el artículo 13 dispone:

“1.- Las víctimas que lo hubieran solicitado, conforme a la letra m) del artículo 5.1, que les sean notificadas las resoluciones siguientes, podrán recurrirlas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa:

a) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del artículo 36.2 del Código Penal, la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos:

1º Delitos de homicidio.

2º Delitos de aborto del artículo 144 del Código Penal.

3º Delitos de lesiones.

4º Delitos contra la libertad.

5º Delitos de tortura y contra la integridad moral.

6º Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

7º Delitos de robo cometidos con violencia o intimidación.

8º Delitos de terrorismo.

9º delitos de trata de seres humanos.

b) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal, que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se

refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.

- c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 del Código Penal o de alguno de los delitos a que se refiere la letra a) de este apartado, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.”*

Antes de que el Juez de Vigilancia acuerde alguna de las medidas señaladas, debe dar traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule las alegaciones si así lo hubiera solicitado. Respecto al procedimiento, la víctima debe anunciar al Secretario judicial su voluntad de recurrir en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la Resolución e interponer el recurso dentro del plazo de quince días desde la misma. Para el anuncio de la presentación no se requiere asistencia letrada.

El apartado segundo de este artículo 13 legitima también a las víctimas para interesar que se impongan al libertado condicional medidas o reglas de conducta previstas por la ley que se consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima; facilitar al Juez o Tribuna cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que se hubiera acordado

El Estatuto desarrolla también el régimen de las medidas de protección de las víctimas con la intención de evitar su victimización secundaria. Así, se evitará el contacto entre las víctimas y sus familiares y los infractores, y se tratará de evitar los efectos traumáticos de los interrogatorios mediante, entre otras medidas, la reducción de su número. También se protegerá la intimidad de las víctimas a través de una especial reserva en todo lo relativo a sus datos de carácter personal y su imagen que no podrán ser divulgados por los medios de comunicación.

Estas medidas de protección se extreman para las víctimas especialmente vulnerables, para las que se prevé un régimen asistencial y jurídico que va más allá del régimen general, basado en el trato individualizado. Son aquellas que, por sus circunstancias especiales y por la gravedad y naturaleza del delito del que hayan sido objeto (de naturaleza violenta), requieran tal consideración. Se valorará especialmente la inclusión de menores, personas con discapacidad, víctimas de delitos sexuales, víctimas de trata de seres humanos, terrorismo, violencia sobre la mujer y grandes siniestros con víctimas múltiples.

La Norma supone la transposición de cinco Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa que establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; la relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, así como la que lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Las otras Directivas inciden directamente en los procedimientos judiciales: son la relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la referida al derecho a la información en estos mismos procedimientos.

4.- LA RELACIÓN DE ESPECIAL SUJECCIÓN. PERSPECTIVA ACTUAL

Las relaciones de sujeción especial, también llamadas de supremacía especial, fueron acuñadas por O. MAYER y se desarrollan en la época de la Monarquía constitucional alemana del Siglo XIX. Suponen una fuerte intervención sobre determinados sujetos que, en palabras de NIETO GARCÍA, resultaría intolerable para los ciudadanos que se encontraran en una relación de sujeción general⁶⁸³. Constituyen un régimen cómodo para la organización administrativa y para la gestión de los servicios públicos, manteniéndose en Alemania durante la época de Weimar, el nacionalsocialismo e incluso con la vigencia de la Ley Fundamental de Bonn.

⁶⁸³ NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo sancionador*. 2ª edición. Ed. Ténos. Madrid, 1.993. Pág. 223.

En este periodo se diferenciaban con nitidez entre las relaciones Estado-ciudadano, es decir, la relación del Estado hacia el exterior, y las relaciones internas o vínculos que se establecen dentro de la Administración con sus servidores. Es en este segundo ámbito donde se plantean las relaciones de especial sujeción, conforme a las cuales determinadas personas tienen un status especial consistente en una dependencia intensificada con la Administración.

En la formulación originaria de esta teoría las relaciones externas del Estado tienen su límite a través de la ley general. Las relaciones del Estado con las personas especialmente vinculadas se establecen mediante normas reglamentarias. En este contexto, los derechos fundamentales no tienen la misma validez ni la reserva de ley produce efectos.

La evolución posterior del constitucionalismo ha matizado la interpretación inicial de los status especiales sobre una nueva base jurídica: se reconocen determinados derechos fundamentales, existe la reserva de ley y se garantiza en ese ámbito una protección jurisdiccional.

El reconocimiento de determinados derechos fundamentales tiene su referencia a todos los ámbitos externos, siendo matizados en las relaciones internas con el Estado. Es decir, no existe una esfera de actuación al margen de la ley y el derecho sobre el que el Ejecutivo pueda actuar con total libertad, pero algunos de ellos tienen su modulación o graduación correspondiente.

La adecuación de la intensidad del ejercicio del derecho fundamental debe también realizarse a través de una ley formal. Esta reserva de ley se extiende a las relaciones de base pero no a las de funcionamiento interno de la relación que pueden ser reguladas por reglamentos administrativos.

Finalmente es importante señalar que estas relaciones están sometidas a una juridificación como garantía de la protección de su contenido. Por lo tanto, el poder ejecutivo no queda al margen del control debido por el judicial, sino que se reconoce y configura.

Desde una visión retributiva de los fines de la pena y al objeto de consolidar los sistemas custodiales imperantes en el ámbito penitenciario, bajo esta relación de sujeción especial la principal obligación de la Administración ha consistido en la protección de la vida, la salud y la integridad de las personas a ella sometida, frente a lo que se erige un conjunto asimétrico de deberes que cumplir por los internos con unas obligaciones añadidas por su condición de privado de libertad a las propias de cualquier ciudadano.

El Tribunal Constitucional alemán, por Resolución de 14 de marzo de 1.972, cuestionó este sistema al declarar inconstitucional una limitación de los Derechos Fundamentales de la persona en base a una norma de rango administrativo orientado a lograr los fines de la pena y del establecimiento penitenciario⁶⁸⁴. Solamente caben, en consecuencia, limitaciones establecidas en normas con rango de ley. Estamos ante una sentencia esencial que condujo a un sector doctrinal a considerar que la institución de las relaciones de especial sujeción no podía pervivir. Por el contrario, a partir de este momento podemos entender que su aplicación se restringe, pero las garantías jurídicas de las personas sometidas a ella se refuerzan y mejoran.

El Tribunal Constitucional alemán resolvió brillantemente el conflicto que puede surgir entre los derechos fundamentales que protegen intereses individuales y los intereses públicos, que se personifican en status o relaciones especiales. Este conflicto de intereses encuentra su cauce de regulación en la ponderación cuidadosa de los bienes que entran en conflicto, debiendo la propia norma fundamental, de forma expresa, prever su limitación o restricción. Se consolida la teoría de que, constituyendo este estatus especial, los administrados que vean restringidos sus derechos lo harán sobre el soporte de una institución conocida diferente de la situación de los ciudadanos que no tienen por qué tolerar esas restricciones.

En España, según analiza NIETO GARCÍA,

⁶⁸⁴ Sobre esta Sentencia y su incidencia en la Ley Penitenciaria Alemana de 1.976, MATA Y MARTÍN, R. *Aproximación a las Bases del Sistema Penitenciario*. Inédito. Junio, 2014. Págs. 215 a 221.

“irrumpió avasalladoramente la doctrina alemana gracias a la publicación de un excelente artículo de GALLEGO ANABITARTE en la Revista de Administración Pública, número 31, 1.961, con el título de “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración”. Y aunque el autor español se mostró asaz prudente, y hasta crítico, la fecha de su trabajo le obligó a presentar un estado de la cuestión predominantemente autoritario y hasta de corte preconstitucional (recuérdese que hasta 1.972 no cambió la hoja del Tribunal Constitucional alemán)

Sea como fuere, el hecho es que la doctrina y la jurisprudencia española acogieron, apenas sin reticencias, la variante más dura de la fórmula alemana y, lo mismo que había sucedido en aquel país, se han estado utilizando aquí las relaciones de sujeción especial para justificar regímenes exorbitantes, facilitados entre nosotros por la ausencia de Constitución. Y para mayor similitud de evoluciones, tampoco en España rectificó la Constitución de inmediato la situación anterior, puesto que las cosas han seguido como estaban y únicamente en los últimos años se aprecian indicios vacilantes de un cambio jurisprudencial, provocado en parte por las insistentes críticas doctrinales”⁶⁸⁵.

Respecto a la eventual incorporación de esta institución en la redacción del artículo 25.2 de la Constitución consideramos que supone una precisa asunción de los postulados interpretados por la jurisprudencia constitucional alemana, pues expresamente se reconoce

“El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que sean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

La redacción del texto es sin duda mejorable (tal vez pareciera más adecuado señalar que ejercicio de estos derechos se realizará conforme establece la Ley penitenciaria). La inclusión del contenido del fallo

⁶⁸⁵ NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo sancionador*. 2ª edición. Ed. Ténos. Madrid, 1.993. Pág. 223.

condenatorio (que constituye un presupuesto para el surgimiento de este status especial y no una limitación en sí misma) y del sentido de la pena (es un elemento distorsionador de la interpretación de la propia norma) se puede debatir. Sin embargo entendemos, desde una interpretación sistemática del texto constitucional que la referencia a “*los derechos fundamentales de este Capítulo*” (de los que goza el condenado a pena de prisión) supone la consolidación y ratificación de su existencia (frente a una eventual referencia a los “*derechos fundamentales*” que pudiera haber llevado a otra interpretación en el sentido de excluir del reconocimiento expreso de aquellos no tutelables a través del recurso de amparo, conforme establece el Art. 53.2 de la Constitución).

Aspecto importante es la determinación de qué derechos fundamentales pueden ser restringidos a través de los status especiales o, siendo más precisos, qué derechos no pueden serlo. En este sentido la Ley Orgánica es fundamental para su determinación en la medida en que la teorización general sobre estas situaciones conduce, ineluctablemente, a su concreción.

La evolución conceptual de la institución de las relaciones de sujeción especial ha tenido también su reflejo en la jurisprudencia constitucional española varias décadas después respecto a la situación alemana.⁶⁸⁶ La teoría de las relaciones especiales de sujeción forma parte del sustrato ideológico de nuestra Ley penitenciaria, hallándose reconocida y asumida acríticamente por un sector doctrinal importante en el momento de elaboración de la Ley Orgánica⁶⁸⁷. Estos autores, reconociendo esta teoría en el ámbito carcelario, siempre consideraron la especificidad de los derechos dentro de los establecimientos penitenciarios y proclamaron la

⁶⁸⁶ Sobre los derechos fundamentales y sus limitaciones justificadas: MATA Y MARTÍN, R. *Aproximación a las Bases del Sistema Penitenciario*. Inédito. Junio, 2.014. Págs. 228 a 244.

⁶⁸⁷ El propio GARCÍA VALDÉS explica su esencia en términos de creación de un estatuto jurídico del interno como contraprestación recíproca de derechos y obligaciones internos-Administración penitenciaria. “*Ley Orgánica General Penitenciaria. Introducción. Derecho Penitenciario. Notas Sistemáticas*”. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Vol. I. Edersa. Madrid, 1.986. Págs. 5 a 8.

necesidad de su protección para evitar su conversión en un espacio jurídicamente vacío⁶⁸⁸.

La primera resolución relevante del Tribunal Constitucional que afronta en profundidad esta teoría es la de 21 de enero de 1.987 y resuelve una solicitud de amparo presentada por un interno perteneciente a banda armada contra el acuerdo de la Junta de Régimen del centro en que se hallaba ingresado por el que se le imponía una sanción de catorce días de aislamiento en celda por falta muy grave y otra de doce días de aislamiento por otra distinta. Una segunda se dicta el 27 de junio de 1.990 y resuelve un recurso de amparo frente a una resolución de la Audiencia Provincial de Madrid autorizando la intervención médica para, en contra de su voluntad, salvar la vida de un recluso perteneciente a organización terrorista. Ambas sentencias, capitales en el devenir de la práctica penitenciaria española, asumen como argumentación jurídica para la denegación del amparo solicitado la estructura de la relación especial de sujeción, sin llegar a negar los derechos fundamentales.

En la primera resolución se interpreta la orientación reeducadora y reinsertadora de la pena privativa de libertad negando que la finalidad confiera un derecho amparable “*que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación*”, por lo concluye que el Art. 25.2 carece de fuerza vinculante. Ante esta afirmación, un sector doctrinal respondió que con esta resolución del Constitucional

*“la reeducación y reinserción social se convierte en una mera declaración de buena voluntad elevada a rango constitucional, se degrada de utopía jurídica a absurdo jurídico”*⁶⁸⁹.

Además se formula una crítica a la expresión contenida en la Sentencia del Tribunal al señalar: “*la libertad que es objeto del derecho fundamental*

⁶⁸⁸ CERVELLÓ DONDERIS aborda las consecuencias de esta teoría en el ámbito penitenciario y consideran que su incorporación al Derecho administrativo español se debe a Gallego Anabitarte. CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho Penitenciario*. 3ª edición. Tirant lo Blanc. Valencia, 2012. Págs. 127 a 129.

⁶⁸⁹ MAPELLI CAFFARENA B. “*El Sistema Penitenciario, los Derechos Humanos y la Jurisprudencia Constitucional*”. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Nº 1. Universidad Carlos III. Madrid, 1.993. Pág. 433.

resultó ya legítimamente negada por el contenido del fallo de la condena”, puesto que en ningún caso esta libertad se pierde ni tan siquiera en la manifestación concreta de ejercicio de la libertad personal ambulatoria. Se puede dosificar, restringir o graduar pero siempre dentro de un modelo ordinario de ejecución que permite una amplia posibilidad de movimientos dentro y fuera de la prisión preservando la dignidad humana que tiene en este derecho fundamental una de sus más claras manifestaciones⁶⁹⁰.

En la segunda sentencia del Constitucional se califica la teoría de la relación de sujeción especial como “*imprecisa*”, abogando por su interpretación en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales. En ella se aborda el complicado problema que se plantea con la eventual disponibilidad de la propia vida en el medio penitenciario con finalidad reivindicativa.

El Tribunal Constitucional analizó las opciones posibles que van desde el absoluto intervencionismo de los poderes públicos aplicando la alimentación forzosa hasta el más estricto respeto a la voluntad de interno. De todas las posibilidades, se recurre a la relación de sujeción especial para justificar la alimentación forzosa, entendiendo que esta solución sería ilícita si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encontraran en situaciones distintas. La medida sería aplicable tan solo en el momento en que, según la ciencia médica, la vida del recluso corriera un riesgo cierto e inminente debiendo realizarse en la forma en que el Juez de Vigilancia Penitenciaria determinase y prohibiendo que se suministrara alimentación bucal en contra de la voluntad consciente del interno⁶⁹¹.

⁶⁹⁰MAPELLI CAFFARENA, B. “*El Sistema Penitenciario, los Derechos Humanos y la Jurisprudencia Constitucional*”. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Nº 1. Universidad Carlos III. Madrid, 1.993. Pág. 443. Reflexiona sobre la graduación de la libertad ambulatoria que supone la pena de prisión y resalta la necesidad de que la sanción de aislamiento en celda, en cuanto afectación extrema del status libertatis del recluso, sea acordada por la autoridad judicial y no por la administración, aspecto que conculcaría el Art. 25.3 de la Constitución. Ni la excepcionalidad con la que lo prevé el Art. 42.3 de la L.O.G.P., ni la aprobación por parte del Juez de Vigilancia cuando exceda de catorce días, son garantías suficientes para resolver la inconstitucionalidad como señala el autor.

⁶⁹¹ Debe considerarse la Ley 41/2.002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica que, atendiendo el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto de las

Como principio esencial se establece el máximo respeto de la dignidad de la persona y a la libertad individual manifestada en el más estricto cumplimiento de los deseos del paciente expresados con anterioridad dentro del ámbito del consentimiento informado⁶⁹². Entendemos que las situaciones en las que los reclusos realizan prolongadas huelgas de hambre en el medio carcelario como forma de reivindicación deben ser analizadas a la luz de esta importante legislación nacional e internacional que es posterior a la Ley penitenciaria y a la sentencia del Tribunal Constitucional español.

Como conclusión podemos señalar que la teoría de la relación de sujeción o supremacía especial fue tácitamente asumida por el legislador y aplicada por el Constitucional, que ha modificado y modulado a lo largo del tiempo su interpretación y aplicación de manera sutil, estableciendo con mayor o menor intensidad la consideración de que, en una relación jurídica especial generadora de obligaciones específicas asimétricas para las personas a ella sometida, los derechos fundamentales persisten incólumes en todos los casos, siendo asumible su modulación o graduación en función de las circunstancias concurrentes en cada uno de los supuestos, siempre bajo una hiper-protección de los aspectos esenciales de dichos derechos fundamentales, que para nadie son absolutos y que obliga con elevada intensidad a todos los Poderes públicos⁶⁹³.

aplicaciones de la biología y la medicina suscrito el 4 de abril de 1.997, que entró en vigor en España el día 1 de enero de 2.000 y que constituye un instrumento internacional con carácter jurídico vinculante, se recoge como aspecto esencial el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud, superando las disposiciones de la Ley 14/1.986, de 25 de abril, General de Sanidad.

⁶⁹² El artículo 2.2. señala como principio básico que *“toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”* Igualmente el punto 4 señala que: *“Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito”*. Los límites del consentimiento informado se recogen en el artículo 9 que permite la intervención clínica indispensable sin necesidad de contar con el consentimiento *“cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”*

⁶⁹³ En este sentido FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2.011. Págs. 286-288.

Esta evolución que quedado patentizada en la apelación que realiza el Tribunal Constitucional a la función nuclear de los Juzgados de vigilancia penitenciaria en la salvaguarda de los derechos de los internos,

“correspondiéndoles no solo resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos frente a sanciones disciplinarias, sino, en general, preservar y salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”.

Por lo que el no ejercicio de estas funciones supondría

“La quiebra el sistema mismo diseñado en la Ley Orgánica General Penitenciaria en evitación de los abusos de que pueden ser objeto ciudadanos que están en una especial situación de dependencia vital, fáctica y jurídica de la Administración penitenciaria”⁶⁹⁴.

Una *“postura definitiva”* respecto a esta teoría de la doctrina pasaría por ser rechazada en el ámbito penitenciario por *“ser caduca, imprecisa, equívoca, innecesaria, parcial, insuficiente para expresar la complejidad y diversidad de las garantías y derechos que se recogen en el artículo 25.2 CE.”*, conforme propugna PÉREZ CEPEDA⁶⁹⁵.

5.- LA COOPERACIÓN EUROPEA EN LA POLÍTICA CRIMINAL. REPERCUSIONES PENITENCIARIAS

Desde el punto de vista criminológico y penitenciario, las cifras de personas extranjeras ingresadas en establecimientos carcelarios en España en distinta situación procesal y penitenciaria tienen una dimensión internacional indudable, al igual que el de españoles privados de libertad en países extranjeros, habiéndose incrementado ambos datos en las últimas décadas de forma notable. En los mismos años se ha desarrollado el llamado *“Derecho Internacional penal”* consecuencia de la cooperación entre Estados y de la integración europea alcanzada, proceso en el que España

⁶⁹⁴ Fundamento Jurídico 7º de la STC 59/2.011, de 3 de mayo de 2.011 (BOE núm. 124, de 25 de mayo).

⁶⁹⁵ PÉREZ CEPEDA, A.I. *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal*. Tomo VI. Derecho Penitenciario. Iustel. Madrid, 2.010. Pág. 72.

aspiraba incipientemente a sumarse en los años de elaboración de la Ley penitenciaria y que en la actualidad ha alcanzado en su plenitud. Procede así analizar la aportación de las instancias internacionales y las perspectivas existentes con especial incidencia en la ejecución penal.

Destaca la importante labor realizada por el Consejo de Europa, organización europea más antigua, que mayor número de países incorpora y que desde 1.949 ha llevado a cabo una labor fundamental en el campo de la Política criminal y en la colaboración en la ejecución de sentencias penales, sin olvidar la importancia de sus postulados en la génesis y aplicación de la legislación penitenciaria española, constituyendo sus trabajos un referente científico y ético para los juristas nacionales que hicieron posible la Ley Orgánica.

Conforme al reparto de las funciones del Consejo de Europa en la materia de política criminal, las decisiones son tomadas por el Comité de Ministros, es decir, por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros o sus representantes.

En 1.957 se creó un Comité directivo, el Comité europeo para los problemas criminales (*“Le Comité européen pour les problèmes criminels”* o *“the European Committee on Crime Problems”* en las lenguas oficiales de la Organización) que engloba a los expertos encargados en los Ministerios nacionales del Derecho penal, del procedimiento criminal, de la ejecución de las penas y de las investigaciones criminológicas. Este Comité tiene asignada la dirección y la coordinación de los trabajos emprendidos por los diversos comités de expertos que elaboran proyectos de convenios, recomendaciones o informes.

El Comité directivo cuenta con la asistencia de un Consejo Científico Criminológico y un Consejo de Cooperación Penológica. El primero prepara los trabajos, conferencias y coloquios sobre investigaciones criminológicas. El segundo conferencias regulares de los directores de administración penitenciaria. Bianualmente tiene lugar una conferencia de Ministros de Justicia de los estados miembros y cada cinco años una Conferencia sobre política criminal.

Estamos ante una organización internacional de tipo clásico, que no dispone de un poder legislativo supranacional. Puede invitar a los gobiernos miembros, por medio de recomendaciones, a que tomen las medidas que los expertos consideran apropiadas, pero la decisión final corresponde a los destinatarios. Los convenios entran en vigor tras la ratificación por el país que lo suscribe, no conllevando la cualidad de miembro del Consejo el nacimiento de obligación en este sentido.

La estructura, su funcionamiento y la experiencia acumulada configuran al Consejo de Europa como la única organización internacional que trata los problemas criminales de manera sistemática. Cuenta con amplio prestigio y ejerce una gran influencia en la legislación interna de los países que lo componen derivado de la homogeneidad de sus valores (democracias parlamentarias que reconocen y garantizan los derechos humanos), de la independencia de los expertos que elaboran los convenios y recomendaciones, que no actúan como delegados de los gobiernos, y por constituir un intercambio institucionalizado entre la política, la administración pública y la ciencia en el ámbito de la criminología y la penología.

El balance de su actuación es importante, constituyendo sus convenciones los primeros instrumentos internacionales expresivos de una política criminal europea encaminada a mejorar las formas de cooperación en materia penal y a la armonización de los sistemas penales nacionales. En este aspecto es preciso resaltar la evolución crucial que la realidad política de Europa ha sufrido en las últimas décadas, siendo los aspectos más trascendentes la desaparición de la Unión soviética y las consecuencias que en los Estados de su órbita ha conllevado.

De entre sus trabajos en el ámbito tratado destacan:

- 1.- La Convención europea para la represión del terrorismo, de 27 de enero de 1.977, que permitió la “*despolitización*” de los actos de terrorismo a fin de facilitar la extradición de sus autores, excluyendo que puedan beneficiarse de las garantías tradicionalmente concedidas en estos supuestos.

- 2.- Un informe sobre descriminalización, adoptado en 1.980, que tuvo amplia influencia en la política criminal de la época⁶⁹⁶.
- 3.- Recomendaciones sobre: protección de las víctimas del crimen, criminalidad de los trabajadores inmigrantes, criminalidad económica y corrupción, violencia y desórdenes de los espectadores con motivo de la celebración de manifestaciones deportivas, responsabilidad penal de las empresas, delincuentes jóvenes, tratamiento de los presos extranjeros y nuevas formas de criminalidad (delincuencia cometida a través de computadores, criminalidad organizada y delitos ecológicos).
- 4.- Convenios sobre el traslado de condenados extranjeros a sus países de origen hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1.983⁶⁹⁷; sobre resarcimiento de las víctimas de delitos violentos de 24 de noviembre de 1.983 y sobre la confiscación de los productos del crimen.
- 5.- En el ámbito penal, destacan las Reglas penitenciarias europeas y las Reglas europeas sobre las sanciones aplicadas en la comunidad. Como hemos señalado con anterioridad, las primeras Reglas fueron aprobadas en 1.973 por Resolución 5/73, de 19 de enero y constituyen una versión ampliada y mejorada de las Normas Mínimas de Naciones Unidas. Por

⁶⁹⁶ Atendiendo al momento histórico en que se produce, el interés que suscitó tanto en la doctrina española como hispanoamericana fue enorme. Prueba de ello es el prólogo que a la edición argentina del Informe que elaboró Eugenio RUIZ ZAFFARONI que señala que *“el informe constituye un manual europeo de política criminal dirigido a políticos, a estudiantes y estudiosos, a funcionarios administrativos y judiciales tanto como a ciudadanos comunes que aparentemente poco o nada tienen que ver con el delito y, en general, a todos los seres humanos que se animan a pensar en un mundo mejor, menos violento y más racional.”* Asume el contenido del informe y propone su aplicación en el ámbito latinoamericano, señalando que *“la de-criminalización es un proceso que debemos protagonizar rápidamente, como reforzamiento de nuestros vínculos comunitarios y de nuestras endeblés democracias. El principio de intervención mínima del sistema penal, la interpretación restrictiva de la ley penal-salvo que el principio de racionalidad republicana imponga lo contrario- y la estricta legalidad y consecuente proscripción de la integración analógica in malam partem, la racionalidad, humanidad, no trascendencia a terceros y el mínimo de violencia en la intervención, no son ya principios que puedan derivarse de especulaciones contractualistas sociales ni de otras elaboraciones del “Siglo de las Luces”, sino de la necesidad real de preservar nuestras sociedades y de fortalecer nuestras relaciones comunitarias y nuestras democracias, quizá de defender nuestra propia existencia como grupos humanos”*. El informe se publicó traducido del inglés por la editorial EDIAR, Argentina, 1.987 bajo el título: *“Decriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad”*. Consejo de Europa. Estrasburgo, 1.980.

⁶⁹⁷ Completado por el Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados Miembros de las Comunidades Europeas del Convenio del Consejo de Europa firmado en Bruselas el 25 de mayo de 1987.

Recomendación nº R(87) 3, el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1.987 aprobó un nuevo texto que mejora la sistemática, incrementa las reglas y resalta la importancia de la inspección interna y el control externo de las Administraciones penitenciarias. Finalmente refuerza la importancia del tratamiento como finalidad del sistema. Las actuales Reglas Penitenciarias Europeas fueron aprobadas por Recomendación REC (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2.006 en la 952ª Reunión de delegados de Ministros, constituyendo un auténtico “Código penitenciario europeo”⁶⁹⁸.

El Consejo Europeo, a través de los Comités, se ha consolidado como una Institución capaz de elaborar nuevas soluciones a los problemas criminales tradicionales, contribuyendo a la modernización de la legislación de sus Estados miembros bajo los criterios expertos recogidos⁶⁹⁹.

La vigencia de estas convenciones en el interior de los Estados miembros depende de su voluntad sin que se puedan corregir eventuales incumplimientos más allá de la vía política. Su elaboración, entrada en vigor y eventual modificación se demuestran sumamente complejas, siendo destacable que su aplicación depende de la ratificación de un número determinado de Estados miembros conforme a sus reglas internas.

En el ámbito europeo debemos también considerar a la Unión Europea, cuya aportación en el ámbito de la política criminal es, sin duda, creciente. MAPELLI CAFFARENA señala que el proceso de homogeneización de sanciones está resultando bastante complejo y lento.

“Se enfrenta, por una parte, con unas penas enraizadas en la cultura jurídica de cada país y, por otra, con la dificultad técnica de que, si no se quiere correr el riesgo de caer en contradicciones normativas, el cambio de

⁶⁹⁸ TELLEZ AGUILERA, A. *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa. (Una lectura desde la experiencia española)*. Edisofer. Madrid, 2.006. MATA Y MARTÍN, R. *Aproximación a las Bases del Sistema Penitenciario Europeo*. Inédito. Junio, 2.014. Págs. 199 a 211.

⁶⁹⁹ Sobre el funcionamiento e importancia del Consejo de Europa, BARTSCH, H-J. “*Política Criminal Contemporánea. Perspectivas Europeas*”. Revista Eguzkilore Nº 9. San Sebastián, 1.995. Págs. 9 a13.

un sistema de penas tiene que producirse en el marco de una reforma integral del conjunto del sistema penal nacional”⁷⁰⁰.

Hasta 1.992, las cuestiones relativas a la política criminal no entraban dentro de sus competencias, teniendo lugar la cooperación jurídica entre Estados miembros a través de la llamada “*cooperación política europea*” al margen del marco institucional establecido.

El Tratado de Maastricht, que entró en vigor el día uno de noviembre de 1.993, reguló en su Título VI “*la cooperación en el campo de Justicia e Interior*”, incorporando las actividades de la Comunidad este ámbito como una forma de cooperación intergubernamental cuya principal actuación ha consistido en la creación y consolidación del llamado “*Tercer pilar de la Unión*”.

En los últimos años del siglo pasado la Unión Europea ha buscado salvaguardar la seguridad de la colectividad y de los individuos, elaborando una “*política criminal común*” para un control estrecho de los desarrollos de la integración europea en algunos sectores relevantes, como la criminalidad organizada y las otras formas de criminalidad transnacional, sectores en los cuales las políticas e intervenciones meramente internas resultarían ineficaces. Conforme dispone el tratado constitutivo de la Unión, busca la consolidación de “*un espacio de libertad, seguridad y justicia*” del que puedan servirse todos los ciudadanos.

Las competencias asumidas por la Unión tienen un carácter restringido a algunos sectores, ejerciéndose inicialmente a través de dos instrumentos: las “*convenciones*” y las “*decisiones-marco*”.

Las convenciones “*del tercer pilar*” se revelaron como un instrumento ineficaz por cuanto su elaboración conllevaba un procedimiento largo y farragoso, debido especialmente al requisito de unanimidad que se

⁷⁰⁰ MAPELLI CAFFARENA, B. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Aranzadi Thomsom Reuters. Cizur Menor (Navarra) 2011. Pág. 45.

estableció⁷⁰¹, siendo abandonado a favor de un instrumento normativo distinto y mucho más ágil, denominado “*decisión-marco*”.

Las “*decisiones-marco*” se proponen a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro. No gozan de eficacia directa y vinculan a los Estados en lo que se refiere al objetivo a alcanzar, permaneciendo a salvo la competencia de los órganos nacionales respecto a la forma y a los medios a utilizar para alcanzar el objetivo. Los jueces de la Corte de Justicia son competentes para su interpretación y determinar la validez de los cuerpos normativos así como en la constatación de las infracciones que puedan cometer los Estados en su aplicación (aunque no pueden imponer sanciones por su comisión).

Este instrumento ha servido para desarrollar un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia al potenciar la colaboración judicial y administrativa entre los países miembros mediante el reconocimiento recíproco de sus resoluciones y la elaboración de los textos de Eurojust. También han activado el acercamiento de numerosas normas penales en sectores relevantes como son: protección del medio ambiente, corrupción, criminalidad financiera, favorecimiento de la inmigración ilegal, explotación sexual de menores de edad y pornografía infantil, terrorismo, tráfico de estupefacientes, trata de seres humanos y lavado de capitales.

Debemos destacar la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2.008 (Diario Oficial del 5 de diciembre de 2.008) sobre reconocimiento mutuo de sentencias en las que se imponen penas o medidas privativa de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea que constituye lo que se ha denominado *el espacio Penitenciario Europeo*⁷⁰² y que ha permitido la comunicación directa entre autoridades judiciales de los

⁷⁰¹ Solamente se aprobaron dos convenciones importantes: la “*Convención relativa a la tutela de los intereses financieros de las Comunidades europeas*”, adoptada en Bruselas el 26 de julio de 1.995, y la “*Convención relativa a la lucha contra la corrupción en el que estén involucrados funcionarios de las Comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea*”, adoptada en Bruselas el 26 de mayo de 1.997.

⁷⁰² BARAS GONZÁLEZ, M. *El Espacio Penitenciario Europeo*. Secretaría General de I.P.P. Ministerio del Interior. Madrid, 2.013. Respecto a las D.M aprobadas MAPELLI CAFFARENA, B. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Civitas Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra) 2011. Págs. 45 a 48.

distintos países integrantes, además de acabar con el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y considerar como algo excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución judicial. Esta Decisión se ha incorporado en España por Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Con la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa, se elimina la clásica división en tres pilares adoptada en el Tratado de Maastricht y el ámbito de cooperación internacional pasa a integrar el Derecho común, aplicándose el método legislativo comunitario ordinario y desapareciendo el mecanismo de la Decisión Marco que se sustituye por el de Directivas. Así, el artículo 67 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea proclama que la Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y el artículo 82.1 señala que la cooperación judicial en materia penal se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, traspone al ordenamiento interno la Decisión Marco que reconoce resoluciones judiciales penales en la Unión y de otras disposiciones en materia de libertad vigilada y penas sustitutivas, que permite transmitir a otro Estado miembro distinto del de la condena la responsabilidad de vigilar el cumplimiento por el condenado de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas previamente impuestas en el primero o las medidas de vigilancia establecidas como sustitución de la prisión provisional. También permite extender la protección que a través de las medidas pertinentes haya impuesto la autoridad competente de un Estado miembro para proteger a una persona contra posibles actos delictivos de otro al territorio del Estado miembro que se desplace esa persona para residir o permanecer un determinado periodo de tiempo. También regula las llamadas órdenes europeas de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad que posibilita el cumplimiento de resoluciones condenatorias firmes dictadas por

tribunales de Estados de la Unión en países miembros distintos con el fin de facilitar la reinserción social del condenado.

Conforme a la Ley Orgánica 6/2.014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la autoridad para la emisión de una orden europea de cumplimiento son los jueces de vigilancia penitenciaria y la autoridad competente para reconocer y acordar la ejecución de una orden europea es el Juez Central de lo Penal. Para llevar a cabo la ejecución de la misma será competente el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictado importantes sentencias por las que queda consolidada la influencia del derecho comunitario sobre el derecho penal interno de los Estados miembros, cumpliendo las decisiones marco del artículo 34 del Tratado de la Unión su importancia como instrumento privilegiado de armonización de las legislaciones nacionales⁷⁰³.

La ejecución de las penas privativas de libertad se halla actualmente al margen del ámbito de decisión de la Unión y por lo tanto de la esfera de aplicación de los postulados integradores que inspiran la esencia de la Unión Europea. La persistencia de una consideración estrictamente nacional de esta materia constituye, desde nuestra opinión, una prueba clara de las distintas sensibilidades existentes en el proceso de integración que determina la celosa reserva a la esfera interna de este ámbito del sistema punitivo de los Estados miembros⁷⁰⁴.

⁷⁰³ Procede destacar, en primer lugar, la Sentencia de 16 de junio de 2.005-Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas-Gran Sala- (Caso Pupino), por la que se obliga por primera vez a los jueces nacionales a interpretar su derecho nacional conforme a las disposiciones contenidas en las decisiones marco, previstas en el espacio de la cooperación policial y judicial en materia penal, equiparando así el criterio al establecido en la Unión respecto a las directivas y, en consecuencia, eliminando cualquier diferencia entre “*interpretación conforme*” y “*eficacia directa*”. Con ello, la diferenciación de los llamados “*tres pilares*” en función de la obligatoriedad o vinculación de los instrumentos normativos existentes con carácter previo al Tratado de Lisboa decaen en la práctica por aplicación de la jurisprudencia establecida.

⁷⁰⁴ Sobre esta materia MIR PUIG, C. “*El traslado de personas condenadas entre países: Tratados del Consejo de Europa y Decisión Marco 2008/909/JAI, 27 de noviembre de 2.008. Especial referencia al recién Anteproyecto de ley de Reconocimiento Mutuo de*

TAMARIT SUMALLA elaboró en 2.007 un estudio de Derecho comparado europeo sobre el sistema de sanciones y Política criminal. Como señala,

“Frente al reto de la convergencia emerge la realidad de la divergencia. Como signos identificadores de un “modo europeo” de reaccionar frente al delito poco más puede anotarse en el balance del Derecho vivo que la abolición de la pena de muerte. El ideal de la implementación de formas punitivas distintas a la privación de libertad se ha visto realizado de modo muy desigual en los diversos Estados y mientras en algunos de ellos se han realizado importantes progresos en la reducción del recurso al encarcelamiento, en muchos de los sistemas punitivos nacionales la prisión ocupa sin lugar a duda un rol absolutamente central”⁷⁰⁵.

Al margen de las formas de cooperación analizados en este apartado debemos hacer una referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como máximo garante del cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones derivadas del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Creado en 1959, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un tribunal internacional que actúa no sólo a instancia de los Estados parte del Convenio sino en virtud de las demandas que pueden presentar los particulares, ya sean ciudadanos o personas bajo la jurisdicción de un Estado parte. España asumió la competencia del Tribunal como

Resoluciones Judiciales Penales en la Unión Europea (Aprobado por Consejo de Ministros de 8 de febrero de 2.013). Revista de Estudios Penitenciarios. Extra 2.013. Ministerio del Interior. Madrid, 2.013. Págs. 199 a 217. En este sentido se pronuncia MIRANDA REGOJO al señalar “a pesar de esa ausencia de mayor consenso entre los países y la carencia de “legislación vinculante” propiamente dicha sobre el tema, podemos encontrar puertas abiertas a la esperanza. Los encuentros de los distintos organismos de la Unión – EUROJUST, Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia, Directores de Administración penitenciaria, etc.- dejan un eco sostenido para entender que en los distintos países de Europa se advierte una sensibilidad compartida sobre la necesidad de acuerdos y convergencias sobre algunos ámbitos de especial atención...”. MIRANDA REGOJO, A. “Cooperación penitenciaria en la Unión Europea”. En: La Calle: revista sobre situaciones de riesgo social. Nº 28. Madrid, 2.014. Pág. 11.

⁷⁰⁵TAMARIT SUMALLA, J.M. “Sistema de Sanciones y Política Criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2.007, núm. 09-06, Pág. 6 (<http://criminet.ugr.es/recpc/09>).

consecuencia de la ratificación del Convenio, en virtud de instrumento de fecha 4 de octubre de 1979.

El Tribunal tiene su sede en Estrasburgo y está compuesto por un total de 47 Jueces (uno por cada Estado parte), actuando en varias formaciones judiciales (Juez único, Comité de tres Jueces, Sección y Gran Sala).

Corresponde al Tribunal, en virtud de las demandas individuales interpuestas, verificar si las autoridades españolas han respetado o tutelado adecuadamente los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. Es preciso que el demandante haya agotado los recursos jurisdiccionales internos para la tutela de tales derechos y libertades.

Desde la incorporación de España a este Órgano de control (en fecha muy próxima a la entrada en vigor de la Ley penitenciaria) y hasta la actualidad no se ha producido ninguna resolución condenatoria contra nuestro país por hechos ocurridos en el interior de los establecimientos penitenciarios o protagonizados por empleados públicos y responsables de este ámbito, lo que debemos resaltar.

6.- NORMATIVA PENITENCIARIA. LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

Uno de los aspectos que ha caracterizado la Transición política ha sido la existencia de una violencia terrorista intensa y sostenida en el tiempo. Como afirma la totalidad de la doctrina, esta violencia no reúne las características que tradicionalmente se han atribuido a la delincuencia “política” por más que sus defensores ideológicos hayan dado esta adjetivación a sus acciones, especialmente fuera de nuestras fronteras con la finalidad de legitimarla⁷⁰⁶. Los ataques contra bienes jurídicos del Estado y de particulares han carecido siempre de cualquier justificación política, motivando la legítima y

⁷⁰⁶ El término “delito político” se utilizó por primera vez como límite a la extradición en la Ley Inglesa de 1.815, reduciéndose progresivamente su conceptualización y su aplicación, llegando a la previsión contenida en el artículo 13.3 de nuestra Constitución al establecer que “la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”.

necesaria reacción de emergente Estado democrático para su lucha en todo el periodo objeto del presente trabajo.

Treinta y cinco años después de la entrada en vigor de la Ley penitenciaria española la preocupación fundamental de la comunidad internacional y del Estado español se centra en el llamado terrorismo internacional de corte yihadista que se caracteriza por incorporar nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos.

En ejecución de la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, en cuyo punto sexto aparece un recordatorio de la Resolución 1373 (2001) en virtud de la cual todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo de estos actos, se aprueba la L.O. 2/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal en materia de delitos de terrorismo.

6.1.- Legislación Antiterrorista y repercusión en el medio penitenciario

En la Transición, el texto normativo fundamental para la lucha antiterrorista era el Real Decreto Ley 1/1.977, de 4 de enero, por el que se crea la Audiencia Nacional y se suprime el Tribunal de Orden Público extendiendo su competencia por Real Decreto Ley 3/1.977 de misma fecha a los delitos de terrorismo (posteriores ampliaciones de su ámbito de actuación supusieron la Ley 82/1.978, de 28 de diciembre, que introdujo un tipo penal autónomo referido al terrorismo, y el Real Decreto-Ley 3/1.979, de 26 de enero, sobre Seguridad Ciudadana, que generalizó el procedimiento de urgencia en estos casos, con restricción de la capacidad de recurrir).

El Real Decreto-Ley 19/1979, de 23 de noviembre modificó parcialmente el Real Decreto-Ley 1/1.977, de 4 de enero y prorrogó la vigencia de la Ley

56/1.978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados, siendo derogado por la Ley Orgánica 11/1.980, de 1 de diciembre (que encomendó la instrucción, conocimiento y fallo de las respectivas causas criminales a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional y previó la sustanciación de estas causas a través del procedimiento especial sumario determinado en la L.E.Cr.).

Respecto a la prisión provisional, aspecto que incidió en la realidad carcelaria del momento, se introdujeron importantes modificaciones en los artículos 503 y 504 L.E.Cr que posibilitaron su aplicación generalizada en estos casos y se establecieron restricciones de los derechos del imputado, siendo la más importante la constituida por la posibilidad de ampliar el plazo de detención hasta diez días que previó el Art. 3.1 de la L.O. 11/1.980, de 1 de diciembre. Durante este periodo se excluía la asistencia letrada y la autoridad que hubiera decretado la detención o prisión podía ordenar a su vez la incomunicación por el tiempo que estimara necesario mientras se completaban las diligencias o la instrucción sumarial. Por otro lado, se podía proceder sin necesidad de autorización o mandato judicial a la detención y registro del lugar donde se hubiere refugiado un sospechoso, previendo que el juez acordara la observación postal, telegráfica o telefónica durante un plazo de tres meses, prorrogables indefinidamente. En caso de urgencia, el Ministro del Interior o, en su defecto, el director de Seguridad del Estado, podían ordenar la observación, comunicándolo inmediatamente al juez⁷⁰⁷.

Sobre la constitucionalidad de las medidas, es importante señalar que el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 16 de septiembre de 1.987 señaló:

“La suspensión de derechos y libertades fundamentales que puede incorporar la legislación antiterrorista se justifica por la existencia de una situación de emergencia asumida por la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, frente a la cual el Estado no basta a dar respuesta

⁷⁰⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y MUÑAGORRI LAGUÍA, I. (Directores): *Aplicación de la Normativa Antiterrorista*. IVAC/KREI. Donostia, 2.009. MARTÍN PALLÍN, J.A. “Terrorismo y Represión Penal”. Revista Claves de Razón Práctica Nº 23. Madrid, junio 1.992. Págs. 26 a 34.

con los instrumentos ordinariamente puestos a su alcance para garantía de la seguridad y tranquilidad públicas y del ordenamiento constitucional. El reconocimiento constitucional, en el Art. 55.2 de la existencia como problema actual, del terrorismo y el peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático supone el reconocimiento ex Constitutione de la razonabilidad y no arbitrariedad de la existencia de esa diferenciación de trato respecto del goce de determinados derechos constitucionales en ciertas situaciones, cuando se trata de facilitar la investigación de unos delitos de especial gravedad en relación con la vida e integridad física de las personas y de especial trascendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional”⁷⁰⁸.

En el ámbito penitenciario, debemos resaltar el contenido del artículo 10 L.O.G.P., las posibilidades de intervención de comunicaciones con abogados con orden de la autoridad judicial y en supuestos de terrorismo (Art.51.2)⁷⁰⁹ y las posibilidades de intervención y suspensión de las comunicaciones orales y escritas (Art.51.5.).

⁷⁰⁸ Un sector de la doctrina considera que estas previsiones suponen una normativa de emergencia que afecta a los pilares del Estado de Derecho y atenta contra los principios de legalidad, proporcionalidad, humanidad e igualdad. SANZ MULAS, N. “Especificidades en la aplicación del Derecho Penitenciario sobre presos terroristas”. Nuevas Cuestiones penales. Editorial Constitución y Leyes (Cólex). Madrid, 1.998. Pág. 172. Por el contrario considera que las medidas introducidas en la legislación española son equiparables a las previstas por legislaciones comparadas y no vulneran la Constitución GARCÍA VALDÉS, C. “La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 37. Fasc. 2. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.984. Págs. 293 a 303.

⁷⁰⁹ La dicción del Art. 51.2 ha dado lugar a diferentes interpretaciones del TC. La conjunción “y” puede llevar a interpretar que son dos los supuestos en los que pueden ser suspendidas o intervenidas por la Administración penitenciaria: cuando exista autorización judicial, y en los supuestos de terrorismo. Así cabría considerar que en los casos de terrorismo no sería necesaria autorización judicial (STC 73/1.983, de 30 de julio, FJ 7). Con posterioridad el TC ha considerado que “Dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas y, en consecuencia, llegarse a la conclusión de que el Art. 51.2 de la LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su abogado, sin que autorice en ningún caso a la administración penitenciaria para interferir esas comunicaciones (STC 183/1994 (FJ 5) y 58/1998).

Un amplio debate surgió con motivo de la autorización por un Juez de Instrucción (en un conocido caso de corrupción) de la intervención realizada en la sala de comunicaciones de abogados de un centro penitenciario al amparo de lo establecido en el Art. 579 LECr. como medida de averiguación o investigación de delitos (esta disposición no establece distinción alguna en atención al destinatario de la comunicación –abogado o no- o la naturaleza del

En la medida en que la Ley fue aprobada en un momento de intensa violencia terrorista y de adecuación de la normativa a la situación, consideramos llamativo que no contuviera ninguna referencia expresa a los autores de esta forma de delincuencia fanática con pretensión y capacidad de desestabilizar las incipientes bases democráticas que se estaban asentando. Por el contrario solamente estableció alguna especificidad respecto a la suspensión e intervención de las comunicaciones con abogados defensores o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que los representen. La práctica estableció que la excepcionalidad de los establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema fuera plenamente aplicable en este tipo de delincuencia pero sin realizar ninguna mención singular.

La literatura científica del momento no alude a la pertenencia a bandas armadas o la comisión de estas actuaciones como elemento a considerar para la aplicación de lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica. Parece que el legislador y los técnicos que inspiraron la norma tuvieron presente el contexto violento que se vivía intramuros de los centros y no englobaron la

delito). Para admitir esta posibilidad, según JUANATEY DORADO *“es difícil encontrar un argumento razonable que justifique que si un acusado no está en prisión el juez de instrucción podría ordenar la intervención de las comunicaciones con su abogado o procurador cualquiera que fuese la naturaleza del delito o delitos de los se le acuse; mientras que si se encuentra en prisión, el juez de instrucción sólo podría ordenar la intervención de tales comunicaciones si los acusados lo son por delitos de terrorismo”*. Por eso concluye: *“quizás lo más prudencial sea interpretar que cualquier comunicación y no sólo las de los condenados por delitos de terrorismo pueden ser intervenidas o suspendidas por orden de la autoridad judicial, pero ha de tratarse de una medida de carácter excepcional y debidamente motivada”*. JUANATEY DORADO, C. *Manual de Derecho Penitenciario*. Iustel. Madrid, 2.011. Pág. 186.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, mediante Auto de 19 de octubre de 2010, imputó al juez de instrucción que autorizó la intervención de las comunicaciones de los letrados con sus defendidos como presunto autor de los delitos de prevaricación y de uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales. En dicho Auto el Tribunal Supremo admite esta medida excepcional siguiendo la doctrina del T.E.D.H.: *“no cabe descartar supuestos extraordinarios en que concurran indicios sólidos de que se está instrumentalizando el derecho de defensa para planificar y perpetrar graves conductas delictivas, en cuyo caso habría que acudir también a medidas extraordinarias que atendieran al supuesto suscitado.”* (Entre otras, Sentencias de 30 de septiembre de 1985 (Caso Can contra Austria); de 20 de junio de 1988 (Caso Schönenberger y Dumaz contra Suiza); de 25 de marzo de 1992 (Caso Campbell contra Reino Unido); de 25 de marzo de 1998 (caso Kopp contra Suiza); y de 22 de abril de 2010 (Caso Radkov contra Bulgaria)). En fecha 9 de febrero de 2.012 la Sala Segunda dictó sentencia condenando al Juez de Instrucción que ordenó las escuchas.

política penitenciaria, al menos de manera directa, en el contexto de lucha antiterrorista⁷¹⁰.

En desarrollo legislativo de la Ley, el Reglamento de 1.981 estableció una regulación minuciosa del régimen penitenciario a aplicar en cada tipo de establecimiento, distinguiendo dos regímenes dentro del cerrado, el común y el especial. La norma 3ª del artículo 43 del Reglamento establecía que serían destinados a establecimientos de régimen cerrado a los penados clasificados en primer grado por su peligrosidad extrema, apreciada mediante valoración global de factores objetivos, mencionando entre estos “*la pertenencia a grupos u organizaciones de carácter delictivo.*”

Como hemos analizado al abordar el régimen penitenciario, ante la pervivencia de la situación de violencia, pese a la progresiva consolidación del Estado democrático de las autonomías, la denominada “*política penitenciaria*” se incluye dentro de la lucha antiterrorista en 1.987, año en el que, previa consulta con el colectivo de funcionarios de la Institución, se aplicó una medida generalizada de dispersión de internos de las bandas armadas E.T.A y GRAPO, siendo elemento clave la interpretación jurídica que se efectuó de lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Ley⁷¹¹.

⁷¹⁰ Como referencia histórica del momento debemos recordar que en el periodo en que surge la Ley Penitenciaria existía la impresión amplia de que el desarrollo constitucional a través de los Estatutos de autonomía conllevaría la resolución de este fenómeno terrorista surgido en un periodo dictatorial. Prueba de ello es que se llevaron a cabo las negociaciones entre Juan María Bandrés y Mario Onaindia –del lado de ETA político militar- y Juan José Rosón, Ministro del Interior del Gobierno de la UCD (desde mayo de 1.980 hasta octubre de 1.982), continuadas con posterioridad por el senador del PNV Joseba Azkarraga con el Gobierno socialista de Felipe González. Estas negociaciones se saldaron con la disolución de esta rama de la organización pero no con la desaparición del terrorismo como medio para la consecución de objetivos políticos.

⁷¹¹ SANZ MULAS considera que la política de dispersión constituye un impedimento importante al fin resocializador de la pena lo que vulnera en consecuencia el Art. 25.2 de la Constitución, “*que tampoco debe estar obligado a sufrir la excepcionalidad de su suspensión en virtud del mandato constitucional del Art. 55.2.* Rechaza el internamiento de los terroristas lejos de su domicilio habitual ya que supone una agravación encubierta del contenido de la prisión preventiva o de la pena y transgrede de forma notoria el principio de igualdad reconocido en el Art. 24 de la Constitución. SANZ MULAS, N. “*Especificidades en la aplicación del Derecho Penitenciario sobre presos terroristas*”. Nuevas Cuestiones penales. Editorial Constitución y Leyes (Cóllex). Madrid, 1.998. Págs. 183.

Este artículo⁷¹², junto con el precepto reglamentario (Art. 80) establece que la Dirección General de Instituciones Penitenciarias “*es el órgano competente para decidir con carácter ordinario o extraordinario la clasificación y destino de los reclusos en los distintos centros penitenciarios*” (en similares términos se establece en la disposición del Reglamento actual), competencia que fundamentó jurídicamente la política de dispersión iniciada por el Ministro de Justicia Múgica Herzog ocupando la Dirección General de la Institución Antoni Asunción Hernández.

La medida de alejamiento⁷¹³ fue completada por la concesión de beneficios penitenciarios a los internos dispuestos a abandonar el terrorismo (siguiendo el modelo establecido en Italia desde 1.979 referido al fomento del arrepentimiento de los miembros de la organización “Brigadas Rojas”). Como hemos analizado, en 1.988 se modificó el Código Penal promoviendo la colaboración de los penados por estos delitos a los efectos de extinción de la pena y la obtención de la libertad condicional⁷¹⁴.

La dispersión de los terroristas por los distintos establecimientos supuso la ruptura de la convivencia existente con anterioridad al intensificarse el

⁷¹² Que establece “*la ubicación de los establecimientos será fijada por la Administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados*”.

⁷¹³ Como una de las posibles que se han ido sucediendo para afrontar este tipo de delincuencia en el marco de la política criminal del Estado y que se ha aplicado con inteligencia. Así lo prueba el detallado análisis efectuado por uno de sus protagonistas (que va desde la concentración por razones prácticas en dos centros penitenciarios de los internos de ETA y GRAPO (Soria y Zamora) a su emplazamiento en Herrera, Puerto de Santa María, Alcalá Meco y Madrid Mujeres con vigilancia interior de las FCSE a su dispersión por todo el territorio nacional) Concluye la validez de la norma jurídica para incidir en este ámbito nuclear de la lucha antiterrorista. GARCÍA VALDÉS, C. *Del presidio a la prisión Modular*. Ópera Prima editorial. Madrid, 2.009. Págs. 62 a 65.

⁷¹⁴ BUESA BLANCO ha destacado que en la regulación jurídica del arrepentimiento como instrumento esencial para luchar contra el terrorismo tuvo mucha influencia la experiencia italiana, cuyos primeros pasos se produjeron en diciembre de 1.979 cuando se promulgó el Decreto-Ley de Medidas urgentes para la tutela del orden democrático y la seguridad pública, creando la figura de los arrepentidos (“*pentiti*”), perfeccionada por La Ley de Medidas para la Defensa del Ordenamiento Constitucional. En 1.987 al arrepentimiento se añadió la disociación, favoreciendo la concesión de beneficios penitenciarios aún sin existencia de colaboración con la justicia exigiéndose la admisión de las actividades terroristas desarrolladas y la demostración de comportamientos incompatibles con la subsistencia del vínculo asociativo con organizaciones terroristas y el repudio de la violencia política. En BUESA BLANCO, M. “*¿Reinsertar a los presos de ETA? Una crítica de la Política Penitenciaria Española*”. Cátedra de Economía del Terrorismo. Universidad Complutense de Madrid. Documento de Trabajo Nº 9. Madrid. Septiembre 2.010.

acoso a los profesionales penitenciarios por el Partido político que aglutinaba el entorno totalitario que justificaba e intentaba legitimar el uso de la violencia para la consecución de fines nacionalistas radicales. A esta provocación respondieron de manera ejemplar todos los empleados públicos de la Institución con escrupuloso respeto a la legalidad, sumándose al grupo de colectivos directamente afectados por la violencia terrorista y cuya abnegación y profesionalidad ha permitido consolidar en España un Estado democrático y de derecho pleno pese a las trágicas situaciones sufridas⁷¹⁵.

Con posterioridad, la L.O. 7/2003 afectó de forma sustancial a los condenados por estos delitos tanto en lo relativo al acceso al tercer grado de tratamiento y a la libertad condicional, estableciéndose una vinculación entre estas resoluciones y el rechazo a la violencia y a la pertenencia al grupo terrorista y sus fines, aspecto criticado por un sector de la doctrina penal al considerar que supone una vulneración de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 de la Constitución⁷¹⁶.

6.2.-Los autores de delitos de terrorismo en el Reglamento de 1.996

El Reglamento penitenciario vigente objetiva de forma detallada las circunstancias que deben concurrir para la aplicación del régimen cerrado. En el apartado c) del artículo 102.5 se establece que la *“pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina*

⁷¹⁵ Sirva como ejemplo el documento dirigido al director del Centro de Martutene (Guipúzcoa) por el dirigente de Herri Batasuna J. Idígoras donde señalaba a sus funcionarios como *“testigos excepcionales de un plan sistemático con los presos políticos vascos que pretende a corto plazo llevar a los presos y una degradación física y psíquica, con el objetivo último de conseguir que ellos renuncien a sus ideas y puedan ser utilizados como mercancía política en contra del Movimiento de Liberación Nacional Vasco.”* Se les acusaba de adoptar una *“postura activa y participativa en la represión acentuada contra los presos”*, por lo que concluye: *“cargos públicos y miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna les hacemos llegar esta misiva, para reiterarles nuestra voluntad de no abandonar jamás a nuestros presos políticos y emplazarles a Vds.- Sr. Director y funcionarios, a que respeten los derechos humanos que les asisten como ciudadanos y luchadores de una causa política”*. (firmado el 5 de julio de 1.989 por Herri Batasuna)

⁷¹⁶ CANO PAÑOS, M.A. *Régimen penitenciario de los terroristas en España: La prisión como arma para combatir a ETA*. Dykinson. Madrid, 2.012. Págs. 71-72.

interna de dichas organizaciones o bandas” determina la consideración de peligrosidad extrema y, por lo tanto, la clasificación en primer grado⁷¹⁷.

La regulación legal y reglamentaria fue complementada por la Circular 21/96 de 16 de diciembre, que reguló el Fichero de Internos de Especial Seguimiento y estableció la categoría “*F.I.E.S. 3 B.A. (Bandas Armadas)*” para la inclusión de personas preventivas o penadas por delitos de terrorismo o vinculación con banda armada, así como quienes apoyaran y/o colaboran con éstas.

Debemos destacar como gran novedad de este Reglamento que la clasificación en grado ha sido afectada con la introducción de un punto 2º en su artículo 100 que establece el llamado principio de flexibilidad, lo que supone la posibilidad de aplicar al interno técnicas o medidas propias de distintos grados y, por lo tanto, de diferentes regímenes. Esta medida constituye una herramienta jurídica adecuada en todos los supuestos y también en los condenados por esta delincuencia fanática al posibilitar una verdadera trayectoria regimental en función de los avances que se adviertan en el abandono de los postulados ideológicos y la asunción de las responsabilidades.

La aplicación de este precepto es propuesta por la Junta de Tratamiento de los Centros y su aprobación corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria⁷¹⁸. Esta disposición, en el ámbito de los internos pertenecientes a bandas armadas, ha sido aplicada por el Centro directivo en ocasiones puntuales previo cumplimiento de las siguientes condiciones:

⁷¹⁷ Es importante considerar la Recomendación R (82) 17 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, relativa a la detención y al tratamiento de los detenidos peligrosos que establece criterios restrictivos tanto en la aplicación de limitaciones en el status libertatis de los reclusos como en su contenido, proponiendo la compensación de los efectos negativos de las limitaciones con otras medidas de promoción de la salud y del desarrollo cultural y educativo de las personas a ellos sometidas, establecimiento igualmente su revisión periódica y una adecuación de los medios a los fines pretendidos.

⁷¹⁸ El Reglamento señala que “*con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico de cada prisión podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad*”.

condena expresa de la violencia terrorista, abandono de la organización en la que se integraban, petición de perdón a las víctimas y comienzo de la satisfacción de las responsabilidades civiles establecidas.

Un sector de la literatura ha considerado que este artículo 100.2 del Reglamento implica una rebaja sustancial de los requisitos que después de la reforma de 2.003 estableció el Código Penal para la concesión de la libertad, concluyendo que su aplicación es una vía para la extensión de la política penitenciaria a esta forma de delincuencia que se aparta de los límites legales establecidos en la actualidad⁷¹⁹. Por el contrario entendemos que, más allá de la posible aplicación a cualquier penado, la medida permite una mayor individualización de la intensidad de la ejecución penal a este colectivo de internos propiciando así su reinserción paulatina y pautada.

Es preciso subrayar la situación creada con el anuncio que la banda armada ETA realizó a las 19 horas del día jueves 20 de octubre de 2011 (a través de la página web del diario Gara), en un comunicado emitido en euskera y castellano, del abandono definitivo e incondicional de la lucha armada; situación que se mantiene hasta nuestros días y que implica el surgimiento de un nuevo contexto que debe ser gestionado políticamente en el que los aspectos penitenciarios alcanzan una dimensión preferente⁷²⁰.

En este escenario de ausencia de violencia, especial relevancia tiene la opinión manifestada por GARCÍA VALDÉS, que compartimos en su integridad, respecto al desarrollo de programas de intervención sobre internos pertenecientes a grupos terroristas y al eventual traslado de internos de E.T.A a centros del País Vasco, destacando la defensa que realiza de la utilidad que ha tenido la norma penitenciaria para propiciar la derrota del terrorismo y que posee para propiciar la reinserción social de los reclusos pertenecientes a esa banda armada. En concreto señala:

⁷¹⁹ BUESA, M. *¿Reinsertar a los presos de ETA. Una crítica de la política penitenciaria española*. Cátedra de Economía del Terrorismo. Universidad Complutense de Madrid. Documento de trabajo nº 9. Septiembre de 2.010.

⁷²⁰ Sobre la nueva situación creada: CUERDA RIEZU, A. *“La necesidad de modificar la normativa antiterrorista por motivos constitucionales, tras el fin de la actividad armada de ETA”*. VV.AA.: Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Ed. Constitutio Criminalis Carolina. Asturias, 2.013. Págs. 161 a 172.

“Técnicamente, la medida (de dispersión) se adopta en base a la propia legislación del ramo, que autoriza a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias a marcar el destino carcelario de los condenados, disponiendo su ubicación en el centro que tenga más conveniente a los efectos regimentales o tratamentales. Pero además, no puede olvidarse que el mismo Código Penal vigente también contribuye a la toma de una decisión al respecto, al permitir una mayor benignidad en la ejecución de un sistema penitenciario de por sí duro con los miembros de las organizaciones y grupos terroristas. Y así, de esta manera, si bien se impone el rigor más que razonable en la práctica del internamiento, con algunas de las características ya mencionadas (dispersión en los establecimientos, primer grado, supresión de permisos y otros beneficios generalizados, cuarenta años de cumplimiento máximo o imposibilidad de acceso a la libertad condicional extraordinaria), ambas disposiciones legales admiten la posibilidad de volver al régimen ordinario de ejecución si los penados se arrepienten y comienzan a devengar la responsabilidad civil a la que fueron sentenciados, requisito el primero de los mencionados inexcusable y plenamente razonable”.

“No cabe duda que los reclusos de estas organizaciones criminales se mantienen firmemente unidos en los centros carcelarios, sometidos a la clara vigilancia de los dirigentes que no permiten fáciles deserciones entre sus filas. Y que este control sigue siendo su fuerza, si bien muy mermada hacia el exterior por encontrarse precisamente encerrados. Esta es mi experiencia personal y este fue, esencialmente, el motivo de la denominada dispersión en las diversas prisiones del territorio nacional, lejos del País Vasco, cuando el número de etarras presos superó los seiscientos, para dividir, separar y, por qué no, clasificar mejor a los condenados, efectuándose lo mismo con todos los encarcelados por otros hechos de terrorismo como los islamistas o los Grapo.

La política penitenciaria es un aspecto más de la lucha contra esta gravísima delincuencia. Desde la transición, brutalmente golpeada por aquélla, se arbitraron mecanismos para su control y castigo. De una

primera etapa -de la que yo respondo- en que los presos de ETA se concentraron en la prisión de Soria y los de Grapo en la de Zamora, se pasó -lo que se mantiene en la actualidad- a un sistema de dispersión de los mismos en diferentes centros a lo largo de nuestra geografía, criterio sostenido por todos los Gobiernos de los últimos tiempos que sucedieron a los primeros de la UCD. La edificación de los nuevos establecimientos-tipo, de estructura modular, con departamentos cerrados, propició la elección del modelo que ha constituido un verdadero éxito desde el punto de vista del alejamiento de los reclusos de sus puntos de influencia y conflicto. La propia Ley General Penitenciaria de 1979 facultaba la decisión pues, por un lado, reservaba a tal Administración los traslados de presos y condenados y por el otro, no exigía imperativamente una u otra opción, es decir concentración o dispersión en los locales de encierro, quedando a la conveniencia del Centro Directivo.

Cuantas reformas posteriores a esta fundamental disposición se han efectuado, tanto del Código Penal cuanto de la norma de ejecución, inciden en la especial peligrosidad criminal y penitenciaria de los terroristas, destinándoles a centros cerrados de cumplimiento, suprimiendo cuantas ventajas ofrece la generosa legislación del ramo, como he dicho, en cuanto a clasificación, acceso al tercer grado o régimen abierto y a la libertad condicional. Pero del mismo modo que la legalidad vigente se muestra inflexible en líneas generales, inclinándose por el cumplimiento tajante de las sentencias, sin reducciones globales o automáticas, también existe un envés pues contempla la posibilidad del acortamiento, vía beneficios, de las condenas firmes en los supuestos de arrepentimiento expreso de los autores, matiz de sumo interés que se recoge en nuestras leyes a partir de la 7/2003, arrepentimiento activo que comporta, entre otros requisitos, el rechazo del delito cometido y su reconocimiento, el facilitar a las autoridades su persecución y pedir perdón a las víctimas.

Esta senda es la que parece haber tomado el Gobierno en determinados casos y no entiendo que sea radicalmente desacertada por diversos motivos. En primer lugar, porque la misma normativa legal que impone el merecido

rigor también contempla la posible excepción, que no fue contestada entonces ni parlamentaria ni popularmente. En segundo término, porque la separación entre esta categoría de reclusos, considerando a unos recalcitrantes, que descontarán su pena prácticamente en su integridad, y a otros susceptibles de concretas ventajas, hace daño sin dudar a la banda, faculta la descoordinación entre sus miembros e impide el férreo control de los dirigentes. En tercer lugar, porque nada se opone a entender que la privación de libertad, incluso en estos supuestos de delincuencia extrema y con determinados requisitos marcados previa y legalmente, no esté fundamentalmente dirigida hacia la reinserción y readaptación social, como dicen los textos constitucionales y penitenciarios, cuando aquélla aparece como posible y, por fin, en último término, si tales medidas de suavización del régimen carcelario se acuerdan, lo han de ser muy meditadas, exigiéndose la realización de la totalidad de los criterios legales y de manera individualizada para cada interno, comprobada uno a uno la verdad del repudio a la violencia alegado, base del beneficio que se va a otorgar.

... Como Director General tuve presos a los etarras, sufrí un atentado de los Grapo y he asistido a muchos entierros. Pero con la misma autoridad puedo decir que cuanto contribuya a la derrota absoluta y definitiva, con garantías, de las organizaciones terroristas, sin deberles nada, es aceptable como medio razonable de política criminal”⁷²¹.

En este contexto de ausencia de violencia terrorista procedente de grupos autóctonos que parece haberse consolidado tiene especial interés la descripción de la experiencia alemana que describió hace 20 años SCHÜLER-SPRINGORUM respecto al trato aplicado a los integrantes de la RAF (Rote-Armee-Fraktion), uno de los numerosos grupos que actuaban en Europa en los años 70-80 del Siglo pasado. Analiza los efectos que sobre los condenados por este tipo de delitos produce el prolongado encarcelamiento y las dificultades para proceder a su excarcelación en aplicación de las

⁷²¹ GARCÍA VALDÉS, C. “Los presos terroristas y la “Vía Nanclares””. Revista Cuarto Poder. Edición digital de fecha 2 agosto 2.012 (www.cuartopoder.es)

medidas legalmente establecidas que concreta en tres aspectos: 1.- Un cumplimiento severo de la custodia contribuye, per se, a perpetuar mutuamente (funcionario como representante del Estado/interno) las imágenes de antagonismo. 2.- Difícil credibilidad de las manifestaciones que realice el terrorista respecto al cambio de sus convicciones políticas por presumirse responden a motivaciones oportunistas o hipócritas. 3.- La legislación prevé que incluso tras el cumplimiento del periodo mínimo de prisión en supuestos de cadena perpetua (15 años) y emitiéndose un pronóstico favorable de inserción, cabe la posibilidad, considerando la especial gravedad de la culpa, que se cumpla el resto de la condena (considera paradójico considerar que debido al desarrollo experimentado durante la ejecución de la pena, es totalmente posible su puesta en libertad, pero que todavía no ha sido suficientemente castigado)⁷²².

6.3.- Las llamadas “doctrina Parot” y “doctrina Urrusolo”

La Sentencia del Tribunal Supremo 197/2.006 de 28 de febrero, introdujo una novedosa interpretación en el régimen de cumplimiento de las penas de prisión conforme a las disposiciones del Código Penal de 1.973 que ha afectado a un grupo de internos penados por la comisión de varios delitos de extrema gravedad y sentenciados en distintos procesos.

Tomando el nombre del miembro de la banda armada ETA al que afectó en primer lugar, se estableció un criterio para la aplicación de los beneficios penitenciarios contemplados en las Secciones 4ª y 5ª del Capítulo V del Título III del Libro I del CP de 1973 (en concreto el de la libertad condicional) respecto a aquéllos condenados a diversas penas privativas de libertad susceptibles de verse afectadas por el límite máximo de cumplimiento previsto en la regla 2ª del art. 70 del citado Código derogado por el actual.

⁷²² SCHÜLER-SPRINGORUM, H. “*Régimen penitenciario y prognosis de libertad de terroristas violentos*”. Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Nº 8. San Sebastián, 1.994. Págs. 201 a 214.

La cuestión se planteó con la interpretación que debe hacerse del Art. 100 en relación con el Art. 70 de aquel Código; a saber, si los beneficios penitenciarios que reducen la duración de las penas privativas de libertad son aplicables teniendo en cuenta ese límite máximo de cumplimiento, o por el contrario, deben computarse a cada una de las distintas penas impuestas que se encuentre cumpliendo el reo y por el orden de su respectiva gravedad.

Como explican FERNÁNDEZ ARÉVALO y NISTAL BURÓN⁷²³, al analizar los antecedentes de la situación, a la figura jurídica establecida en el artículo 193 del vigente Reglamento penitenciario de “*la refundición material de condenas*” (que consiste en supuestos de segundas y sucesivas responsabilidades en cuyo caso el cómputo inicial respectivo se enlaza como siguiente al día del término de la responsabilidad precedente) el tiempo de cumplimiento en supuestos de pluralidad delictiva puede verse reducido a un máximo de cumplimiento equivalente a la cifra más grave de una alternativa: el triplo de la más graves de las penas impuestas o un límite legal de 30 años (CP 1973) o variable conforme al Código de 1.995 (20 años como límite general o 25, 30 o 40 años como límites especiales). Conforme estableció de forma indubitable la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1.994, el límite de cumplimiento establecido opera ya como una nueva pena, resultante y autónoma y a ella deben los beneficios otorgados por la Ley como son la libertad condicional y la redención de penas.

Este es el criterio jurisprudencial que se modifica por Sentencia del Tribunal Supremo 197/2.006, de 28 de febrero y que constituye el inicio de lo que se ha venido a considerar “la doctrina Parot”). Según establece el párrafo 2º del razonamiento jurídico 4º de esta novedosa Sentencia (que contó con tres votos particulares discrepantes), se resolvió así:

“La forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las

⁷²³ FERNANDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J. “*Doctrina Parot y asunto Del Río Prada: consecuencias en nuestro sistema de ejecución de penas*”. La Ley Penal Nº 110. 2.014.

penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del Art. 70 del Código Penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante”.

Desde este momento poseemos una interpretación del Alto Tribunal que estableció un criterio distinto para el cumplimiento de penas impuestas por la comisión de delitos de forma reiterada, que pretendía paliar las consecuencias prácticas y no siempre comprensibles de las refundiciones de condenas autorizadas con anterioridad.

Con los principios establecidos se reforzó la función retributiva de la pena en línea con la demanda social existente. Desde el punto de vista práctico este criterio jurisprudencial sirvió para detener y postergar la excarcelación de destacados integrantes de la banda armada ETA y de un número de internos relativamente elevado, autores de múltiples delitos execrables de gran trascendencia que conmocionaron a la opinión pública española.

Tras agotar las vías judiciales nacionales, la doctrina se vio sometida a consideración por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (apelación número 42750/09) en el caso de del Río Prada versus España. El TEDH admitió una violación del Artículo 7 (“*no hay castigo sin ley*”) y del Artículo 5, párrafo 1 (“*derecho a la libertad y seguridad*”) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Resolución del TEDH señala que, aunque las medidas relativas a la ejecución de las sentencias no forman parte, en principio, de la pena, el Tribunal Supremo tuvo la obligación de examinar si una medida concreta equivalía a una “pena” a los efectos de lo previsto en el artículo 7 del Convenio. Se trata de determinar si en la época en que la demandante cometió los delitos y en el que se tomaron las decisiones de establecer las penas a imponer conforme a la legislación vigente en aquel momento y a la jurisprudencia existente para

su cumplimiento tuvo información precisa para comprender el alcance de la condena y su modalidad de ejecución, sin que pudiera prever que el método para calcular la redención de pena sería objeto de un cambio interpretativo que arrojaba dudas respecto a la fecha de su puesta en libertad. En la medida en que la nueva interpretación retrasa su excarcelación en casi nueve años, el Tribunal Europeo entendió que se afectó no solo a la ejecución de la condena sino que también tuvo una repercusión decisiva en el alcance del “castigo”, según el significado del Artículo 7.

Tras diversos pronunciamientos respecto a otros penados emanados del Pleno del Tribunal Constitucional (Sentencias 39/2.012, de 29 de marzo, 40/2.012, de 29 de marzo y 58/2.012, de 29 de marzo) que denegaban el amparo solicitado por vulneración de los principios de legalidad, la irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, la seguridad jurídica y el derecho fundamental a la libertad y del Tribunal Supremo que ratificaron esta doctrina, la Gran Cámara del Tribunal Europeo, examinó esta cuestión el 20 de marzo de 2.013 conforme lo dispuesto en los artículos 43 y 44 del Convenio⁷²⁴.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo han reiterado que al computar la redención de pena sobre cada una de las condenas acumuladas no se vulnera la finalidad de reinserción social que la Constitución señala para la pena de cárcel. Este precepto constitucional, dice el Supremo, “*no constituye un derecho fundamental de la persona que cumple pena de prisión, sino simplemente un mandato constitucional dirigido al legislador*”

⁷²⁴ Debemos destacar la intervención de los representantes del Gobierno Español en la vista (Jaime Requena, Francisco Sanza Gandásegui, Isaac Salama (Abogado del Estado) y Javier Nistal, técnico de la Institución Penitenciaria y ponente del actual Reglamento Penitenciario). Bajo el alegato *¿es igual un asesinato que 132?* se defendió que todos los Códigos Penales de España y hasta el vigente han especificado que las múltiples penas deben cumplirse sucesivamente y por orden de gravedad hasta llegar a un límite máximo y que llegado este y sólo entonces se dejan de extinguir todas las penas que quedan por cumplir. Bajo este principio general del cumplimiento de las penas, la forma de computar el abono de la redención de penas por el trabajo que corresponda forma parte de la ejecución y no de la determinación de la pena a imponer. En consecuencia, las modificaciones interpretativas no constituyen la imposición de una pena más grave sino las condiciones del cumplimiento de las existentes. Finalmente se señaló por Sanza Gandásegui que, de ratificarse el criterio del Tribunal, podrían quedar en libertad 54 terroristas de ETA, 7 terroristas del GRAPO, uno del GAL y los 37 condenados más peligrosos sin cumplir sus penas.

que consigna uno de los objetivos de la prisión, reinsertar al condenado, pero no el único. Además la nueva interpretación no ha modificado la ley vigente, aplicándola de manera retroactiva, dado que de ella no se deduce una pena mayor para los que fueron condenados antes de su formulación. No se han cambiado los beneficios penitenciarios sino únicamente la forma de contabilizar la redención de penas. De esta forma, el límite máximo de privación efectiva de libertad resultante de la acumulación en ningún caso debe ser considerado como una nueva pena que sustituya las anteriormente impuestas por los órganos jurisdiccionales sentenciadores ya que *“una pena nueva es la que se impone al acusado por un tribunal de justicia o un juez penal en una sentencia”*.

Como el límite máximo de cumplimiento de condena no es una pena, ningún beneficio penitenciario puede repercutir en el mismo y las diversas penas acumuladas o impuestas en un solo proceso deben cumplirse sucesivamente por su orden de gravedad hasta el límite máximo establecido en la sentencia, por lo que *“ninguna duda cabe de que los beneficios y redenciones de los que se haya hecho acreedor el reo deberán ser aplicados a dichas penas que el penado esté cumpliendo”*.

Finalmente, el 21 de octubre de 2.013 se hizo pública la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo que desestima el recurso interpuesto por el Estado español señalando:

“116. El Tribunal estima, finalmente, que las consideraciones de política criminal en que se apoya el Tribunal Supremo no bastan para justificar semejante giro jurisprudencial. Si el Tribunal reconoce que el Tribunal Supremo no ha hecho una aplicación retroactiva de la ley 7/2003 que conlleva la modificación del Código Penal, no es menos cierto que los motivos de la sentencia del Tribunal Supremo hacen aparecer un objetivo que es el mismo que el de la ley mencionada. El Tribunal recuerda que esta ley tenía la finalidad de garantizar el cumplimiento íntegro y efectivo de la pena máxima a cumplir por las personas condenadas a largas penas de prisión. A este respecto, si el Tribunal admite que los Gobiernos tienen libertad para modificar su política criminal, en particular reforzando la represión de los crímenes y delitos, no es menos cierto que deben respetar

al hacerlo las reglas establecidas en el artículo 7. Sobre este punto, el Tribunal recuerda que el artículo 7 del Convenio prohíbe de forma absoluta la aplicación retroactiva del derecho penal cuando resulte desfavorable para el interesado.

117. A la vista de cuanto precede, el Tribunal estima que en el momento en que se han dictado las condenas de la demandante y en el que la misma ha recibido la notificación de la resolución de la acumulación y límite máximo, nada indicaba la existencia de una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia que fuera en el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006. La demandante no podía por tanto esperar el giro efectuado por el Tribunal Supremo ni, en consecuencia que la Audiencia Nacional computara las redenciones de pena concedidas, no sobre la pena máxima de treinta años, sino sucesivamente sobre cada una de las penas dictadas. Como ha constatado el Tribunal anteriormente, este giro jurisprudencial ha tenido como efecto la modificación, de forma desfavorable para la demandante, del alcance de la pena impuesta.

118. De donde se desprende que ha habido violación del artículo 7 del Convenio”.

Entendemos que más allá de esta resolución definitiva, cuya causa última puede estar en la imprevisión del legislador respecto a los efectos del mantenimiento de la redención de penas por el trabajo hasta 1.996 y el acortamiento sustancial de las condenas que conllevaba⁷²⁵, es preciso considerar las exigencias de las víctimas en general y del terrorismo en concreto en orden no ser sometidas a situaciones humillantes que impidan completar su duelo o deterioren la percepción del apoyo de la sociedad totalmente imprescindible. Se trata, en suma de responder al crimen abyecto solamente con ley, pero con toda la ley y desde el Estado de derecho, aspecto que ha quedado consolidado con el cumplimiento estricto e

⁷²⁵ VIVES ANTÓN, T.S. y CUERDA ARNAU, M.L. “La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español: el caso Parot como paradigma”. VV.AA.: Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Ed. Constitutio Criminalis Carolina. Oviedo, 2.013. Págs. 747 a 775. DÍAZ GÓMEZ, A. “La doctrina Parot y sus aspectos legales y constitucionales: a propósito de la sentencia de 21 de octubre de 2.013 del TEDH”. Revista General de Derecho Penal número 20. Noviembre 2.013. Ed. Iustel. Madrid, 2.013.

inmediato de la sentencia de la Gran Sala que ha sido ejecutada, pese a carecer de efectos “erga omnes”, bajo el criterio de aplicabilidad a todos los supuestos o situaciones idénticas⁷²⁶.

Esta aplicación a todos los supuestos equiparables se ha llevado a cabo tras acuerdo de Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 12 de noviembre del mismo año en el que también se pone de relieve la ausencia de un cauce adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del Tribunal Europeo e insta al Poder legislativo su regulación con la necesaria claridad y precisión⁷²⁷.

Otro aspecto relevante en el cumplimiento de las condenas impuestas por delitos de terrorismo se produce, inicialmente, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2.014, de 13 de marzo⁷²⁸, que recoge la posibilidad de acumular jurídicamente condenas impuestas por tribunales de la Unión europea con aquellas establecidas por los nacionales. Nos referimos en concreto a integrantes de la banda armada ETA que cumplieron o cumplen condena también en Francia. Esta doctrina ha recibido la denominación en los medios de comunicación de “*doctrina Urrusolo*” al haberse aplicado a este condenado por delito de terrorismo⁷²⁹.

El Tribunal Supremo estima parcialmente un recurso de casación interpuesto contra un auto de la Audiencia Nacional que rechazaba incluir en una acumulación de condenas una pena ya cumplida en Francia e impuesta por un Tribunal de aquel país. La Audiencia Nacional había

⁷²⁶ El contenido de su Sentencia y su ejecución en cumplimiento de lo previsto en el Artículo 46 del Convenio Europeo ha suscitado numerosos artículos doctrinales de hondo calado asumiendo sus argumentos o manteniendo las reservas a los mismos. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. “*El final de la “doctrina Parot”*”. Diario “*El País*”. 22 de octubre de 2.013 y Diario del Derecho Iustel de igual fecha. SÁNCHEZ MELGAR, J. “*No hubo irretroactividad*”. Diario El Mundo de 26 de octubre de 2.013 y Diario de Derecho Iustel de 28 de octubre de 2.013.

⁷²⁷ El día 22 de octubre de 2.014 la Sala de lo Penal del T.S. acordó que el cauce adecuado para hacer cumplir en España las Sentencias del TEDH mientras no exista una regulación expresa al respecto debe ser el recurso de revisión. Por unanimidad se acordó que “*en tanto no exista en el Ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal*” se da por bueno el recurso de revisión que se regula en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que cumple ese cometido. Iustel, Diario del Derecho de 22 de octubre de 2.014.

⁷²⁸ La Sentencia 186/2014 del T.S. ha sido denominada como “*doctrina Urrusolo*”, debido al nombre del recurrente en casación, que cumplió condena en Francia y posteriormente fue extraditado a España, permaneciendo encarcelado en nuestro país.

⁷²⁹ Entre otros medios: El País de 5 de diciembre de 2.014

argumentado que, al tratarse de hechos ocurridos unos en Francia y otros en España, no hubieran podido ser objeto del mismo proceso al ocurrir en territorios nacionales distintos, sometidos a la soberanía de países diferentes. Por el contrario se muestra favorable a la posibilidad de incluir dentro de la acumulación sentencias que, dada las fechas de los hechos y de la condena, cumplan los requisitos del artículo 988 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo tanto, no constituye un límite a la posibilidad de acumulación el que una sentencia haya sido dictada por otro Estado de la Unión Europea.

Dice la Sentencia 186/2014 del Tribunal Supremo (Fundamento de Derecho primero):

“La doctrina de esta Sala ha establecido que para que proceda la acumulación de condenas sólo se requiere que entre los hechos exista una determinada conexión cronológica, la cual se apreciará siempre que los delitos sancionados hubieran podido ser enjuiciados en un solo proceso, teniendo en cuenta las fechas de las sentencias dictadas y las de comisión de los hechos enjuiciados en las mismas, de manera que no se transforme en una exclusión de la punibilidad abierta para todo delito posterior. En consecuencia, se debe excluir la acumulación cuando los hechos de la sentencia que se pretende incluir en la acumulación ocurrieron con posterioridad al dictado de las anteriores”.

El Supremo rebate las dos razones que pudieron tenerse en cuenta para denegar la acumulación solicitada a la Audiencia Nacional:

1.- Que la pena cuya acumulación se pretende ya estaría cumplida en su totalidad. Para ello establece:

“(…) esta Sala se ha mostrado favorable a la posibilidad de incluir dentro de la acumulación aquellas sentencias que, dadas la fecha de los hechos y la de la condena, cumplieran los requisitos derivados del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aun cuando, por las vicisitudes del proceso las penas ya hubieran sido cumplidas en su integridad. Así se recoge en la STS nº 434/2013, de 23 de mayo, en la que se decía que no obsta “...a la acumulación el hecho de que las condenas hubieran quedado

ya extinguidas, pues el incidente de acumulación no puede quedar condicionado al azar de una tramitación procesal más o menos rápida, aspecto ajeno a la conducta del sujeto y del que no debe resultarle perjuicio. En conclusión, no han de excluirse las condenas ya cumplidas, y ello porque el propio Código Penal establece que cuando todas o alguna de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo”.

2.- Que una de las sentencias no había sido dictada por un tribunal español, lo que pudiera colisionar con la exigencia de que todos los hechos hubieran podido enjuiciarse en un solo proceso.

La Sentencia se apoya tanto en la existencia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (y de una normativa comunitaria), así como en un precedente del propio tribunal, el de la STS nº 1129/2000, de 27 de junio en el que se afirmó *“Las reglas contenidas en los Arts. 70 CP 1973 y 76 CP pueden en principio ser aplicadas tanto a sentencias nacionales como extranjeras .Se trataba de un caso en el que la sentencia impuesta en el extranjero (Tailandia) debía ser cumplida en España junto con otras impuestas por tribunales españoles, por lo que se consideró que eran aplicables las normas del Tratado Hispano-Tailandés en materia de cooperación para la ejecución de sentencias, especialmente el artículo 5, según el cual “la ejecución de la pena de un delincuente trasladado se llevará a cabo según las leyes y reglamentos del Estado receptor, incluso en lo que afecta a (...) cuantas disposiciones afecten la reducción de la duración de la detención o de la pena privativa de la libertad por medio de la libertad condicional o de cualquier otro modo.*

Se trataba, pues, de un supuesto diferente. Pero, no obstante, esta Sala no encontró, entonces, obstáculos para la acumulación derivados del hecho de que las condenas hubieran sido impuestas por tribunales de distintos países, y argumentó que debía comprobarse si los hechos hubieran podido enjuiciarse en un mismo proceso atendiendo a las fechas de comisión y a las fechas de las sentencias que se pretendía acumular, pues “lo que la

norma quiere evitar es que se puedan refundir condenas, de tal manera que el condenado en un proceso pueda aprovechar las condenas anteriores para disminuir las penas de hechos que comete luego de una sentencia condenatoria”, sin que se fuera decisivo en aquel caso si los tribunales españoles habían tenido jurisdicción para enjuiciar los hechos por los que había sido condenado en Tailandia, dados los términos del Tratado.

Aunque en la resolución de la cuestión que en aquella ocasión se planteaba, tales consideraciones pudieran ser consideradas obiter dicta y no ratio decidendi, la posición sostenida en aquella sentencia, en cuanto no suprimía la posibilidad de acumular sentencias dictadas por un Tribunal no español, resulta más conforme con la existencia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que implica, de alguna forma, una distinta consideración de algunos aspectos relacionados con el ejercicio de la soberanía”.

La sentencia del Supremo acoge la existencia de la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo de la Unión Europea, de 24 de julio de 2008, cuyo objetivo era establecer una obligación mínima para los Estados miembros al objeto de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados, obligación que debía cumplir “a más tardar el 15 de agosto de 2010”. Su artículo 3 dispone lo siguiente:

“1. Cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes, sobre las cuales se haya obtenido información a través de los instrumentos de asistencia judicial aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales, en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional.2. El apartado 1 se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento

aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución”.

En la medida en España no ha dado cumplimiento a la obligación contenida en la citada Decisión marco, el T.S considera:

“(…) en ausencia de normas que regulen expresamente la materia de una forma terminante, la interpretación de las vigentes debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de una normativa europea, cuya incorporación al ordenamiento interno es una obligación contraída por el Estado español como miembro de la Unión Europea.

En consecuencia, nada impide considerar la sentencia dictada en Francia a los efectos de la acumulación”.

Hay que destacar que el propio Tribunal Supremo, el 18 de diciembre de 2002, en Sentencia 2117/2002, había estudiado un caso similar en el que otro interno reclamaba que se le acumulara una condena que había cumplido en Francia a otra impuesta en una sentencia española. En aquella ocasión nuestro alto Tribunal decidió que no procedía acumular las dos condenas alegando que *“esos distintos hechos, los realizados en España y los de Francia, en modo alguno pudieron ser objeto del mismo proceso, por haber ocurrido en territorios nacionales distintos, es decir, sometidos a la soberanía de diferentes estados y por tanto, enjuiciados por jurisdicciones nacionales diferentes”.*

En la sentencia 186/2014 el Supremo justifica este cambio de criterio precisamente en la Decisión Marco 2008/675/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de julio de 2008, dado que fue posterior a aquella primera Sentencia de 18 de diciembre de 2002.

La Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, ha procedido a incorporar la Decisión Marco señalada que consagra el principio de equivalencia de las sentencias dictadas en la Unión Europea mediante su toma en consideración en procesos derivados de la comisión de nuevos delitos lo que implica que las sentencias dictadas en otro Estado miembro debe ser tenida en cuenta

tanto durante el proceso, como en la fase previa al mismo y en la de ejecución de la sentencia. Este principio general se completa, en aras a la seguridad jurídica, de las situaciones en las que estas condenas no pueden ser tomadas en consideración (revisión de las condenas que ya hubieran sido impuestas con anterioridad en España o de las resoluciones dictadas para dar inicio a su ejecución; condenas que eventualmente se impongan con posterioridad en España por delitos que se hubieran cometido antes de que se hubiera impuesto la condena anterior por el otro Estado miembro y en relación con las resoluciones sobre fijación de los límites de cumplimiento de la pena que se dicten conforme al artículo 988 de la L.E.Cr. cuando incluyan alguna de estas condenas). La Disposición adicional única de la Ley Orgánica establece “*En ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2.010*”.

La entrada en vigor de esta Ley Orgánica el día 3 de diciembre de 2.014 ha dado lugar a la realización de nuevos cálculos de las penas de internos cuyas penas impuestas por tribunales europeos ya fueron cumplidas a los efectos de establecer los límites previstos en el ordenamiento jurídico como si hubieran sido impuestas por tribunales nacionales.

El día 13 de enero de 2.015 y por una mayoría de seis a tres, el Pleno de la Sala ha desestimado el recurso de un recluso que reclamaba que se tuviera en cuenta el tiempo de condena cumplido en Francia. Nos hallamos así ante otra controversia jurídica con amplias consecuencias prácticas en el cumplimiento de penas que afecta directamente a la realidad penitenciaria española.

7.- EL FICHERO DE INTERNOS DE ESPECIAL SEGUIMIENTO (F.I.E.S.)

Especial importancia en términos jurídicos tuvo la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 8/1.995, de 28 de febrero, refundida después en la 21/1.996, de 16 de diciembre, por el que se creó el Fichero de Internos de Especial Vigilancia, dando lugar a la categoría de “*internos F.I.E.S.*”.

Esta Instrucción, origen de numerosas resoluciones judiciales, se enmarca dentro del conjunto de actuaciones del Ejecutivo para dar respuesta a la delincuencia organizada y terrorista y para reforzar la seguridad interior de las prisiones mediante el incremento del conocimiento, la vigilancia y el control de elementos considerados peligrosos. Afecta a internos que pasan a ser clasificados en diversas categorías basadas en otros factores distintos a los que establece la Ley y el Reglamento. Así, el grupo FIES 1 se aplica a los considerados especialmente conflictivos y peligrosos por haber protagonizado alteraciones regimentales muy graves dentro del centro o en los traslados, poniendo en peligro la vida o la integridad de funcionarios, autoridades, otros internos o personal ajeno a la Institución. En el grupo FIES 2 (“delincuencia organizada”) se engloban personas condenadas o procesadas por pertenencia o colaboración con organizaciones delictivas nacionales o extranjeras cuya finalidad fuera la de obtener beneficios económicos. En el grupo FIES-3 (“Bandas armadas”) a todos los internos relacionados con delitos de terrorismo o pertenencia a bandas armadas. En el grupo FIES 4 se incluyen a los reclusos que hubieran sido miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o de Instituciones penitenciarias. Finalmente, en el grupo FIES 5 se consideran diversos tipos de presos con características concretas (como su vinculación a la delincuencia común de tipo internacional, autores de delitos muy graves que hubieran generado alarma social, reclusos pertenecientes o vinculados a grupos violentos de carácter racista o xenófobo, internos que, sin estar

procesados o condenados por terrorismo islamista destaquen por su fanatismo radical afín a su ideario y por liderar o integrar grupos de presión o captación en los establecimientos carcelarios, también a aquellos internos condenados por el Tribunal Penal Internacional y los que colaboraron con la justicia para actuar contra bandas terroristas u organizaciones criminales)⁷³⁰. Cada grupo conlleva la asignación de uno de los tres niveles previstos (superior, medio o inferior) en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto⁷³¹.

El fichero recopila, almacena y trata datos de filiación, penales, procesales y penitenciarios, incidencias protagonizadas durante su estancia en prisión y relaciones mantenidas con el exterior. En la práctica, supuso una

⁷³⁰ El Ministro del Interior español, en la reunión del Consejo de Ministros de Justicia y de Asuntos de Interior de la Unión europea celebrada en Luxemburgo el 7 de junio de 2.013 propuso que se tipifique como delito el adiestramiento pasivo para actividades terroristas. En opinión de Fernández Díaz, *"La legislación tiene que adaptarse a esa nueva realidad para que los Estados tengamos instrumentos jurídico-legales adecuados para luchar frente a esa amenaza de terrorismo, fundamentalmente de carácter internacional o yihadista y esa manifestación también de los llamados lobos solitarios"* *"Es preciso que la definición de terrorismo de la UE incluya no sólo a los que adoctrinan acerca de la comisión de delitos, sino también a los receptores pasivos de la formación, bien sea en centros de culto, bien sea en las prisiones, bien sea a través de la red, bien sea en campos de entrenamiento en el extranjero en zonas de conflicto, Yemen, Somalia, ahora en Siria"*. Iustel. Diario de Derecho. Edición digital de 10 de junio de 2.013. ISSN 2254-1438. Se tipificarían supuestos como aquellos en los que la Audiencia Nacional condenó a varios extranjeros que entre 2002 y 2004 constituyeron en varias prisiones y algunas poblaciones de Levante un entramado de grupos *yihadistas* que se preparaban para dar el salto a la violencia y que la intervención preventiva de la Policía impidió que cometieran atentados entre los que se encontraba la voladura de la sede de la Audiencia (Sentencia Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 27 de febrero de 2.008). Quince de los condenados en esta "operación Nova" fueron absueltos porque no cumplían los criterios mínimos para ser considerados miembros de una organización terrorista. La sentencia les definió como *"radicales e integristas que mantienen contactos con otros extremistas, conocen a miembros del grupo terrorista e incluso son personas a vigilar con cuidado por la Policía"*, no siendo condenados porque no había pruebas de que hubieran tomado la decisión de pasar de las palabras a los hechos. *"La coincidencia ideológica con otras personas, aunque sea en ideas violentas, y la relación entre ellos no acredita por sí misma la pertenencia a organización terrorista, siendo indispensable que sus miembros hayan pasado del pensamiento a la acción mediante la violencia y el terror"*. (STS 618/2.008, de 7 de octubre). La L.O. 2/2.015, de 30 de marzo, ha modificado el Código Penal en materia de delitos de terrorismo al objeto de dar respuesta desde el Estado de derecho a esta amenaza emergente que causa honda preocupación en la comunidad internacional.

⁷³¹ MIR PUIG, C. *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Atelier. Barcelona, 2011. Págs. 57-58.

catalogación específica que determina la toma de decisiones sobre los mismos que condicionaban todos los aspectos de su estancia en prisión.

Respecto a la legalidad de esta Instrucción, diversos Juzgados de Vigilancia y otros órganos judiciales se pronunciaron en numerosas ocasiones⁷³². Especial relevancia tuvo el Auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de enero de 2.002, resolviendo la petición de un interno de ser excluido del fichero FIES. En este Auto se señaló:

“Resulta justificada la creación de esos archivos ...pues no puede negarse a la Administración Penitenciaria el establecimiento de mecanismos-contemplados en el ordenamiento jurídico- para hacer frente a cualquier eventualidad en el ejercicio de sus competencias, y es evidente la existencia de internos especialmente peligrosos y conflictivos cuyas conexiones requieren la utilización de técnicas informáticas modernas con el fin de contrarrestar la cada vez mayor organización de grupos de delincuentes con notorios intereses en el ámbito penitenciario”.

Reconocida la legalidad de la medida, se analiza como cuestión distinta la posible repercusión en el régimen penitenciario de la inclusión de un interno en el fichero. El Auto señalado alude a la integración de la Circular entre los denominados *“reglamentos administrativos o de organización”*, dictados en el marco de relaciones de *“supremacía especial”*, en los que la Administración tiene un mayor poder de disposición. Así,

“La potestad de auto-disposición que la Administración ejercita al operar sobre su propia organización (y derivativamente sobre quienes con la misma están conectados) se traduce en una libertad muy amplia en dicho ejercicio, aunque no exenta de las limitaciones propias del poder reglamentario: jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad, irretroactividad, inderogabilidad singular”.

El Auto estima que la inclusión en este fichero no constituye, per se, restricción alguna de los derechos penitenciarios al tratarse de una mera

⁷³² MIR PUIG, C. *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Atelier. Barcelona, 2011. Págs. 57-58.

constatación de hechos pasados y las realizadas con carácter previo a la adopción de resoluciones sobre el interno por parte de la Administración, máxime cuando todas las medidas y acuerdos a los que se someta al recluso pueden ser combatidas a través de los medios ordinariamente establecidos⁷³³.

Se entendió que el fichero FIES no puede considerarse ilegal al tener su fundamento en la Ley de Protección de Datos, (sobre lo que la jurisdicción penitenciaria no tiene ningún papel que desempeñar al tratarse de una cuestión en sí misma ajena a sus competencias), y gozaba de la cobertura legal que ofrecía el artículo 6.1 del Reglamento penitenciario⁷³⁴, por lo que no se vulneraría ningún derecho fundamental ni del ámbito penitenciario.

Otras resoluciones judiciales, salvando la legalidad de la inclusión en el fichero por parte de la Administración, estimaron quejas sobre aspectos regimentales establecidos al amparo de esta importante Circular que condicionó la actuación con estos colectivos de reclusos desde la década de los noventa del Siglo XX. Con este planteamiento entendemos que la recopilación y tratamiento de los datos personales recogidos se ajusta al ordenamiento jurídico de forma indudable, no siendo admisible que de esta inclusión puedan derivarse consecuencia alguna desde el punto de vista regimental o tratamental ni motivar, por sí solo, la adopción de medidas y resoluciones restrictivas de los derechos de los afectados o que se proyecten sobre sus legítimas expectativas durante el cumplimiento de la pena.

Manteniendo esta doctrina, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esta materia en Sentencia de 17 de marzo de 2.009. Aplicando de forma actualizada la doctrina de la supremacía especial y valorando que en este marco relacional la Administración tiene un mayor poder de disposición sobre el administrado y, por lo tanto, unas

⁷³³Sobre el Régimen FIES: NISTAL BURÓN, J. “*Clasificación de los Internos. Especial referencia a los FIES*”. Derecho y Prisiones Hoy. Coord. De LEÓN VILLALBA, F.J. Colección Estudios Nº 93. Ediciones Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2.003. Págs. 81 a 120.

⁷³⁴ Capítulo III (“*Protección de los datos de carácter personal de los ficheros penitenciarios*”) del Título I del Reglamento Penitenciario de 1.996.

obligaciones especiales, acordó que el apartado de la Circular por el que se establecían derechos y deberes a los internos era nulo de pleno derecho, pues no tenía la consideración de fuente normativa al carecer de las garantías de elaboración de las disposiciones jurídicas y de la imprescindible publicidad inherente a ello. En consecuencia, al tratarse la circular de un instrumento jurídicamente inidóneo para regular derechos y deberes y por adentrarse en aspectos que trascienden la mera unificación de criterios interpretativos de la norma a aplicar en todos los Centros penitenciarios, casó la resolución de instancia y anuló el apartado primero de la Instrucción 21/1.996 encabezado con la rúbrica “*normas de seguridad, control y prevención relativas a internos muy conflictivos y/o inadaptados*”.

Compartimos la opinión ofrecida por LEGANÉS GÓMEZ quien considera que esta inclusión de internos en un fichero de tratamiento de datos personales requiere su tratamiento en norma con rango de Ley con lo que se adecuaría a las exigencias constitucionales conforme a los principios de legalidad, seguridad jurídica y jerarquía normativa.⁷³⁵

8.- MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO POR REAL DECRETO 419/2.011, DE 25 DE MARZO

Motivado por la resolución adoptada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo señalada, se produjo la aprobación del Real Decreto 419/2.011, de 25 de marzo, por el que se modifica el Reglamento penitenciario, afectando tanto al Fichero FIES como a otras cuestiones regiminales.

En su Exposición de motivos se alude al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2.005, como fundamento de esta reforma reglamentaria bajo los principios de necesidad y proporcionalidad, siempre con el debido respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales y establece:

“El sistema penitenciario es uno de los instrumentos a disposición del Estado para hacer frente a las amenazas y riesgos para la seguridad

⁷³⁵ LEGANÉS GÓMEZ, S.: *La Prisión Abierta: Nuevo Régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.013. Págs. 98-99.

provenientes, especialmente, del terrorismo y de la delincuencia organizada. Junto a las acciones de persecución y protección, la prevención exige la elaboración de una estrategia articulada de mejora de los servicios de información e inteligencia, así como la aprobación de normas organizativas de vigilancia, control e intervención ante intentos de los reclusos de dar continuidad a las actividades delictivas en los centros penitenciarios”.

La reforma actualiza el apartado segundo del artículo 6 que remite la recogida, tratamiento automatizado y cesión de datos de carácter personal de los reclusos a la legislación sobre protección de datos y sus normas de desarrollo y añade un cuarto apartado que prevé la creación de estos ficheros con el fin de garantizar la seguridad y buen orden de los establecimientos y la integridad de los internos, sin que en ningún caso la inclusión en los mismos determine, por sí misma, un régimen de vida distinto de aquél que reglamentariamente corresponda⁷³⁶. Se trata de una modificación puntual que aporta una mayor seguridad jurídica al establecer el sometimiento de toda clase de ficheros a la legislación vigente en cada momento.

Además de la salvaguarda de la creación de estos ficheros y como hemos señalado al analizar los aspectos regimentales, el Real Decreto 419/2.011, de 25 de marzo, modificó el artículo 65, precepto nuclear respecto a la seguridad interior de los centros, añadiendo, a las medidas preexistentes (que eran la observación de los internos, los recuentos de población reclusa, los registros, los cacheos, las requisas y los controles) los cambios de celda, la asignación adecuada de destinos y las actividades y las cautelas propias de las salidas tanto fuera de los módulos como fuera del establecimiento.

Esta modificación constituye un aspecto esencial para la creación de un sistema ordenado de convivencia que constata la actualización de la noción de tratamiento efectuada en el Reglamento de 1.996 en el sentido de evitar

⁷³⁶ Dos años antes de esta reforma, GARCÍA VALDÉS manifestó sus reservas respecto a los llamados FIES-CD (Control Directo) por entender que la inclusión de determinados internos podría no tener carácter neutro y conllevar, sin más, restricciones de derechos legales, lo que rechaza. Defiende la recopilación de información útil de quienes pertenecen a grupos de delincuencia organizada, terroristas o hacen gala de agresividad extrema que desestabiliza la seguridad y el buen orden de un establecimiento. GARCÍA VALDÉS, C. *Del presidio a la prisión Modular*. Ópera Prima editorial. Madrid, 2.009. Págs.60-61.

que actuaciones tratamentales programadas y ejecutadas por la Administración y la dinámica propia que la actividad crea en los Centros (tendientes a dotar de contenido laboral o de otro tipo al tiempo de internamiento y las salidas al exterior) sean aprovechadas por grupos con fines distintos y en ocasiones antijurídicos a los que se diseñan, dotando a la Administración de este instrumento normativo que permite establecer restricciones y controles adecuados para su prevención y corrección.

El punto segundo que se añade prevé una graduación de la intensidad de estas medidas en función de la potencial peligrosidad de los internos a los que se apliquen, especialmente si pertenecen a grupos terroristas, de delincuencia organizada o de peligrosidad extrema respetándose, en todo caso, los principios de necesidad y proporcionalidad.

En el tercero formaliza y proporciona cobertura legal a una situación preexistente: la creación de grupos especializados de funcionarios en labores de conocimiento y control de los reclusos que presenten unas características concretas y especiales. Se ha querido consolidar el establecimiento de un sistema organizado para el seguimiento de internos eventualmente relacionados con grupos delictivos organizados e influidos desde el exterior.⁷³⁷ Se han creado grupos de “*investigación o inteligencia*” en los Centros constituidos por empleados de la propia Institución específicamente preparados y dedicados a esta función al objeto de prevenir y evitar la realización de actividades delictivas. La medida penitenciaria anticipa la preocupación mostrada por el legislador que ha determinado la modificación del Código penal por L.O. 2/2.015, de 30 de marzo, que pretende dar respuesta a los nuevos fenómenos de terrorismo yihadista que recluta a individuos susceptibles de radicalización y adoctrinamiento pudiendo cometer ataques a objetivos básicos para la sociedad incluyendo atentados suicidas.

⁷³⁷ Nos referimos al seguimiento de las operaciones de captación y afiliación a grupos terroristas como la realizada en diversos centros penitenciarios y que se sustanciaron en la ya citada operación “Nova”. Sentencia 6/2.008 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional donde queda demostrada la preparación de atentados terroristas de origen islamista por diversos elementos durante su estancia en la prisión de Topas (Salamanca).

Profundizando en el planteamiento de ampliar la intervención con los reclusos en régimen cerrado, la reforma establece un punto tercero al artículo 90 que señala:

“En los centros con módulos o departamentos de régimen cerrado se diseñará un programa de intervención específico que garantice la atención personalizada a los internos que se encuentren en dicho régimen, por equipos técnicos, especializados y estables”.

Se dispensa una atención personalizada específica a estos reclusos lo que constituye un firme avance hacia la individualización científica que contempla el artículo 72 de la Ley Orgánica Penitenciaria.

9.- VIGILANCIA ELECTRÓNICA.

El desarrollo tecnológico producido en los últimos lustros tiene su lógica repercusión en el ámbito penitenciario. En nuestros días estamos viviendo una auténtica revolución que permite el control y seguimiento de las personas por medios telemáticos existiendo la posibilidad de transformar la privación de libertad en una pena abierta y flexible⁷³⁸.

Conforme a la normativa vigente, la aplicación de medidas como la progresión a tercer grado, la concesión de libertad condicional, el arresto domiciliario, la libertad provisional o la libertad vigilada aparecen como una realidad fácilmente comprobable con estos dispositivos. Como ha señalado NISTAL BURÓN,

*“Nos hallamos ante un sistema de bajo coste que permite evitar la sobrecarga de los centros penitenciarios, que evita el ingreso en prisión de individuos de baja peligrosidad y que soslaya los riesgos de desocialización inherente al internamiento tradicional”*⁷³⁹.

En principio estaríamos ante un método de control efectivo, eficaz y seguro, con indudables ventajas frente al de los muros prisionales,

⁷³⁸ Sobre esta materia y abordando todas las posibilidades de manera integral: MATA Y MARTÍN, R. *Sistema Penitenciario y Nuevas Tecnologías*. Lex Artis. Colección Corpus Iuris 2. Valladolid, 2.014.

⁷³⁹ NISTAL BURÓN, J. *“La prisión del siglo XXI”*. I Congreso Europeo de Derecho Penitenciario. X Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Ed. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Jaén. Jaén, 2.002. Pág. 44.

obteniendo datos concretos y ciertos sobre dónde está y qué está haciendo el vigilado. Según GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS,

*“La cárcel electrónica no aparece como una institución producto de una generación espontánea, sino que es el final de la convergencia de dos procesos: la revolución tecnológica y las ideas que subyacen tras la “cultura del control””*⁷⁴⁰.

Dicha aplicación, valorada como un avance para la humanidad por este autor, puede suponer que un recluso recobre la libertad de deambulación sin que exista el riesgo de menoscabar la seguridad ciudadana; supervisar que el interno está trabajando, lo que permitiría comprobar la capacidad de pago de las indemnizaciones a la víctima y verificar su efectiva resocialización y el desarrollo de una nueva vida alejada del delito.

Desde otra perspectiva se señala que con el avance electrónico y la apertura de nuevas posibilidades de control se han lanzado profundas advertencias relativas al riesgo de que el Estado se convierta en el controlador absoluto de todos los movimientos, comportamientos y incluso sentimientos de los ciudadanos. BELLOSO MARTÍN sopesa la aportación de las tecnologías que en cada momento van surgiendo, desde el panóptico hasta los modernos dispositivos a través de los cuales la limitación física que ejercen los muros se sustituyen por límites mentales. Bajo estos parámetros, los excesos sobre el cuerpo de las personas de ayer se equipararían a la tortura mental en la actualidad. Esta autora analiza su eventual afectación (que no lesión) a diversos derechos fundamentales (que no son absolutos e ilimitados) con los que puede colisionar: libertad, igualdad, seguridad/intimidad, dignidad, legalidad y justicia y mantiene en todo momento la necesidad de establecer límites en los supuestos de aplicación, la intensidad con la que se hace, el procedimiento aplicado, la forma de empleo y el uso de la información obtenida. A ello se opone la ausencia de regulación legal en nuestro Ordenamiento, inclinándose a favor

⁷⁴⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *“Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental”*. Revista del Poder Judicial Nº 79. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.005. Pág. 107. También MATA Y MARTÍN, R. *Aproximación a las Bases del Sistema Penitenciario*. Inédito. Junio, 2.014. Pág. 255 a 266.

del neo-constitucionalismo de los valores como parte integrante de una nueva teoría del Derecho donde la dignidad de la persona humana se configura como un principio esencial y general que ilustra la interpretación de los derechos fundamentales, permitiéndose así la resolución de situaciones de aparente conflicto entre varios de ellos en términos de adecuación, necesidad y proporcionalidad; es decir, aplicando criterios éticos que subyacen en su uso, lo que permite salvar el lógico escepticismo, recelo y desconfianza que en los jurista despierta el monitoreo electrónico⁷⁴¹.

Ya en 1.991 LUZÓN PEÑA advirtió del peligro de que el Estado

*“Caiga en la tentación orweliana de convertirse en el “Big Brother” que vigile y controle por métodos tecnológicos todos los movimientos, comportamientos y manifestaciones al menos de los delincuentes y sospechosos. Con ello quedaría en entredicho no sólo la intimidad y libertad del sujeto, sino su propia dignidad personal que se verían comprometidas si el sujeto fuese tratado por medios técnicos, no como persona con un mínimo de personalidad y margen de decisión sino, exclusivamente, como cosa o instrumento que proporcionase información sin poderlo evitar”*⁷⁴².

Además se consideran otros argumentos contrarios a su empleo como la eventual intromisión en la intimidad y privacidad de los infractores, la vulneración de la presunción de inocencia si se aplican como medida cautelar de carácter procesal previa a la existencia de sentencia condenatoria firme o el inicio de una tendencia en la aplicación de estos dispositivos que

⁷⁴¹ BELLOSO MARTÍN, N. “El control telemático en el sistema penal y el debate de la afectación de derechos fundamentales”. Sistema Penitenciario y Nuevas Tecnologías. (MATA Y MARTIN, director). Lex Artis. Colección Corpus Iuris, 2. Valladolid, 2.014. Págs. 299 a 352.

⁷⁴² LUZÓN PEÑA, J.M. “Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”. VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas (1.991). Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía. Sevilla, 1.994. Pág. 63.

subyugue por completo a la persona y amplíe el poder y la actuación de un Estado policial, con una visión panopticista⁷⁴³.

Por lo señalado y como visión superadora de ambas tendencias se propone transformar la visión utilitarista y pragmática que inicialmente surge del desarrollo tecnológico y sus potenciales utilidades por otra que contemple al interno no como un objeto de supervisión sino como un ser humano dotado de libertad y dignidad, concibiendo al hombre no como un objeto de un frío proceso mecánico de supervisión, sino como una persona al que habría que ayudar a encauzar su vida. Para ello, entendemos que la voluntad no viciada del interno y previa la oportuna información completa constituye un requisito indispensable⁷⁴⁴.

Respecto a la legislación vigente, en la Exposición de motivos del Real Decreto 190/1.996, de 9 de febrero se justifica la necesidad de actualización de la normativa penitenciaria a la realidad social y se establece:

“El desarrollo de las nuevas tecnologías y la progresiva socialización de su uso tampoco ha sido un proceso del que haya quedado exenta la institución penitenciaria. Por ello, resulta precisa la integración de la normativa referente al uso de ficheros informáticos, así como a la utilización de estas tecnologías por los propios internos”.

Nada se señala en la motivación de la posible utilización de medios de control telemáticos a los internos. Sin embargo, su contenido dispone, en el artículo 86.4, (al regular las salidas del Establecimiento de los internos clasificados en tercer grado)

“En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, salvo cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en

⁷⁴³ BARROS LEAL, C. “La Vigilancia Electrónica como alternativa a la Prisión en el Marco de la Seguridad Pública”. Revista digital Derecho y Cambio Social (<http://www.derechoycambiosocial.com/revista019>).

⁷⁴⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. “Cárcel electrónica. De la cárcel física a la cárcel mental”. Revista del Poder Judicial Nº 79. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.005. Págs. 132 y 133.

cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales”.

Estamos ante la primera norma jurídica de la utilización de estos medios de control telemáticos sobre las personas en España⁷⁴⁵. RENART GARCÍA, resalta que su incorporación ha sido recibida por la doctrina como una de una de las novedades esenciales incorporadas por el RP al funcionamiento y organización de los establecimientos de régimen abierto o como una de sus principales innovaciones⁷⁴⁶. La redacción dada puede conllevar (y de hecho así se aplica) la posibilidad de que estos internos que cumplen condena alejados de los muros del establecimiento sin mayor relación que los controles que se pudieran establecer sobre él, requieran algún tipo de contacto físico con profesionales del ámbito penitenciario o ajenos al mismo. Se consolida lo previsto el artículo 65.2 de la Ley al establecer que la progresión en el tratamiento entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad. Además, se desarrollan los objetivos y principios del régimen abierto contenidos en el artículo 83 del propio Reglamento, donde se establece como finalidad de la actividad penitenciaria la potenciación de las capacidades de inserción social positiva que presenten los penados clasificados en tercer grado, realizando las tareas de apoyo y de asesoramiento y la cooperación necesaria para favorecer su incorporación progresiva al medio social. Esta finalidad se lleva a cabo bajo el principio de la atenuación de las medidas de control, sin perjuicio del establecimiento de

⁷⁴⁵. Sobre el art. 86.4. R.P.: LEGANÉS GÓMEZ, S.: *La Prisión Abierta: Nuevo Régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.013. Págs. 438 a 477. Un segundo ámbito de aplicación de este tipo de medidas de control telemático se ha desarrollado en la protección a víctimas de violencia de género. En estos supuestos, la aplicación de los dispositivos se realiza tanto sobre la víctima como sobre el victimario, según dispone la Ley Orgánica 1/2.004, de 28 de diciembre.

⁷⁴⁶ RENART GARCÍA, F. *La Libertad Condicional: Nuevo régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.003. Pág. 283. Propugna su aplicación también como medida de seguimiento del cumplimiento de las condiciones de la libertad condicional puesto que no existe impedimento legal alguno, aunque tampoco previsión expresa.

programas de seguimiento y la evaluación de las actividades realizadas por los internos dentro y fuera del Establecimiento⁷⁴⁷.

A tenor literal, pudiera interpretarse que esta aplicación pende solamente de la petición por parte del recluso, de tal manera que si existiera aceptación expresa para eludir la obligación de permanecer en el Centro durante ocho horas diarias debería accederse necesariamente a la solicitud, trasladando la facultad en su adopción al propio recluso y sustrayéndola a la Administración. No es esta la interpretación que podemos realizar atendiendo a la finalidad de la medida y a la dimensión tratamental que posee, sin perjuicio de la eventual queja que pudiera interponer el interesado en el supuesto de no alcanzar su pretensión.

Respecto a los medios técnicos existentes, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias dispone de los siguientes sistemas:

- a) Sistemas de monitorización mediante pulseras por red telefónica, bien red conmutada (fija), bien vía móvil, a través de las denominadas unidades celulares.
- b) Sistemas de verificación de voz, tanto a través de los teléfonos fijos ubicados en los lugares de control como de dispositivos que transmiten la información usando líneas celulares.
- c) Sistemas de seguimiento continuo de internos mediante tecnología GPS, que permiten conocer la ubicación geográfica del sujeto en todo momento y establecer zonas de estancia obligatoria o acceso no permitido (zonas de inclusión o de exclusión).
- d) Unidades de seguimiento móviles para el control de internos con pulseras telemáticas en lugares distintos al habitual (por ejemplo, su lugar de trabajo).
- e) Sistemas combinados de control mediante pulseras telemáticas, con control de consumo de alcohol a distancia.

⁷⁴⁷ Sobre el campo de aplicación del control telemático en el sistema penitenciario español: NISTAL BURÓN, J. “*Las Nuevas tecnologías al servicio de la ejecución penal. Su implantación en el ordenamiento jurídico español*”. Sistema Penitenciario y Nuevas Tecnologías. (MATA Y MARTÍN, R. Director). Lex Artis. Colección Corpus Iuris 2. Valladolid, 2.014. Págs. 216 a 221.

Todos los sistemas de vigilancia telemática permiten también establecer previamente las restricciones de movimiento que se estimen convenientes en cada caso para hacer compatible la integración social y la seguridad ciudadana⁷⁴⁸.

10.- NUEVAS RESPUESTAS PENALES Y SU INCIDENCIA EN LA INSTITUCIÓN

10.1.- La pena de localización permanente

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, creó la pena de localización permanente. Se trata de una pena privativa de libertad, de semi-detención, con una duración de hasta 12 días, que tiene por objeto prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves. El lugar de cumplimiento establecido era el domicilio del penado u otro lugar señalado por el Juez o Tribunal siendo posible, previa audiencia del Ministerio Fiscal, su cumplimiento en sábados o domingos o de forma no continuada. Como destaca SUÁREZ LÓPEZ, evoca claramente a las desaparecidas penas de arresto domiciliario de los Códigos penales de 1.944 y 1.973 y arresto de fin de semana del artículo 37 del Código de 1.995 según redacción original⁷⁴⁹.

MANZANARES SAMANIEGO resalta que ya su propia definición incorpora el elemento distorsionador de la gran diversidad de los lugares en que procede cumplimiento, por lo que la desigualdad forma parte de su núcleo básico y determina que la intensidad de las consecuencias de la privación de libertad varíe en función de las circunstancias patrimoniales y personales de cada persona. A ello se suma otros problemas reales que pueden surgir de las condiciones de habitabilidad, precariedad o si la

⁷⁴⁸ La determinación de los medios telemáticos aplicables aparecen publicados en la web del Ministerio del Interior/Instituciones Penitenciarias.

⁷⁴⁹ SUÁREZ LÓPEZ, J.M. “La reintroducción en el texto punitivo de las penas de arresto domiciliario y fin de semana a través de la localización permanente” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 14-19. 2.012 (<http://criminet.ugr.es/recpc>). También CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho Penitenciario*. Tirant lo Blanc. Valencia, 2012. Págs. 74 a 77.

continuación en el domicilio no dependiera de la exclusiva voluntad del penado⁷⁵⁰.

El Capítulo III del Real Decreto 515/2.005, de 6 de julio, reguló las circunstancias de ejecución de la pena de manera compleja, atribuyendo a la Institución Penitenciaria el seguimiento de su ejecución mediante los sistemas de verificación de voz, que permiten controlar la presencia en un determinado lugar mediante la realización de llamadas automáticas de comprobación.

Con posterioridad, la Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio, incidió en las circunstancias de ejecución de las penas de los trabajos en beneficio de la comunidad y en la de localización permanente. Como novedades relevantes podemos indicar la ampliación del límite de cumplimiento de la segunda de ellas (como pena leve pasa de doce días a tres meses y como pena menos grave entre tres meses y un día hasta seis meses), la expresa regulación de su cumplimiento en centro penitenciario en régimen de fin de semana y días festivos (siendo así una respuesta a la reiteración de infracciones) y la habilitación de manera expresa a la Autoridad judicial para que pueda acordar la utilización de medios de control mecánicos y electrónicos que permitan la localización del reo⁷⁵¹.

Esta modificación legal ha supuesto, de facto, la reintroducción en el ordenamiento de la pena de arresto de fin de semana cumplida en establecimiento penitenciario⁷⁵². La aprobación de un nuevo Real Decreto para su aplicación, el 840/2.011, de 17 de junio, atribuye solamente a la Institución Penitenciaria la competencia para su ejecución en los casos en los que haya recaído resolución judicial que acuerde que el lugar de cumplimiento sea un establecimiento penitenciario, obviando cualquier

⁷⁵⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “*La localización permanente*”. Diario La Ley Nº 7399. Mayo 2.010. Pág. 4/11.

⁷⁵¹ Respecto a las modificaciones producidas, la pena de arresto domiciliario en el derecho comparado y aplicación de medios telemáticos: TORRES ROSELL, N. “*contenido y fines de la pena de localización permanente*”. InDret. Revista para el Análisis del Derecho Nº 1. Barcelona, enero de 2.012 (www.indret.com). Págs. 1 a 30.

⁷⁵² Como analiza SUÁREZ LÓPEZ, J.M. “*La reintroducción en el texto punitivo de las penas de arresto domiciliario y fin de semana a través de la localización permanente*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2.012, núm. 14-19, Págs. 1 a 24. (<http://criminet.ugr.es/recpc/>).

referencia a la ejecución de la pena en lugar distinto. En todo caso, en los supuestos de cumplimiento de esta pena en establecimiento penitenciario, se considera aplicable la normativa penitenciaria, la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento de desarrollo, en cuanto no se oponga a la naturaleza de la pena ni a sus condiciones de cumplimiento.

MONTERO HERNANZ analiza las modificaciones introducidas haciendo especial referencia a este cumplimiento en centros penitenciarios que vincula al intento del Gobierno de reintroducir la pena de arresto de fin de semana tres años después de su desaparición a través del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la L.O. 10/1.995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *“que no llegó a ver la luz...Lo que deja muy a las claras la falta de criterio en materia de política criminal y reafirma la idea sostenida por la doctrina de que su supresión no se debió a su fracaso como pena, sino a otras cuestiones vinculadas a su gestión”*⁷⁵³.

Podemos concluir que, a tenor de lo previsto en el artículo 37.1 del Código Penal tras reforma por L.O. 5/2.010, de 22 de junio, se ha procedido a reintroducir las penas cortas privativas de libertad bajo la forma de la pena de localización permanente ejecutada en Centros penitenciarios y se configura como una medida facultativa que el juez sentenciador podrá adoptar cuando la pena fuera impuesta como pena principal (excluyéndose, por consiguiente, los supuestos en los que su aplicación derive de la sustitución de una pena de prisión o en el ámbito de la responsabilidad personal por impago de multa) y podrá decretarse cuando el tipo penal lo establezca de forma expresa, lo que en la actual redacción del Código Penal sucede, exclusivamente, cuando concurra la reiterada comisión de faltas de hurto del artículo 623.1 CP.

La Circular del Centro Directivo 11/2.011, de fecha 7 de julio, regula internamente estas situaciones y, conforme al Real Decreto en vigor, el Plan de ejecución es elaborado por la Administración penitenciaria y aprobado por el órgano sentenciador, siendo de ejecutividad inmediata desde el momento de su aprobación por la Administración competente. Puede

⁷⁵³ MONTERO HERNANZ, T. *“Modificaciones de la Ley Orgánica 5/2010 con relevancia penitenciaria”*. Diario la Ley N° 7751. Dic. 2.011. Pág. 3.

considerarse, según informe del Consejo General del Poder Judicial, como un trasunto del principio general de ejecutividad inmediata de los actos administrativos (artículo 56 LRJPAC), que parte de la consideración de dichos planes como actos de naturaleza administrativa adoptados por la autoridad competente, que, en cuanto no está sujeto a aprobación posterior, goza de la presunción -iuris tantum- de legalidad y eficacia y, en consecuencia, susceptible de ejecución inmediata, sin perjuicio de su ulterior revisión en sede jurisdiccional. No debe olvidarse que es esa ejecutividad inmediata la principal garantía que en el texto se arbitra para hacer posible el cumplimiento efectivo de las penas, sin alterar el posterior control de legalidad por el órgano judicial que podrá, sin perjuicio de su ejecutividad, acordar su inmediata suspensión o modificación si se desviare de lo establecido en la resolución judicial.

El penado está sometido al régimen general del establecimiento, en cuanto resulte de aplicación a la naturaleza de esta pena y su forma de ejecución. Cumplida la pena, el establecimiento penitenciario remitirá un informe final al órgano jurisdiccional competente para la ejecución.

Podemos considerar que la opción del cumplimiento de la pena de localización permanente en Centro penitenciario se fundamenta exclusivamente en la teoría de la prevención general, que concibe la pena como medio de prevenir los delitos en sociedad y obvia la prevención especial que opera en el momento del cumplimiento de la pena puesto que ninguna intervención se prevé sobre el penado. El fundamento es evitar que el delincuente vuelva a delinquir en el futuro quedando atenuada la función resocializadora constitucional de las penas privativas de libertad y apartada del control jurisdiccional del Juez de Vigilancia penitenciaria, lo que sin duda es cuestionable.

10.2.-La medida de seguridad de libertad vigilada.

La Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio, introdujo en el ordenamiento jurídico español la medida de seguridad de libertad vigilada⁷⁵⁴, lo que

⁷⁵⁴ MATA Y MARTÍN, R. “La creación de la libertad vigilada y su aplicación telemática”. Sistema Penitenciario y Nuevas Tecnologías. Lex Artis, Colección Corpus Iuris. Valladolid, 2.014. Pág. 251 a 269. También: MONTERO HERNANZ, T.

equipara el Ordenamiento penal español al existente en otros países de nuestro entorno⁷⁵⁵ con el fin de dar respuesta a aquellos supuestos en los que determinados sujetos cometen hechos punibles graves subsistiendo peligrosidad en sus autores pese a que se les haya aplicado antes las consecuencias jurídico-penales previstas.

Conforme señalaba ZUGALDÍA ESPINAR, en supuestos de casos límite de posible reiteración de hechos delictivos muy graves por un autor extraordinariamente peligroso (“no bastaría el pronóstico de cometer en el futuro hechos delictivos, sino que sería necesaria la constatación del hecho psicológico de una tendencia a cometer hechos punibles graves”), con el debido respeto a los derechos fundamentales y la dignidad de la persona

*“... no debemos renunciar totalmente a la seguridad, pero sí debemos renunciar a la seguridad total. Quiere ello decir que bajo determinadas condiciones puede ser lícito un sistema de intervención o prevención individual, un Derecho de medidas de seguridad desvinculado totalmente del Derecho de la pena y orientado al tratamiento, reeducación y reintegración social en mayor medida de lo que ha estado hasta ahora”*⁷⁵⁶.

La libertad vigilada se regula en el Art. 106.1 C.P. consistiendo, en esencia, en la posibilidad de limitar la libertad de movimiento por la geografía del país, dispensar protección a la víctima o crear reglas de conducta que potencien la integración social del penado. Es para la primera finalidad (“La obligación de estar siempre localizables”) para la que, conforme dispone el apartado a) se prevé el uso de “aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente”.

Son dos los grupos de supuestos a los que cabe aplicar esta medida: sujetos imputables y sujetos inimputables y no plenamente imputables. Respecto a los inimputables o semi-inimputables, el Art. 105 C.p. permite al

“Modificaciones de la Ley Orgánica 5/2010 con relevancia penitenciaria” Diario La Ley Nº 7751. Dic. 2.011. Págs. 11 a 14.

⁷⁵⁵ ROCA POVEDA, M. “La libertad vigilada. Notas desde una visión penitenciaria”. La Ley Penal Nº 8283. 2.012. Págs. 2-3.

⁷⁵⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”. Revista de Derecho Penal y Criminología. UNED. 3ª época. Nº 1. Madrid, 2009. Pág. 204.

Juez o Tribunal sentenciador imponer (facultativamente) además de una primera medida de seguridad privativa de libertad, la medida de libertad vigilada (en la sentencia inicial o durante la ejecución de la medida privativa de libertad).

En cuanto al resto de supuestos (sujetos imputables) y conforme dispone el Art. 106, deberá imponerse la medida de libertad vigilada en sentencia para su cumplimiento posterior a la ejecución de la pena privativa de libertad cuando así lo disponga expresamente el Código, estando previsto en delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en supuestos de terrorismo.

Consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas: la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos; de presentarse periódicamente en el lugar que se establezca; de notificar los cambios de residencia o puesto de trabajo; prohibición de ausentarse del lugar de residencia o de un determinado territorio; prohibición de aproximarse a la víctima (o sus familiares u otras personas) o comunicarse con ella; prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos; residir en determinados lugares; desempeñar determinadas actividades; participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares y seguir tratamiento médico externo o someterse a un control médico periódico. Su duración se establece en un máximo de 5 años y prevé la posibilidad de extenderse a 10 años en delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo. Se establece así que ante determinados tipos delictivos la liberación no sea incondicional sino que se establece un periodo de seguimiento en la comunidad al margen de la institución de la libertad condicional y a través de un instrumento novedoso en nuestro Ordenamiento⁷⁵⁷.

Son tres los tipos de dispositivos de los que dispone la Administración para el seguimiento electrónico del cumplimiento de estas medidas: transmisores de pulsera o tobillera telemática (sistema de vigilancia

⁷⁵⁷ Sobre esta medida: CID, J. y TÉBAR, B. “*Libertad condicional y delincuencia de alto riesgo*”. Revista Española de Criminología. Artículo 3. Número 8 (2010). (www.criminologia.net).

electrónica activa), control biométrico de voz (sistema de vigilancia electrónica pasiva) y otros mecanismos de detección de proximidad (GPS), debiendo responder cada uno de ellos a la regulación jurídica a la que sirven y no a la inversa.

La previsión recogida en el punto segundo del citado artículo en orden a posibilitar la imposición de esta medida para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad, cuando así lo disponga expresamente el Código, ha sido objeto de duras críticas doctrinales⁷⁵⁸. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria concluyeron, en el seminario celebrado en Madrid del 13 al 15 de abril de 2.011, que existe una contradicción con el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 159/1.985, de 27 de noviembre, 23/1.986, de 14 de febrero y 21/1987, de 19 de febrero y 131/1987, de 20 de julio, que establece que un único hecho no puede ser causa de una pena y una medida de seguridad, sin que quepa alegar que la primera trae causa en la culpabilidad y la segunda en la peligrosidad. Además, se indica

“Resulta llamativo que el artículo 61 de la Ley Orgánica (General Penitenciaria) y el 112 del vigente Reglamento penitenciario establece la voluntariedad del Tratamiento y por otro lado, el contenido del mismo (participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares), pueda ser impuesto coactivamente en la libertad

⁷⁵⁸ CANO PAÑOS señala que la introducción de esta medida en la legislación penal “no es sino una respuesta ante supuestos concretos de excarcelaciones de condenados por terrorismo que han venido suscitando una gran controversia e indignación en la opinión pública y en los medios de comunicación, sin que, por el contrario, se hayan tomado como base eventuales estudios fundamentados en criterios criminológicos sobre su necesidad para este tipo de criminalidad”. “Por encima de aspectos criminológicos como puede ser la reincidencia delictiva, lo que está claro es que un ordenamiento penal respetuoso con los presupuestos constitucionales y con los principios de la legislación penal y penitenciaria debe partir de la consideración de que quien ha cumplido el castigo penal impuesto por los juzgados y tribunales ha saldado su deuda con la sociedad. Y precisamente por ello, su condición de ex condenado no puede ser empleada para estigmatizarle, discriminarle o generarle cualquier otro efecto negativo, a no ser que, lógicamente, demuestre de nuevo una ausencia efectiva de resocialización por la comisión de una nueva conducta delictiva. A partir de este planteamiento debe rechazarse entonces la introducción de la medida de libertad vigilada en el ámbito de la delincuencia terrorista. CANO PAÑOS, M.A. Régimen penitenciario de los terroristas en España: la prisión como arma para combatir a ETA. Dykinson. Madrid, 2.012. Págs. 103 a 105.

vigilada subsiguiente a la pena de prisión, so pena de incurrir en un delito del artículo 468 del Código Penal” (quebrantamiento de condena).

La redacción actual del Código y el Real Decreto 840/2.011, de 17 de junio establece el procedimiento para el seguimiento y eventual modificación de las medidas impuestas, otorgando una función esencial a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria para el seguimiento del cumplimiento de la medida de libertad vigilada si esta sigue a pena de prisión, correspondiendo al del lugar de residencia del individuo la emisión de, al menos, un informe anual dirigido al Juez o Tribunal sentenciador para su revisión. Para formular propuestas (de modificación de su contenido, acortamiento de su duración o supresión) deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene⁷⁵⁹.

Recientemente MATA Y MARTÍN ha considerado la difícil posibilidad de que la libertad vigilada pudiera existir sin la aplicación los medios tecnológicos necesarios y los límites que pesan en su aplicación, presididos por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Esto lleva a que se deben evitar los aspectos punitivos que puede conllevar y centrarse su uso en las vertientes preventivo-asegurativa y resocializadora. Propone la exclusión de su aplicación a los sujetos inimputables en la medida en que la ejecución de las obligaciones que conlleva exige el conocimiento de la trascendencia y consecuencias de dicha conducta⁷⁶⁰.

10.3.- La prisión permanente revisable

La L.O. 1/2015 de 30 de marzo, de reforma del Código penal supone la inclusión en nuestro ordenamiento de la llamada prisión permanente revisable. Según este texto podrá ser impuesta en supuestos de excepcional gravedad -asesinatos especialmente graves (que son definidos en el artículo

⁷⁵⁹ Sobre las cuestiones prácticas del seguimiento y su incidencia en el ámbito penitenciario: ROCA POVEDA, M. “*La libertad vigilada. Notas desde una visión penitenciaria*”. La Ley Penal Nº 8283. 2.012. Págs. 14 a 17.

⁷⁶⁰ MATA Y MARTÍN, R. “*La creación de la libertad vigilada y su aplicación telemática*”. Sistema Penitenciario y Nuevas Tecnologías. Lex Artis, Colección Corpus Iuris. Valladolid, 2.014. Pág. 264 a 269.

140: asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie), homicidio del jefe del Estado o de su heredero, de jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad- en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos. Constituye, como se ha señalado, *“una de las decisiones político-criminales más importantes desde el restablecimiento de un sistema jurídico-político de libertades en el año 1.977”*⁷⁶¹.

Cumplida esa primera parte mínima de la pena, si el Tribunal (que no el Juez de Vigilancia Penitenciaria) considerase que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el Tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad, como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social.

Han surgido dudas sobre la compatibilidad de esta pena con el objetivo resocializador de las penas de prisión que establece el artículo 25.2 de la Constitución, su eventual afectación al principio de legalidad previsto en el punto 1º del mismo artículo (en la medida en que se prevé ampliar la privación de libertad en un centro penitenciario una vez cumplida la pena impuesta por los tribunales), al de proporcionalidad respecto a la infracción

⁷⁶¹CANCIO MELIÁ, M. *“La cadena perpetua (“prisión permanente revisable”) en el Proyecto de reforma del Código Penal”*. La Ley Penal 7909/2013. Oct. 2.013. Pág. 4.

cometida y especialmente la conciliación de la medida con el concepto de dignidad sobre el que gravita todo el Ordenamiento⁷⁶².

En la Exposición de motivos se defiende la constitucionalidad de la medida en los siguientes términos:

“La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima de la condena un tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. Una previsión de esta revisión judicial periódica de la situación personal del penado, idónea para poder verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinserción social, aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado.

En la prisión permanente revisable, cumplida esta parte mínima de la penal, si el tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social.

La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de “pena definitiva” en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión.

Se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado

⁷⁶² MUÑOZ CONDE, F. “Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella”. VV.AA.: Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Ed. Constitutio Criminalis Carolina. Oviedo, 2.013. Págs. 447 a 459.

ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, que ha declarado que cuando la Ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio (cfr. SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs. Chipre; 3-11-2009, caso Meixner vs. Alemania; 13-11-2014 caso Bodein vs. Francia; 3-2-2015, caso Hutchinson vs. Reino Unido).

El Consejo de Estado ha tenido también oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las penas de duración indeterminada –pero revisables–, al informar con relación a la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el que está prevista la posible imposición de una pena de prisión permanente”⁷⁶³.

Numerosos países próximos incluyen esta medida en su catálogo de respuestas a la criminalidad extrema. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional (Roma, 1998; ratificado por España, B.O.E. de 27-5-2002) prevé la “reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado” (art. 77). En esta línea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 9 de julio de 2.013 (relativa a la pena de cadena perpetua regulada en Inglaterra y Gales) declaró que esta condena solo es compatible con el Convenio Europeo cuando la ley nacional prevea la revisión de la condena, proporcionando una expectativa de libertad al penado. En sí misma la pena no entraña una violación del convenio si se prevé la revisión de la condena ante un órgano judicial. Con anterioridad el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) abordó este tema en la célebre Sentencia de 21 de junio de 1.977, resolviendo que el Estado no puede utilizar al delincuente para procurar la prevención del delito en perjuicio de su dignidad, debiendo darle al menos la posibilidad de obtener de nuevo la libertad y reconocerle un derecho a la resocialización. Con estas condiciones, la cadena perpetua

⁷⁶³ Exposición de motivos de la L.O. 1/2015, de 20 de marzo, de reforma del Código Penal.

no es un castigo injustificado o desproporcionado en supuesto de delitos de extrema gravedad⁷⁶⁴.

Como indica la Exposición de motivos, la medida ha pasado el visto bueno del Consejo de Estado en informe fechado el 27 de junio de 2.013. Concluye que la nueva pena es constitucional, aunque indica que, si bien el Ejecutivo ha explicado la necesidad de incorporar a la legislación española esa medida tan relevante (*“en ningún momento apunta las razones, motivos, causas o circunstancias por las que se ha entendido que una reforma de esta magnitud resulta necesaria en el momento actual”*), puede estar dejándose llevar por la *“alarma”* que determinados crímenes especialmente graves hayan suscitado en la opinión pública, lo que le lleva a *“discrepar”* de la forma en que se ha presentado *“esta importante decisión de política penal y penitenciaria”*. El Consejo de Estado también consideró constitucional otra de las medidas nuevas del anteproyecto inicial, la custodia de seguridad (que permitía mantener en la cárcel al preso hasta diez años más, tras cumplir la pena original) medida suprimida del anteproyecto por el Ministerio de Justicia, según confirmó un portavoz en julio de 2.013.

Como señalamos con anterioridad, las modificaciones penales se han convertido en un recurso que derivan hacia este ámbito las todas las emociones colectivas ante supuestos que perturban la tranquilidad ciudadana⁷⁶⁵. Para DÍEZ RIPOLLÉS y SÁEZ VALCÁRCEL, Los rasgos más característicos de la reforma planteada son:

“Un salto cualitativo en la tendencia rigorista, ya perceptible desde hace tres lustros en nuestras leyes penales. Un recorte significativo de los derechos constitucionalmente protegidos que conduce a un derecho penal autoritario... que desatienden principios constitucionales como la

⁷⁶⁴ ROIG TORRES, M. *“La cadena perpetua: los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2.013. “La prisión permanente revisable” a examen.”* Cuadernos de Política Criminal Nº 111. Dykinson. Madrid, 2.013. Págs. 97-144.

⁷⁶⁵ Es este sentido de considerar que la medida responde a los planteamientos del modelo penal de la seguridad ciudadana frente a otros basados en el Estado del Bienestar: abogando claramente por la reinserción: JUANATEY DORADO, C. *“Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Vol. LXV. 2012. Ministerio de Justicia. Madrid, 2.013. Págs. 127 a 153.

prohibición de penas o tratos inhumanos, la orientación a la reeducación o reinserción social de los privados de libertad, y la presunción de inocencia. Una asunción decidida del populismo a la hora de seleccionar y regular los asuntos a reformar. Una fundamentación mendaz de algunas modificaciones legislativas relevantes, y una instrumentalización de ciertas obligaciones internacionales...En suma, la política criminal española sigue estando encadenada a ensoñaciones de las que sacan provecho políticos poco escrupulosos. En un momento en que el conjunto de políticas públicas demandan neutralidad y racionalidad en el tratamiento de los problemas sociales, la política criminal persiste como paradigma del oportunismo”⁷⁶⁶.

En esta misma línea se pronuncia CANCIO MELIÁ cuando señala:

“Ante esta situación, y teniendo en cuenta que no es, desde luego, una necesidad preventiva o de demanda social la que puede advertirse para la reforma...la única conclusión posible parece ser la antes propuesta: se tomó la decisión de plantear la introducción de la pena de prisión perpetua primero, y luego se ha ido pensando a qué infracciones aplicarla. Este proceder sólo se explica en términos de la tan frecuente utilización política del Derecho penal conocida como uso de un Derecho penal exclusivamente simbólico o, en el ámbito anglosajón, populismo punitivo. Los agentes políticos que propulsan la reforma no pretenden, en realidad, perseguir ningún objetivo propiamente jurídico-penal, sino quieren obtener la rentabilidad política que piensan alcanzar en una determinada parte de la ciudadanía simplemente por ganarse el título de duros ante el crimen”⁷⁶⁷.

Respecto al régimen de cumplimiento de esta pena (si finalmente se incorpora al Ordenamiento en los términos previstos), NISTAL BURÓN analiza las medidas tendentes a la reinserción social de los penados que pueden aplicarse para alcanzar el objetivo resocializador que debe estar siempre presente en su finalidad y que prevé la reforma. Estas son, en

⁷⁶⁶ DIEZ RIPOLLÉS, J.L. y SÁEZ VALCARCE, R. “La Reforma Penal y el Sueño de la Razón”. Diario El País. 24 de abril de 2.013. En el mismo sentido DIEZ RIPOLLÉS, J.L. “Los límites a las penas máximas”. Diario El País, 12 de noviembre de 2.013. Con anterioridad: DIEZ RIPOLLÉS, J.L. “Una propuesta gamberra”. Diario “El País”. 13 de noviembre de 2.011.

⁷⁶⁷ CANCIO MELIÁ, M. “La pena de cadena perpetua (“prisión permanente revisable”) en el Proyecto de reforma del Código penal. Diario La Ley 7909/2013. Oct. 2.013. Pág. 7.

primer lugar, la clasificación en tercer grado de tratamiento que requiere autorización del Tribunal sentenciador en todo caso y previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, así como el transcurso de diversos plazos temporales de cumplimiento efectivo de la pena. En segundo lugar está el acceso a los permisos de salida con todas las exigencias objetivas y subjetivas elevando el periodo de cumplimiento de una cuarta parte de la condena impuesta a ocho años en supuestos generales y 12 años para el supuesto de penas por delitos del Capítulo VII del Título XXII del CP. Para el acceso a la libertad condicional se añade el requisito de que el Tribunal fundamente el eventual pronóstico favorable de reinserción social, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el Centro Penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, a lo que debemos sumar los plazos de cumplimiento efectivo de condena que se establecen y la nueva naturaleza jurídica de esta Institución que se convierte en una suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad y no es su último periodo⁷⁶⁸.

10.4.- Nueva naturaleza jurídica de la libertad condicional

Novedad trascendental de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, es la consideración jurídica que se otorga a la libertad condicional. Con su entrada en vigor dejamos de hablar del último periodo de cumplimiento de las penas privativas de libertad para considerar un supuesto más de suspensión de su ejecución⁷⁶⁹. Como señala MANZANARES SAMANIEGO refiriéndose a la regulación común de la libertad condicional:

“La libertad condicional ha ocupado siempre una posición sui generis dentro del sistema progresivo. El mismo nacimiento de la Ley de 23 de julio de 1.914 responde al concreto deseo de resolver la situación de aquellos

⁷⁶⁸ NISTAL BURÓN, J. “La nueva pena de prisión permanente revisable” proyectada en la reforma del código penal. Su particular régimen penitenciario de cumplimiento”. Revista Aranzadi Doctrinal N° 7/2013. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2.013. Págs. 1 a 14.

⁷⁶⁹ RENART GARCÍA, F. “La libertad condicional en el Anteproyecto de 2.012 de reforma del Código Penal”. Revista de Estudios Penitenciarios. Extra 2.013. Ministerio de Interior. Madrid, 2.013. Págs. 219 a 235.

penados de África que, tras disfrutar de una libertad más o menos amplia en aquellas plazas, venían a la Península. Se ha apuntado, por tal razón, lo que de indulto o gracia ha habido en la génesis de dicha normativa, pero es lo cierto que el propio Art. 5 de la Ley considera la libertad condicional “como medio de prueba de que el libertado se encuentra corregido”, y que a la institución se le ha venido reconociendo tal carácter ininterrumpidamente.

La conexión de la libertad condicional con el sistema progresivo aparece ya en el Art. 1 de la tan repetida Ley, por cuanto se prevé para los penados “que se encuentren en el cuarto periodo de condena”, y se desarrolla en el Reglamento de 28 de octubre de 1.814, cuyo Art. 2º la contempla como el 4º y último periodo del mencionado sistema. También desde la misma Ley de 1.914, y más exactamente desde su Art. 1, se arrastra, a salvo el Código Penal de 1.928, la exigencia de que la condena beneficiada sea superior a un año”⁷⁷⁰.

El texto recientemente aprobado señala que la nueva regulación mantiene, sin modificaciones, los supuestos de concesión de libertad condicional de la legislación anterior. Se introducen, sin embargo, tres modificaciones de extraordinaria relevancia:

- 1.- un nuevo supuesto privilegiado de acceso a la libertad condicional que aplicable a los penados primarios (aquellos que cumplen su primera condena en prisión). En estos casos, se adelanta la posibilidad de obtener la libertad condicional al cumplimiento de la mitad de la condena si los penados presentan un pronóstico favorable de reinserción.
- 2.- La libertad condicional pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena. El tiempo en libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado período de tiempo: si,

⁷⁷⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “La libertad condicional de los enfermos muy graves en el sistema de individualización científica”. Diario La Ley Nº 7953. Oct. 2.012. Pág. 3.

durante ese tiempo, el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; por el contrario, si durante ese período de libertad condicional (o de suspensión de la ejecución del resto de la pena) comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena que restaba. Por esta razón, el régimen de la libertad condicional pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena.

3.- Se introduce la regulación del régimen de revisión de la prisión permanente revisable como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena. Si el Tribunal concede la libertad, fija un plazo de “suspensión” de la ejecución durante el cual el penado queda sujeto a condiciones: el incumplimiento de las mismas o la comisión de nuevos delitos determina –durante este período de suspensión- la revocación de la misma y el reingreso del penado en prisión.

Para la revisión de la prisión se establece un doble régimen. Cumplida una parte de la condena que oscila entre 25 y 35 años de condena, el Tribunal deberá revisar de oficio si la prisión debe ser mantenida cada dos años; y lo hará también siempre que el penado lo solicite, si bien tras la desestimación de una petición podrá fijar un plazo máximo de un año dentro del cual no se dará curso a nuevas solicitudes.

11.- LA LIBERTAD RELIGIOSA EN PRISIÓN

11.1.- Evolución y situación actual

La cuestión religiosa ha tenido una relevancia trascendental en el análisis de la evolución de los sistemas penitenciarios desde el surgimiento de la pena como sanción⁷⁷¹. Hemos señalado en numerosas ocasiones en este

⁷⁷¹ Respecto a los antecedentes de la prisión eclesiástica y la influencia de los postulados religiosos en las primeras manifestaciones de la concepción moderna de la pena privativa de libertad: TELLEZ AGUILERA, A. *Los Sistemas Penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*. Edisofer, S.L. Madrid, 1.998. Págs. 40 a 45. CADALSO Y MANZANO, F. *Instituciones Penitenciarias y Similares en España*. José Gondomar Impresor. Madrid, 1.922. Págs. 19 a 28. También GARCÍA VALDÉS señala al “*resurgir de la tradición canónica, en unión de las ideas religiosas del protestantismo*” como causas esenciales de la transformación de la privación de libertad de mera “custodia” a reacción

trabajo que la práctica religiosa voluntaria o forzada ha tenido una importancia nuclear en numerosos ámbitos de los diferentes sistemas penitenciarios que va desde la organización regimental de los establecimientos hasta la valoración por parte de capellanes y religiosos de la disposición de los reclusos para alcanzar determinadas situaciones jurídicas. Afirma GARCÍA VALDÉS:

“El cargo de Capellán se constituyó en otra de las claves decimonónicas sobre la que basculaba toda la vida y régimen de un establecimiento penitenciario y, por consiguiente, todo lo relacionado con la corrección y enmienda del penado, aunque en principio su misión estaba enfocada hacia el auxilio espiritual, lo cierto es que tuvo una participación activa y decisiva en el devenir de la vida penitenciaria. Situación que se ha mantenido hasta la segunda mitad del siglo XX, como tal empleo y con una relación funcional”⁷⁷².

Conforme señala LLAMAZARES FERNÁNDEZ⁷⁷³, en la España actual, a la vista de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, esta cuestión se vincula con la función promocional de los poderes públicos para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas y la remoción de obstáculos que lo dificulten o impidan y desde la perspectiva de la existencia de un derecho subjetivo a la asistencia religiosa de carácter fundamental que forma parte del contenido del derecho de libertad religiosa reconocido y garantizado en el artículo 16 de la Constitución.

Analizando la función desempeñada por la religión como instrumento de control social en general y especialmente en la Institución Penitenciaria⁷⁷⁴ se ha apuntado que la invocación de poderes sobrenaturales ha sido

social sustantiva. GARCÍA VALDÉS, C. *Introducción a la Penología*. Segunda Edición. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1.981. Pág. 76.

⁷⁷² GARCÍA VALDÉS, C. *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.006. Pág. 106.

⁷⁷³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la Libertad de conciencia*. Ed. Tecnos. Madrid, 1.989. Pág. 782

⁷⁷⁴ Sobre la intervención del Estado en la asistencia religiosa en el ámbito castrense desde el Siglo XVII en España, es interesante el decurso expuesto por el Tribunal Constitucional en su sentencia 24/1.982, de 13 de mayo.

empleada históricamente como método conveniente para apaciguar posibles insumisiones o amotinamientos. Desde esta visión, la asistencia religiosa coadyuva al control de una serie de ciudadanos situados en una posición singular (militares, enfermos y reclusos).

Como prueba de la multi-direccionalidad del asunto no podemos obviar la realización por parte de colectivos religiosos de una ingente labor asistencial y pro-social dentro y fuera de los establecimientos, en sintonía con los fines de reeducación y reinserción social predicados por la propia Institución. Desde estas perspectivas, el capellán penitenciario puede ser visto como un elemento opresor de las tendencias anti-poder o como un colaborador insustituible en los fines constitucionales asignados⁷⁷⁵.

En todo caso resulta incuestionable el tránsito realizado en las cárceles españolas partiendo del modelo llamado de *“integración orgánica y concertación”* hasta el de *“libre entrada y libre salida actual”*.

En esencia, en el modelo de *“integración orgánica y concertación”* propio de los Estados confesionales

*“El Estado asume la obligación y prestación directa de la asistencia religiosa, que se tipifica como un auténtico servicio público. Los medios materiales y económicos corren a cargo del Estado, mientras que los ministros de culto prestan sus servicios espirituales como funcionarios o trabajadores contratados por la Administración. El control jurisdiccional depende de esta”*⁷⁷⁶.

En los modelos de *“libre entrada”*, la Administración autoriza a los ministros de culto de las iglesias o confesiones la entrada en los establecimientos públicos, siguiendo un horario y unas fechas determinadas. En el de *“libre salida”*, se prevé que los internos puedan atender sus necesidades de orden espiritual fuera de establecimiento, para que acudan a los lugares de culto de sus respectivas confesiones durante las horas y los

⁷⁷⁵ En este sentido se decanta IVAN CARLOS, I. *“Asistencia Religiosa”*. VV.AA. Curso de Derecho Eclesiástico. Publicaciones de la Universidad Complutense. Madrid, 1.991. Págs. 454 y ss.

⁷⁷⁶ SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, À. *La Laicidad y sus matices*. Ed. Comares. Granada, 2.005. Págs. 70 y ss.

días preestablecidos, articulándose a través del régimen de salidas legalmente establecidas. La ayuda que presta el Estado consiste en liberar de la obligación de permanencia por circunstancias religiosas. Estos modelos están en línea con el principio de laicidad, que considera de forma importante a las minorías de la colectividad.

Desde el punto de vista histórico, la existencia en España de una especie de servicio de asistencia religiosa de este tipo se remonta a la Ordenanza General de Presidios de 1.834. Como consecuencia de “*la Gloriosa*” y de la nueva Constitución de 1.969, este servicio fue suprimido en 1.873. La restauración borbónica propició en 1.881 la creación del Cuerpo de Funcionarios de Prisiones, entre los que se contaban, dentro de la Sección Facultativa, los capellanes. Este régimen de integración orgánica perduró hasta 1.931, con la II República que, tras abolir la obligatoriedad para los reclusos de asistir a los actos de culto disolvió el Cuerpo de Capellanes de Prisiones por Decreto de 4 de agosto de 1.931.

Con la instauración del régimen franquista, se volvió a la anterioridad confesionalidad católica de manera intensa, autorizándose a la Jefatura Nacional de Prisiones la contratación de religiosos para atender la formación y asistencia religiosa del personal reclusa, y poco más tarde se restauró el Cuerpo de Capellanes. También la Orden de 6 de septiembre de 1.945 autorizó la celebración de contratos con comunidades religiosas en prisiones y la Orden de 24 de octubre del mismo año establecía el modelo de contrato con las religiosas⁷⁷⁷.

Consecuencia de la evolución del periodo analizado en el primer Capítulo y tras la firma del Concordato de 1.953, en su artículo XXXIII se estableció:

“El Estado, de acuerdo con la competente Autoridad eclesiástica, proveerá lo necesario para que en los hospitales, establecimientos

⁷⁷⁷ Así se señalaba en su artículo 8 que “*en las prisiones de hombres, las religiosas serán las encargadas, cuando así lo determinen los Reglamentos o la Superioridad, de los servicios de enfermería, cocina, lavado, economato y todos aquellos que les encomienden en sean compatibles con su especial funcionamiento*”

penitenciarios, orfanatos y centros similares se asegure la conveniente asistencia religiosa a los acogidos”.

El Reglamento de 1.956 encargaba al Patronato Central de Nuestra Señora de la Merced para la redención de Penas por el Trabajo el fomento de la asistencia espiritual de los penados y la formación religiosa y cultural de los reclusos. De forma residual se producía la referencia a la intervención de otras confesiones⁷⁷⁸.

Mención especial merece la Declaración sobre la libertad religiosa proclamada por el Papa Pablo VI el 7 de diciembre de 1.965 y elaborada en el Concilio Ecuménico Vaticano II que fundamenta la libertad religiosa en la propia dignidad del ser humano. Como señala MARTÍNEZ DÍEZ,

“Después de la Dignitatis humanae ya no tiene cabida, ni en la práctica ni en la doctrina de la Iglesia católica, nada parecido a la Inquisición ni medieval ni española, ni ninguna clase de coacción externa que venga a limitar el derecho subjetivo de cada hombre a ordenar libremente su vida religiosa de acuerdo con su fe, proclamando en público su doctrina y practicando privada y públicamente sus creencias con el debido respeto a los demás”⁷⁷⁹.

Varios años después, la Ley de Libertad Religiosa de 1.967 atemperó el rígido confesionalismo del Estado, teniendo su repercusión en el ámbito penitenciario en la reforma reglamentaria del año siguiente.

Con posterioridad, el Real Decreto 3.261/1.977, de 1 de diciembre, reguló el ingreso en el Cuerpo de Capellanes de Prisiones. Su importancia en la vida de los establecimientos fue determinante ya que, como verdaderos funcionarios desempeñaban tareas y asumían responsabilidades más propias de política penitenciaria que propiamente pastoral, trabajando en estrecha colaboración con los órganos directivos de los Centros,

⁷⁷⁸ Se preveía que los reclusos no católicos podían ser asistidos por un ministro de su confesión en caso de condena a muerte, se les eximía de asistir a la misa y podían ser autorizados a comunicar con un ministro de su confesión si acreditaban no profesar el catolicismo.

⁷⁷⁹ MARTÍNEZ DÍEZ, G. *“Masonería y Tolerancia en el Siglo XVIII”*. Instituciones de la España Moderna. Actas Editorial. Madrid, 1.997. Págs.233-234.

constituyendo una figura nuclear para la inserción social y el control de la conducta de los liberados condicionales y definitivos⁷⁸⁰.

En el artículo 16 de la Constitución de 1.978 la libertad religiosa se corresponde con la vertiente trascendente de la libertad ideológica, pero más que por el contenido de las ideas se distingue por su ejercicio comunitario o colectivo (sin perjuicio de su componente individual) que alcanza su máxima expresión externa mediante los actos de culto.

En este ámbito esencial debemos destacar la elevada perspectiva que demostraron los distintos partidos políticos en orden a superar una de las causas de enfrentamiento entre españoles dentro del espíritu de la Transición y que inspiró la redacción de la normativa penitenciaria analizada⁷⁸¹.

En julio de 1.980, meses después de la entrada en vigor de la Constitución, de la Ley Penitenciaria y con posterioridad a la firma del vigente Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede⁷⁸² se aprobó la Ley Orgánica 7/1.980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, siendo considerada como una ley abierta que ha permitido su adaptación a las distintas situaciones sociales del momento y que se ha traducido en su aplicación pacífica a lo largo de estos años, sin olvidar que la llamada “*cuestión religiosa*” ha sido uno de los elementos de discordia en la sociedad y en la política española desde el Siglo XIX.

⁷⁸⁰ El artículo 383 del Reglamento de 1.956 establecía hasta 25 obligaciones y funciones propias de estos empleados públicos.

⁷⁸¹ Téngase en cuenta la intervención de Santiago Carrillo en el Congreso de los Diputados, con ocasión de la aprobación del Art. 16 de la C.E de 1978: “*Si nosotros hemos votado el texto del dictamen no es porque estemos dispuestos a dar ningún privilegio particular a la Iglesia católica ni porque creamos que es una forma vergonzante o solapada de afirmar la confesionalidad del Estado. No hay ninguna confesionalidad solapada*”. “*Lo que hay, me parece, de una manera muy sencilla, es el reconocimiento de que en este país la Iglesia Católica, por su peso tradicional, no tiene en cuanto fuerza social ningún parangón con otras confesiones igualmente respetables, y nosotros, precisamente para no resucitar la cuestión religiosa, básicamente para mantener ese tema en su justo límite, hemos aceptado que se cite a la Iglesia católica y a las demás religiones en un plano de igualdad*.” Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, N° 106 de 7-7-1978, Págs. 3984-3985 y 3994.

⁷⁸² El Estado Español y la Santa Sede suscribieron el Acuerdo de 3 de enero de 1.979, sobre Asuntos Jurídicos, que fue desarrollado a través de la Orden de 24 de noviembre de 1.993, por la que se dispone la publicación del Acuerdo con la Conferencia Episcopal sobre Asistencia Religiosa Católica en Establecimientos Penitenciarios.

Esta Ley Orgánica se refiere a la asistencia religiosa en su artículo segundo, en dos momentos distintos. De un lado, en su primer apartado, al enumerar algunas de las facultades inherentes al derecho de libertad religiosa individual y, de otro, en su tercer apartado, cuando dispone que los poderes públicos deben tomar las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en centros públicos. Se ha considerado:

“El derecho de libertad religiosa integra un “agere licere” (que permite a los ciudadanos externalizar ese claustro íntimo, actuando con arreglo a sus propias convicciones y manteniéndolas frente a terceros) que también puede ser ejercido en situaciones de especial sujeción y con plena inmunidad de coacción, muy especialmente en estos casos, frente a los poderes públicos.

Sin embargo, en estas situaciones resulta indubitado que para que pueda hacerse efectivo el libre ejercicio de la religión, se requiere alguna colaboración por parte del Estado que, en su expresión mínima, debe traducirse, al menos, en no impedir que el interno pueda recibir asistencia de su propia confesión”⁷⁸³.

El planteamiento había sido previamente asumido en el artículo 54 de la Ley Penitenciaria que, dentro del Título II (del Régimen Penitenciario) señaló: *“La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse”.*

Otros artículos establecen principios de respeto a las convicciones religiosas en la alimentación (Art. 21.1), vestimenta y prendas religiosas (Art. 20.1), así como el fomento y estímulo en la participación en actividades de este tipo (Art. 24) y en la comunicación con sacerdotes o ministros de la religión (Art. 51.3.).

El Reglamento de 1.981, además de reiterar los principios esenciales de la Ley Orgánica, previó que, entre las dependencias con las que deberían contar los centros, hubiera un local destinado a culto religioso. También estableció, como novedad, que los internos pudieran participar en la

⁷⁸³ CAÑAMARES ARRIBAS, S. *“Ley Orgánica de Libertad Religiosa: Oportunidad y Fundamento de una Reforma”*. Derecho Canónico en Tiempo de Cambio. VV.AA. Coordina: OTADUY GUERÍN, J. Ed. Dykinson. Madrid, 2011.

programación y desarrollo de las actividades de distinto tipo, entre ellas las religiosas, organizadas o autorizadas por la Dirección de los Centros.

La asistencia religiosa se regula en el vigente Reglamento en el Capítulo Tercero del Título IX (“*de las prestaciones de la Administración*”) y es abordada desde la perspectiva jurídica y no tratamental. Reitera la proclamación de la libertad religiosa y el compromiso de facilitar los medios para su ejercicio efectivo y declara que “*ningún interno sería obligado a asistir o participar a los actos de una confesión religiosa*”.

Respecto a la figura del Capellán, como órgano unipersonal dentro de la administración penitenciaria, el Reglamento de 1.981 contuvo un residuo de su consideración confesional anterior. Así, el artículo 293.1 señalaba:

“ejercen en los Establecimientos funciones cuasi-parroquiales, aunque, por no estar exentos de la jurisdicción ordinaria, dependen del Párroco correspondiente en todo lo que concierne a los derechos parroquiales. Por esta razón, podrán los Párrocos ejercer su sagrado ministerio en los Establecimientos Penitenciarios pertenecientes a su Parroquia, de acuerdo con el Capellán y con sujeción a las disposiciones de este Reglamento”.

En 1.992 el Estado español, siguiendo los postulados contenidos en los tratados internacionales suscritos en la materia (Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1.948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1.966, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma 4 de noviembre de 1.950 y en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra en 1.955)⁷⁸⁴ y del Acuerdo con la Santa

⁷⁸⁴ El principio fundamental de estas Reglas se contiene en el número 6.1.: “*deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento y otra situación cualquiera. 2) Por el contrario, importa respetar las creencias religiosas y los preceptos morales del grupo al que pertenezca el recluso*”.

La Regla 41.1) dispone, respecto a la religión: “*si el establecimiento contiene un número suficiente de reclusos que pertenezcan a una misma religión, se nombrará o admitirá un representante autorizado de este culto. Cuando el número de reclusos lo justifique, y las*

Sede de 3 de enero de 1.979, estableció los Acuerdos de Cooperación con las tres minorías religiosas (Federación de Entidades Evangélicas, Federación de Comunidades Judías y la Comisión Islámica de España), que fueron aprobados por las Leyes 24/1.992, 25/1.992 y 26/1.992, todas ellas de fecha 10 de noviembre y desarrollados en el Real Decreto 710/2.006, de 9 de junio⁷⁸⁵. En cumplimiento de lo establecido en este Real Decreto elaboró la Instrucción 6/2.007, de 21 de febrero que comprende el ejercicio del culto, prestación de servicios rituales, instrucción y asesoramiento moral y religioso y, en su caso, las honras fúnebres. Según la Instrucción, para autorizar la entrada de ministros de culto se requiere que las Entidades firmantes de los Acuerdos con el Estado emitan el oportuno certificado que acredite la vinculación estable con la iglesia o comunidad. Además se exige un certificado negativo de antecedentes penales en España y, en caso de extranjeros, en su país de origen. Si la entidad religiosa no tuviera acuerdo de cooperación con el Estado, se requiere un certificado de estar legalmente inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia⁷⁸⁶.

Todas las Leyes son muy similares, contemplándose la asistencia religiosa en el respectivo artículo 9. En primer lugar se afirma la existencia del

circunstancias lo permitan, dicho representante deberá prestar servicio con carácter continuo. 2) El representante autorizado nombrado o admitido conforme al párrafo 1 deberá ser autorizado para organizar periódicamente servicios religiosos y efectuar, cada vez que corresponda, visitas pastorales a los reclusos de su religión. 3) Nunca se negará a un recluso el derecho de comunicarse con el representante autorizado de una religión. Y a la inversa, cuando el recluso se oponga a ser visitado por el representante de una religión, se deberá respetar en absoluto su solicitud.

La Regla 42 señala que “*Dentro de lo posible, se autorizará a todo recluso a cumplir los preceptos de su religión, permitiéndosele participar en los servicios organizados en el establecimiento y tener en su poder libros piadosos y de instrucción religiosa de su instrucción*”.

referido al tratamiento de los penados como vocación de hacer de los penados unas personas con voluntad de vivir conforme a la ley, se considera que debe recurrirse, en particular, “*a la asistencia religiosa*”. (Regla 66.1 en relación con la Regla 65).

⁷⁸⁵ Celebrados al amparo de lo previsto en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa que prevé “*El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenidos de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales*”.

⁷⁸⁶ PÉREZ CEPEDA, A.I. y FERNÁNDEZ GARCÍA, J. *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Penal*. Tomo VI. Derecho Penitenciario. (VV.AA). Iustel. Madrid, 2.010. Págs. 136-137. FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2.011. Págs. 587-588.

derecho a la asistencia religiosa de los internados en Centros o Establecimientos penitenciarios, hospitalarios o asistenciales (y otros análogos) del Sector público; cuyo ejercicio se garantiza a través de la labor de los respectivos ministros de culto designados por las distintas Iglesias o Comunidades, y debidamente autorizados por los Centros públicos concernidos. También se lleva a cabo una interpretación auténtica de los conceptos “*funciones de culto o asistencia religiosa*” señalándose que son

“Las dirigidas directamente al ejercicio de culto, administración de Sacramentos, cura de almas, predicación del Evangelio y magisterio religioso”.

Para evitar la captación ilegítima de fieles, en los tres Acuerdos se establece que la asistencia religiosa “*se prestará con pleno respeto al principio de libertad religiosa*” y con sometimiento a las normas de régimen interno de los establecimientos, especialmente en el caso de las Instituciones penitenciarias. En todo caso, el acceso de los ministros religiosos en estos Centros para el desarrollo de su labor pastoral, es libre y sin limitación de horario.

Por el contrario, con las confesiones sin acuerdo no se prevé en la normativa ninguna garantía especial con respecto a las confesiones en sí. En estos casos la asistencia religiosa carece de una dimensión propiamente confesional, limitándose el ordenamiento a garantizar la asistencia religiosa de los internos, individualmente considerados, y en la medida en que éstos la demanden, de conformidad con la legislación general.

En estos supuestos entendemos que es de aplicación lo previsto en el Reglamento de 1.996 (criterio que recoge la precitada I 6/2.007, de 21 de febrero). La autorización a los ministros de estas confesiones corresponde a la dirección del Centro que habrá de concederse siempre que la confesión afectada esté inscrita en el Registro de Entidades Religiosas. En el caso de Confesiones no inscritas (como ocurre en la actualidad con los Testigos de Jehová), la condición de ministro de culto deberá de ser valorada en cada caso.

El Reglamento ha suprimido del articulado la regulación de la figura del Capellán. Como novedad principal se ha señalado que la asistencia religiosa, en lugar de venir referida a los ministros de culto, pasa a ser vinculada a las confesiones inscritas: *“Todos los internos tendrán derecho a dirigirse a una confesión religiosa registrada para solicitar su asistencia siempre que ésta se preste con respeto a los derechos de las restantes personas”* (Art. 230.1).

También se prevé la posibilidad de que se pueda habilitar en los Centros un espacio para la práctica de los ritos religiosos (aspecto que en el caso de los católicos no es potestativo sino vinculante, según el Acuerdo suscrito). La Autoridad penitenciaria facilitará a los fieles el cumplimiento de los ritos, días festivos y régimen alimenticio propios de su confesión, en la medida en que lo dispongan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad del Centro y los derechos fundamentales de los restantes reclusos. Desde otra perspectiva, el Reglamento introduce unas disposiciones que tienden a convertir a los centros penitenciarios en espacios donde se reserva la privacidad de las personas al prohibir que en el ejercicio de sus funciones la Administración consigne datos referentes a la ideología, religión o creencias de los reclusos salvo con su consentimiento⁷⁸⁷.

11.2.- El voluntariado religioso en prisiones

Conforme a la evolución de la propia sociedad española a lo largo del periodo democrático, el voluntariado se ha implantado de forma sólida en la institución penitenciaria. Se ha transitado desde la práctica caritativa y piadosa que ha acompañado tradicionalmente al privado de libertad hasta el ejercicio comprometido de la solidaridad en un contexto de reconocimiento de derechos⁷⁸⁸.

⁷⁸⁷ Respecto a la regulación efectuada por el R.D. 190/1.996, de 9 de febrero: MANTECÓN SANCHO, J. *“La Asistencia Religiosa Penitenciaria en las Normas Unilaterales y Acuerdos con las Confesiones”*. Ius Canonicum, XXXVII, Nº 74. Madrid, 1.997. Págs. 585 a 587.

⁷⁸⁸ Recordamos a Concepción Arenal señalando que los visitantes deben ser personas *“de corazón, modestia, perseverancia; he aquí lo esencial, a nuestro parecer, para visitar con fruto al encarcelado. No son necesarias dotes excepcionales, ni cualidades brillantes, y aún podrá suceder y sucederá muchas veces que un hombre en apariencia vulgar, haga más bien que otro más inteligente y más instruido: el corazón y el carácter influirán en el*

Esta situación viene constatada con la aprobación de la Ley 6/1.996, de 15 de enero, del Voluntariado, que encauza la actividad altruista de la sociedad civil en la erradicación de situaciones de marginación y en la construcción de una sociedad en la que todos los ciudadanos gocen de unos parámetros vitales compatibles con la noción de dignidad. Como señala BERISTAIN IPIÑA,

“Pasó ya el tiempo en que el Voluntariado era una forma de paternalismo, una ayuda mutua, una faceta caricaturesca de la caridad. Hoy es un derecho que los ciudadanos tenemos de participar en la convivencia social, como aparece en la Constitución Española cuando el art. 9.2. establece que “Corresponde a los poderes públicos...facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.””⁷⁸⁹.

La Ley establece como requisitos para que las personas jurídicas públicas o privadas sin ánimo de lucro legalmente constituidas a través de las que se ejercita el voluntariado que tengan personalidad jurídica propia y que se dediquen a la realización de programas en el marco de las actividades de interés general contemplada por la Ley.

Surge un ámbito de intersección entre lo que constituye asistencia religiosa sensu estricto y práctica del voluntariado a través de asociaciones vinculadas a confesiones que trabajan en la mejora social y personal de los reclusos. Esta ayuda de inspiración confesional no es asistencia religiosa en sentido estricto ni es aplicable a su actuación los mecanismos previstos entre el Estado y las confesiones religiosas, por más que su actividad esté guiada por sus valores propios y coincidentes.

El artículo 62 del Reglamento de 1.996 ha pretendido establecer claramente una línea divisoria entre el voluntariado en prisiones y

preso más que la razón superior y los vastos conocimientos; los hábitos intelectuales muy elevados, pueden ser hasta un obstáculo para hacerse comprender de personas acostumbradas a discurrir poco y mal”. ARENAL PONTE, C. El Visitador del Preso. Tomo XII. Suárez. Madrid, 1.946. Págs. 15-16.

⁷⁸⁹ BERISTAIN IPIÑA, A. “Voluntarios y/o benévolos en favor de los presos y en contra de nuestras cárceles”. Revista de Estudios Penitenciarios N° 239. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.988. Pág. 11-

asistencia religiosa en el medio, pero en la práctica se confunde en numerosas ocasiones⁷⁹⁰.

En las diócesis se han estructurado y desarrollado las Pastorales Penitenciarias con actividad en los centros penitenciarios y en todo el ámbito diocesano, siendo clave la Declaración de la Comisión Episcopal de Pastoral Social de la Conferencia Episcopal sobre “*Las comunidades cristianas y las prisiones*” de noviembre de 1986 que regula y potencia el trabajo impulsado desde el Departamento de Pastoral Penitenciaria de la Conferencia Episcopal Española y las iniciativas que cada diócesis han ido promoviendo durante estos años.

La aproximación de la Iglesia al mundo penitenciario se realiza desde postulados críticos y exigentes respecto tanto a los infractores como a los gobernantes en orden a alcanzar sociedades justas basadas en principios morales. Sirva como ejemplo las palabras de Juan Pablo II con motivo de la celebración del Gran Jubileo del Año 2.000:

“Es de desear un cambio de mentalidad que ayude a favorecer una conveniente adaptación de las instituciones jurídicas. Ello supone, como es obvio, un amplio consenso social y especiales competencias técnicas. En este sentido, llega un llamamiento enérgico desde innumerables cárceles diseminadas por todo el mundo, donde están segregados millones de hermanos y hermanas nuestros. Ellos reclaman sobre todo una adecuación de las estructuras carcelarias y a veces también una revisión de la legislación penal. Deberían abolirse finalmente de las legislaciones de los

⁷⁹⁰ El artículo 62 RP de 1.996 regula la participación y colaboración de las Organizaciones no gubernamentales. Lo hace en un Capítulo (VII) dentro del Título II (*Organización general*) que se inicia con un primer punto que establece los requisitos formales que debe contener la solicitud de colaboración. Esta petición se tramita conforme dispone el segundo punto (informe de la Junta de Tratamiento y aprobación por el Centro directivo). En el tercero se establece la necesidad de realizar, una vez finalizado el programa concreto, la correspondiente evaluación del impacto y resultados del programa. En el punto cuarto se dispone que la Administración Penitenciaria fomentará, especialmente, la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda a reclusos extranjeros. Más allá de las cuestiones formales, nada dispone la normativa vigente respecto a la trascendencia de estas organizaciones dentro del mandato constitucional reeducador. La práctica diaria ha supuesto un desarrollo importante de la labor de las ONGs, presentando un conjunto complejo y diversos de programas que, además de lo señalado, implica dar a la criminalidad en la sociedad una visión diferente en línea con las modernas doctrinas científicas.

Estados aquellas normas contrarias a la dignidad y a los derechos fundamentales del hombre, como también las leyes que obstaculizan el ejercicio de la libertad religiosa para los detenidos. Deben revisarse también los reglamentos penitenciarios que no prestan suficiente atención a los enfermos graves o terminales; igualmente, se deben potenciar las instituciones destinadas a la tutela legal de los más pobres.

Pero, incluso en los casos en los que la legislación es satisfactoria, muchos sufrimientos de los detenidos provienen de otros factores concretos. Pienso, en particular, en las condiciones precarias de los lugares de reclusión en los que los encarcelados se ven obligados a vivir, así como a las vejaciones infligidas a veces a los presos por discriminaciones motivadas por razones étnicas, sociales, económicas, sexuales, políticas y religiosas. En ocasiones, la cárcel se convierte en un lugar de violencia parangonable a los ambientes de los que frecuentemente provienen los encarcelados. Esto hace inútil, como es evidente, todo intento educativo de las medidas de reclusión. Los encarcelados se enfrentan también con otras dificultades, como los obstáculos para poder mantener contactos regulares con su familia y los seres queridos, y carencias graves se encuentran a menudo en las estructuras que deberían ayudar a quien sale de la prisión, acompañándolo en su nueva inserción social”⁷⁹¹.

En esta línea, el 27 de julio de 2013, el Papa Francisco, con motivo del encuentro mantenido con la clase dirigente de Brasil en el Teatro Municipal de Río de Janeiro, dentro de las actividades de la Jornada Mundial de la Juventud, defendió con nitidez el Estado laico señalando:

“Es fundamental la contribución de las grandes tradiciones religiosas, que desempeñan un papel fecundo de fermento en la vida social y de animación de la democracia. La convivencia pacífica entre las diferentes religiones se ve beneficiada por la laicidad del Estado, que, sin asumir como propia ninguna posición confesional, respeta y valora la presencia del factor religioso en la sociedad, favoreciendo sus expresiones concretas.

⁷⁹¹ En: “Marco para un Plan de Pastoral Penitenciaria. Mensaje Jubilar de Juan Pablo II pronunciado en El Vaticano el 24 de junio de 2000”. Fundación Ágape. Lleida, 2004.

Cuando los líderes de los diferentes sectores me piden un consejo, mi respuesta es siempre la misma: diálogo, diálogo, diálogo. El único modo de que una persona, una familia, una sociedad, crezca; la única manera de que la vida de los pueblos avance, es la cultura del encuentro, una cultura en la que todo el mundo tiene algo bueno que aportar, y todos pueden recibir algo bueno a cambio. El otro siempre tiene algo que darme cuando sabemos acercarnos a él con actitud abierta y disponible, sin prejuicios. Sólo así puede prosperar un buen entendimiento entre las culturas y las religiones, la estima de unas por las otras sin opiniones previas gratuitas y en el respeto de los derechos de cada una. Hoy, o se apuesta por la cultura del encuentro, o todos pierden; seguir la vía correcta hace el camino fecundo y seguro”⁷⁹².

12.- PROBLEMAS PRÁCTICOS EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA PENAL Y PROCESAL

La estabilidad en el funcionamiento de la Institución se ha visto sometida a diversas pruebas no siempre bien conocidas y apreciadas por los operadores jurídicos. Baste recordar la situación producida con la entrada en vigor del Código Penal de 1.995 y las distintas resoluciones judiciales divergentes en orden de determinar la norma penal más favorable y la valoración que la redención de penas por el trabajo tenían en estos expedientes⁷⁹³.

Una situación caracterizada por la indefinición e incluso por la confusión inicial con la que se abordó tuvo su origen la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en fecha 28 de abril de 2.008 (STC 57/2008) que provocó informaciones objeto de tardíos comentarios y artículos de opinión en la literatura científica⁷⁹⁴, pasando desapercibida durante varios meses para la doctrina.

⁷⁹² Discursos del Papa Francisco: <http://www.aciprensa.com/Docum/documento.php?id=531>

⁷⁹³ Tratado por FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2.011. Págs. 142 a 144.

⁷⁹⁴ Periódico “El País” de fecha 12 de enero de 2.009 Pág. 10, firmada por Julio M. LÁZARO que contenía las tres noticias relacionadas entre sí bajo el título “El Tribunal Constitucional reduce la cárcel a delincuentes reincidentes”, “Una nueva doctrina que limita sensiblemente los castigos”, “El cómputo de un mes de prisión preventiva pasó a ser

La interpretación novedosa de la legislación del momento permitió que a los reos que estuvieran cumpliendo una condena se les computara el tiempo de prisión provisional dictado en otro procedimiento distinto y se abonaran todos los días en una segunda condena una vez fuera firme. Es decir, se abonaron dos días de pena por cada uno de los cumplidos dentro de la cárcel: uno de la pena que estaba cumpliendo y otro de la prisión provisional que se rebajó de la condena futura. Se rompió el criterio tradicional en las propuestas de liquidaciones de condena elaboradas por los centros en supuestos de existencia de varias condenas, principio intangible por el que, (salvo en las llamadas “condenas enlazadas”) un mismo día de cumplimiento nunca podría ser abonado en dos causas distintas.

En la práctica forense penitenciaria nos encontramos ante una situación imprevista y novedosa que obligó a revisar un número muy elevado de situaciones en la medida en que es frecuente la presencia de reclusos penados con causa en preventiva o en algún momento de su estancia en prisión atravesaron por esta situación procesal.

La original doctrina del Constitucional⁷⁹⁵ generó asombro y desconcierto en Juzgados y Fiscalías en la medida en que afectaba a supuestos de cumplimiento de largas condenas que coincidían con diversos mandamientos de prisión por la eventual comisión de numerosos y graves delitos. La aplicación práctica también produjo situaciones difícilmente

de nueve meses con el nuevo sistema”. El autor de estos artículos interpretó que se trataba de la llamada doctrina Parot, pero al revés: “en vez de ampliar el tiempo de prisión, lo reduce.” Resalta igualmente que la sentencia del Constitucional ha suscitado gran interés entre los miembros del Tribunal Supremo y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y se busca prever el alcance práctico que su aplicación generalizada puede llegar a tener. CERVELLÓ DONDERIS se refiere a esta cuestión al abordar el nacimiento de la relación jurídica penitenciaria. CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho Penitenciario*. 3ª edición. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.012. Págs. 119-120.

⁷⁹⁵ FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2.011. Págs. 105-106. Respecto al régimen de recursos señalan que “en el caso de tribunales colegiados (el régimen de recursos) experimenta una modificación: conforme a las reglas generales, súplica, salvo que se tratara del abono de prisión preventiva, en cuyo caso será factible el recurso de casación, ya que en estos casos procederá recurso de casación contra los autos de las Audiencias Provinciales que resuelven liquidación de condena de penas de prisión, dada la vigencia de su art. 4 de la Ley de 17 de enero de 1901, sobre abono de prisión preventiva, incluso tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, como se ha declarado expresamente los AATS de 28 de abril de 1998 (RJ 1998, 4706) y de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4866)”.

justificables como aquellas en las que, por ejemplo, durante un permiso penitenciario se cometieran otros delitos por el que un juez decretara prisión preventiva. El preso seguiría cumpliendo la pena impuesta por el delito condenado pero el tiempo que transcurriera desde que cometió el delito durante el permiso hasta que fuera juzgado y condenado se descontaría de la pena que se le impusiera por éste. Con ello, la pena que correspondiente por el segundo delito quedará reducida en su ejecución práctica.

Para evitar estas situaciones algunos jueces de instrucción recurrieron en la práctica a eludir decretar prisión provisional en una causa cuando constara con certeza que el reo cumplía pena de prisión, surgiendo el problema si llegaba a alcanzar la libertad o finalizaba la condena sin que el instructor lo advirtiera con la consiguiente excarcelación y, en consecuencia, propiciando su posible fuga. En suma, la Institución penitenciaria se encontró ante una situación inesperada, difícilmente gestionable en términos de seguridad jurídica y de previsiones de cumplimiento que llegó incluso a afectar a la procedencia y eficacia de la adopción de la medida cautelar de prisión provisional por parte de las autoridades judiciales instructoras. Desde otro punto de vista se consideró que la resolución jurídica incidía en la no siempre disimulada tensión entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional⁷⁹⁶.

El contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) número 57/2.008 de 28 de abril, responde a un recurso de amparo formalizado el día 10 de diciembre de 2.003. Los antecedentes fácticos pueden resumirse en que durante ocho meses en el demandante de amparo concurría la doble condición de condenado y preso preventivo, abonándose por el tribunal sentenciador de una de ellas la totalidad de este periodo. Ante la solicitud de abono de idéntico periodo para el cumplimiento de la segunda causa (y en la que se decretó prisión preventiva), el tribunal sentenciador se pronunció expresamente en sentido desfavorable al considerar que,

⁷⁹⁶“La resolución fue recibida en medios penitenciarios con estupor y fuentes del Supremo han comentado, no sin cierto desprecio, que se trata de “una de esas sentencias que el Constitucional hace sin pensar en las consecuencias”” señaló la noticia publicada por el Diario “El País” de 12 de enero de 2.009.

conforme al artículo 58 del Código Penal, no se puede abonar el mismo periodo de privación de libertad en dos causas distintas⁷⁹⁷.

La liquidación de condena practicada siguió los criterios tradicionales empleados para su aprobación cuando son elevadas por los centros penitenciarios a los órganos sentenciadores. Es relevante que estas propuestas de aprobación se elaboran en un gran número de ocasiones (varias decenas de miles anualmente) y nunca antes el criterio seguido fue cuestionado ni un supuesto similar había accedido a la demanda de amparo⁷⁹⁸.

La Audiencia Provincial de Las Palmas, como último tribunal sentenciador y competente, por lo tanto, para la aprobación de la liquidación, acogió el principio tradicional mantenido en la ejecución. Por el contrario, el demandante de amparo, quien formula la pregunta:

“¿En qué precepto de qué Ley aparece formulado ese principio, en qué Jurisprudencia de qué Tribunal se apoya esta afirmación, en qué argumento legal o jurisprudencial se autoriza a interpretar ob legem, propter legem o extra legem la normativa penal en la forma más perjudicial para el reo?”.

Concluye invocando la vulneración del derecho fundamental a la libertad prevista en el Art. 17.1 de la Carta Magna y solicita la aplicación del principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a los derechos fundamentales.

⁷⁹⁷La redacción original en 1.995 del artículo 58.1 del Código Penal disponía: “El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión”. La Ley Orgánica 15/2.003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2.004 modificó la redacción y dispuso “el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad puede ser abonado en más de una causa”

⁷⁹⁸ Sobre el contenido de las liquidaciones de condena, el procedimiento de elaboración y aprobación y sus repercusiones jurídicas: CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho Penitenciario*. 3ª edición. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.012. Págs. 331 a 338.

Sentadas las bases del litigio, procede señalar que el Tribunal de Instancia (Audiencia Provincial) y el Ministerio Fiscal sostuvieron que el abono de los días en los que ha sido privado de libertad preventivamente en la causa acordada, al margen de la consideración de que se encuentra penado en otra distinta y cumpliendo condena por ella, implicaría el abono de un mismo día para la extinción de dos responsabilidades. Esta interpretación no seguiría lo previsto en el Art. 58 C.p que permite el abono:

“En causa distinta de la que se decretó, de oficio o a petición del interesado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa en centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del Ministerio fiscal. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar”.

El Tribunal Constitucional concedió el amparo solicitado partiendo de los presupuestos siguientes:

a) Aborda la diferencia esencial entre la prisión provisional y la pena. La prisión preventiva es definida como:

“medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que eventualmente puede ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia, de forma que no es, en modo alguno, una especie de pena anticipada.”.

Esta diferencia ontológica no impide que, coincidiendo en el tiempo con la ejecución de la pena, una persona sea sometida a la medida cautelar definida. Refuerza la reiterada doctrina que evita cualquier consideración de la prisión preventiva como cumplimiento anticipado. Si la prisión cautelar no es condena previa, no existiría inconveniente en que un mismo día de privación de libertad se abonara en dos procesos distintos.

b) Realiza una interpretación conforme a la norma aplicable al momento en el que la prisión provisional se acordó (junio de 2.002) que difiere de la vigente tras reforma del Art. 58 del Código por L.O. 15/2.003, de 25 de noviembre y en la que no se incluía la previsión establecida por el Art. 58.3 (que limita la aplicación del abono de periodos de prisión a causas distintas a supuestos que tuvieran su motivación en hechos anteriores). Ponderando la voluntad del legislador, el Constitucional consideró que si hasta esa reforma la legislación

“No incluyó ninguna previsión sobre el no abono de tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo y, por lo tanto, no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación en virtud de la cual pueda llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, regulado en el artículo 58.1 C.P., basada en un dato ausente de éste”.

c) Reconoce y pondera la afectación de diversos aspectos penitenciarios al producirse la situación de penado con causa en preventiva, siendo los más relevantes: la no clasificación de interno (con imposibilidad de acceder al régimen de semilibertad), no poder acceder a permisos ordinarios de salida o a la libertad condicional en la causa penada. Resalta los efectos negativos que en el cumplimiento de una causa penada conlleva la situación de prisión preventiva por lo que considera implícitamente que el cómputo para el cumplimiento de ambas viene a compensar los perjuicios causados.

Nos encontramos ante una situación frecuente, nunca antes cuestionada ni prevista en la Ley penitenciaria, regulada en el artículo 104 del Reglamento de 1.996 (que modificó las previsiones del de 1.981) y que impide formular propuesta de clasificación inicial cuando un penado tuviese una o varias causas en situación de preventivo o incluso determina desclasificar a los penados ya clasificados si se decretara su prisión preventiva por otra u otras causas; todo en orden a evitar cualquier eventual salida temporal del establecimiento (salidas programadas, permisos ordinarios) aunque suponga incluso negar el acceso a la liberación condicional. El interno queda

abocado al cumplimiento total y definitivo de la responsabilidad pese a que hubiera incluso rebasado las dos terceras o tres cuartas partes de la pena en cumplimiento, más la que pudiera corresponder en el caso de resultar penado. En consecuencia, establece el vaciamiento de todos los aspectos jurídicos que conlleva la clasificación de un penado mientras perviva la medida cautelar de tipo personal proyectando unas consecuencias desproporcionadas en estos supuestos difícilmente compatibles con el derecho fundamental a la presunción de inocencia que reconoce el texto constitucional⁷⁹⁹.

Como se ha señalado, el Tribunal Constitucional, sin que hubiera habido previo pronunciamiento del Tribunal Supremo al tratarse de un incidente en la ejecución de las sentencias sin acceso a la casación (el Tribunal sentenciador emitió la resolución impugnada al resolverse un Recurso de súplica), concedió el amparo solicitado conmoviendo la práctica diaria de los centros penitenciarios⁸⁰⁰.

⁷⁹⁹ Debemos considerar la eventual colisión entre esta disposición reglamentaria con lo previsto en el artículo 64.2 de la Ley Orgánica como apuntó MONTERO HERNANZ. La Ley Orgánica dispone sin excepción: *“una vez recaída sentencia condenatoria, se completará la información anterior con un estudio científico de la personalidad del observado, formulando en base a dichos estudios e informaciones una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptación social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda”*. MONTERO HERNANZ, T. *“La evolución de los criterios de individualización de la pena. La Sentencia 57/2.008 del Tribunal Constitucional”*. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 759/2.008. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2.008. Edición digital. También: *“Modificaciones de la Ley Orgánica 5/2010 con relevancia penitenciaria”*. Diario La Ley, N° 7751, dic. 2011. Págs. 8 a 10.

⁸⁰⁰ Como señala MONTERO HERNANZ, T. (*“La evolución en los criterios de individualización de la pena: la Sentencia 57/2.008, del Tribunal Constitucional”*. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 758/2.008. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 2.008. Edición digital.) según los datos estadísticos elaborados por el Servicio de Planificación y Seguimiento de la Secretaría General de Asuntos Penitenciarios correspondientes al 31 de marzo de 2.008, existían un total de 58.397 internos ingresados en las prisiones españolas excepto las catalanas, de los cuales 42.828 cumplían pena de prisión, y de estos 695 (1,62%) tenían al mismo tiempo alguna causa en situación de prisión provisional. Hay que considerar que entre el resto de “penados puros” muchos de ellos hubieran estado durante algún tiempo en la situación de preso provisional y penado en otra causa. Finalmente es preciso tener presente que existen casos de penados que ya han extinguido sus condenas y en su momento la liquidación practicada en la causa en la que había sufrido prisión preventiva, descontó el tiempo de privación de libertad en que simultáneamente cumplía una condena firme. En estos casos, si el sujeto reingresara para el cumplimiento de otra causa cuyos hechos hubieran sido cometidos en un momento anterior al de la medida cautelar sufrida, el tiempo no abonado en su momento lo sería ahora, pudiéndose dar el caso de que ni siquiera tuviera que ingresar en prisión.

Respecto al alcance de la Resolución debemos considerar que las sentencias de amparo tienen efecto limitado al recurrente. Sin embargo, situaciones similares accedieron al Recurso de casación ante el Tribunal Supremo amparadas por lo dispuesto en el Art. 849.1 de la L.E.Cr., por infracción de ley (aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 58 del Código Penal), al haberse apartado la resolución recurrida de la interpretación realizada en la jurisprudencia del Tribunal constitucional.

La primera Sentencia del Tribunal Supremo que abordó esta cuestión (1.391/2.009, de 19 de diciembre) realizó consideraciones críticas sobre la doctrina del Constitucional desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, del derecho a la igualdad y de la buena fe procesal, acordando su aplicación ex. Art. 5.1 de la L.O.P.J., que dispone

“La Constitución es la norma suprema del Ordenamiento Jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los reglamentos según los preceptos y principios Constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

En sentencias posteriores el Tribunal Supremo asumió la doctrina del Constitucional eximiendo de la necesidad de probar el perjuicio al derecho a la libertad por parte de los afectados

“Porque no es aceptable que la carga de la prueba de la vulneración del derecho fundamental pese sobre el condenado, teniendo que justificar su discriminación penitenciaria sobre la base de la normativa que rige este ámbito de sujeción de la persona al Estado, además de no ser posible su previsión anticipada”⁸⁰¹.

Además estableció otras precisiones sobre dos aspectos prácticos presentes en la realidad. El primero es la existencia coincidente de causa en

⁸⁰¹ STS 667/2.010, de 11 de junio.

preventiva y el cumplimiento de varias condenas. El Supremo precisa que, de la doctrina del Constitucional, no puede extraerse que

“El tiempo de prisión provisional sufrido como medida cautelar sea repetidamente computable en las distintas penas impuestas, es decir una y otra vez el mismo tiempo de medida cautelar en todas las penas que inclusivamente hayan de cumplirse, restando siempre en cada una de ellas de forma repetida el tiempo que derivara en una de las causas la prisión provisional”.

La segunda de las aclaraciones viene referida a situaciones en los cuales se producen distintos periodos de prisiones preventivas en supuestos de aplicación de limitaciones en el cumplimiento, por lo que estos periodos de prisión preventiva se aplicarán

“En cada una de las penas impuestas en su respectivo procedimiento y no sobre el total del máximo de cumplimiento (por aplicación de la regla que se disciplina en los artículos 75 y ss. C.P.)⁸⁰².

Como establece JUANATEY DORADO, La situación práctica provocada por la novedosa doctrina determinó la modificación de lo dispuesto en el artículo 58 del Código penal, reforma efectuada por el artículo 17 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio⁸⁰³. En el apartado Vº de la Exposición de motivos se justificó de la siguiente manera:

“Para solucionar los problemas interpretativos surgidos acerca de cuál es el procedimiento penal donde debe abonarse el tiempo de prisión provisional sufrido por un imputado que al mismo tiempo está cumpliendo una pena de privación de libertad impuesta en otra causa, se procede a la modificación del artículo 58 para dejar claro que en esos supuestos solamente será de abono el tiempo de prisión realmente sufrido en la liquidación de condena referente a la pena que esté cumpliendo”⁸⁰⁴.

⁸⁰² La primera precisión sobre el alcance de la STC es realizada por la STS 74/2011, de 28 de enero. La segunda se establece, entre otras, en la STS 1.060/2.011, de 21 de octubre.

⁸⁰³ JUANATEY DORADO, C. *Manual de Derecho penitenciario*. Iustel. Madrid, 2.011. Págs.224.

⁸⁰⁴ El artículo 58 ha quedado redactado, tras modificación por L.O. 5/2.010, de 22 de junio, de la siguiente manera: “1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de

Esta modificación ha zanjado la polémica suscitada adoptándose criterios sólidos para proceder en este trámite esencial, hallándose pendiente del establecimiento de un procedimiento que añada al informe previo del Ministerio Fiscal un trámite de audiencia de las propuestas de las resolución que se elaboren a los penados y sus representantes legales; aspecto que consideramos forma parte del contenido de las garantías en la ejecución y de la responsabilidad inherente a la asistencia letrada que, no lo olvidemos, no finaliza con la firmeza de la sentencia condenatoria.

Por repercutir de forma directa en el derecho a la libertad y afectar al funcionamiento interno de los establecimientos, entendemos que todos los aspectos procesales y procedimentales en el cumplimiento de las penas constituyen cuestiones del máximo interés que apenas han llamado la atención de la doctrina ni la preocupación de los operadores jurídicos.

La liquidación de condena es uno de estos documentos esenciales firmados por el juez y el secretario del juzgado o tribunal en los que consta el día de ingreso en prisión de la persona condenada, el tiempo que debe permanecer cumpliendo la condena y los días de prisión preventiva que deben abonarse, sentando así de manera inicial y fehaciente las expectativas de cumplimiento y de intervención que se pueden establecer.

La primera referencia legal se encuentra en el artículo 349 de la L.O. 2/1.989, de 13 de abril, Procesal Militar⁸⁰⁵. Con posterioridad, la

la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa. 2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal. 3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar. 4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente”.

⁸⁰⁵ Art. 349 L.O. 2/1.989, de 13 de abril: “En todos los casos en que la pena impuesta sea de privación de libertad, se practicará por el Secretario del Tribunal, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se reciba el procedimiento, una liquidación de condena que comprenderá los siguientes extremos:

- a. Fecha en que el reo fue detenido o constituido en prisión.
- b. Fecha en que se hizo ejecutoria la sentencia.
- c. Tiempo que le fuera de abono por haber estado en prisión preventiva o atenuada, detenido o arrestado por los mismos hechos.

Disposición transitoria cuarta del vigente Código Penal empleó este concepto como documento necesario para proceder a la revisión de las condenas impuestas y determinar la norma penal más favorable consecuencia de su entrada en vigor.

La ausencia de procedimiento para la tramitación y aprobación de las liquidaciones ha sido solventada por una práctica seguida en los juzgados y tribunales:

“Generalmente la liquidación se confecciona por el secretario judicial, dándose traslado de la misma al Ministerio Fiscal para que informe (excepcionalmente algunos juzgados la comunican al penado a través de su procurador). Una vez devueltas las actuaciones al órgano judicial, se aprueba mediante auto (aunque en algunos juzgados se lleva a cabo mediante providencia) y se remite al Centro penitenciario. En la práctica la liquidación se lleva a cabo sin ser oído el penado y en la mayoría de los casos no se le notifica, circunstancia esta que podría facilitar su impugnación, por lo que fácilmente podría ser declarada nula y retrotraerse lo actuado a un momento en el que pudiera ser oído el condenado”⁸⁰⁶.

En un momento posterior, de forma previa a la puesta en libertad de los penados y como presupuesto de su excarcelación, procede elevar por el Director del Centro la propuesta de libertad, trámite que se realiza conforme a lo dispuesto en el apartado primero del Art. 24 del Reglamento Penitenciario,

“(1) Para poder proceder a la liberación de los condenados a penas privativas de libertad será necesaria la aprobación de la libertad definitiva

-
- d. Duración de la condena.*
 - e. Tiempo que le fuera de abono, en su caso, por indulto.*
 - f. Tiempo que le restare por cumplir, después de deducido el abono, y día en que dejase extinguida su condena, con indicación, si es militar, de si ha de volver o no al Ejército. Si tuviere que cumplir previamente otras condenas, no se señalará el día de extinción.*

Se hará el cómputo de fechas con expresión de años, meses y días y se observarán las reglas siguientes:

- 1. Cuando la pena sea de un número de meses completos se contarán de treinta días.*
- 2. Cuando sea de años completos se contarán de trescientos sesenta y cinco días.”*

⁸⁰⁶ Según MONTERO HERNANZ, T. “La evolución de los criterios de individualización de la pena: la Sentencia 57/2008 del Tribunal Constitucional”. Actualidad Jurídica Nº 759/2008. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2.008.

por el Tribunal sentenciador o el expediente de libertad condicional por el Juez de Vigilancia”. (2) “Con una antelación mínima de dos meses al cumplimiento de la condena, el Director del establecimiento formulará al Tribunal sentenciador una propuesta de libertad definitiva para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, con arreglo a la liquidación practicada en la sentencia”. (3) “Si quince días antes de la fecha propuesta para la libertad definitiva no se hubiese recibido respuesta, el Director del establecimiento reiterará la propuesta al Tribunal sentenciador, significándole que, de no recibirse orden expresa en contrario, se procederá a liberar al recluso en la fecha propuesta”.

La labor del Centro es crucial en este aspecto al ser el que dispone de todos los datos relevantes de forma precisa, por lo que consideramos necesario se proceda a establecer una regulación legislativa de todo el proceso al objeto de dotar de seguridad jurídica al cumplimiento de las condenas, aspecto desconocido y en ocasiones despreciado desde diversos sectores jurídicos, propiciando así la delimitación indubitable del día inicial y final del cumplimiento de la pena como parte integrante del derecho fundamental a la libertad⁸⁰⁷.

Existe un verdadero derecho objetivo del interno a conocer de manera actualizada tanto la fecha en la alcanzará la excarcelación y todas aquellas resoluciones que modifiquen la misma así como la posible revisión judicial

⁸⁰⁷ Hay que considerar la escasa trascendencia que a estas resoluciones judiciales otorgó CARMENA CASTRILLO, M. *Crónicas de un desorden. Notas para reinventar la justicia*. Círculo de Lectores. Barcelona, 1.997, donde señala “Así dicho puede parecer que esta resolución judicial es de alguna utilidad. Pues no. Puede ser conveniente que el condenado conozca al ingresar en prisión el día en que se ha de producir su liberación. Pero, a pesar de no ser más que la expresión aritmética de la operación de adecuar las cifras de la sentencia a las fechas del calendario, la gran paradoja es que esa fecha final no sirve para nada.” (Pág. 66). Justifica sus conclusiones en las enormes modificaciones que estas fechas sufrían en aplicación del C.P. previo al vigente consecuencia del abono de reducciones de penas por el trabajo acordadas por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, aspecto que efectivamente se producía. Con la legislación vigente, esta resolución inicial constituye un instrumento válido para aportar seguridad jurídica en la ejecución (además de una información inicial fundamental). Con una legislación u otra, los abonos de los cómputos de prisión preventiva en las causas han constituido resoluciones imprescindibles para el correcto funcionamiento de los centros y para el más estricto respeto a la libertad personal de los reclusos como lo prueba el hecho de que situaciones de indefinición o confusión en las fechas ofrecidas han provocado alteraciones importantes en su comportamiento o inquietud en familiares y allegados.

de dichas previsiones a través del sistema de recursos establecidos contenido en el apartado k) del artículo 4 del vigente Reglamento⁸⁰⁸.

13.- VICTIMIZACIÓN DEL DELINCUENTE

La Norma penitenciaria española de 1.979 responde a los parámetros dominantes en aquel momento que parte del monopolio del Estado de la reacción penal e implica la imposibilidad de que las personas ofendidas tengan cualquier papel activo en el castigo a los autores de las lesiones a sus intereses. En los esquemas de la Escuela clásica la figura de la víctima no existía, girando en torno al delito, la pena y el procedimiento. Tampoco la Escuela positiva centró su interés en esta parte del binomio, volcando sus esfuerzos en el delincuente.

No es hasta la segunda mitad del Siglo XX cuando surge el interés por la víctima. A partir de este periodo y junto a la victimización primaria (entendida como la experiencia persona de las víctimas en función de las consecuencias físicas, económicas o psicológicas consecuencia de los delitos) se analizan los efectos que la maquinaria de la justicia penal produce en los autores de los delitos. Se acentúan los estudios sobre los procesos legislativos y la determinación de los comportamientos delictivos tipificados, la ineficacia, corrupción y brutalidad de la policía, los errores judiciales, la lentitud, costo y desigualdad de los ciudadanos, la pena de muerte o los efectos de la privación de libertad.

Se ha señalado que, en no pocas ocasiones, el victimario ha sido o se convierte en víctima. La comprensión del autor de hechos de delitos como víctimas de estructuras sociales injustas y de la marginación constituye un análisis necesario desde esta perspectiva. También se han incorporado los abusos policiales, la aplicación dudosa de la institución de la prisión preventiva, el hacinamiento y la violencia en las cárceles, los efectos destructores del ocio en las mismas y la utilización contra los liberados de

⁸⁰⁸ Son pocos los manuales que detallan este procedimiento. Destaca FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J. *Manual de Derecho Penitenciario*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2.011. Págs. 104 a 115.

sus antecedentes por parte de la sociedad⁸⁰⁹. Así lo señala RENART GARCÍA al afirmar

“Si bien la mayoría de los estudios victimológicos se ha centrado en las repercusiones directas que sobre la víctima genera la comisión de un hecho delictivo así como en los perjuicios derivados del contacto de ésta con el aparato represivo del Estado, la existencia de una victimización terciaria o postpenitenciaria, coincidente con la liberación condicional o definitiva del penado, constituye una realidad incuestionable pese al escaso interés que suscita tanto en la doctrina como en el propio tejido social⁸¹⁰”.

En la línea señalada debemos ubicar la Ley para la Eliminación de la violación en las Prisiones aprobada en 2.003 por parte del Gobierno de los Estados Unidos que ha entrado en vigor en mayo de 2.012. Su objeto es prevenir y reducir el número de reclusos víctimas de agresiones sexuales por parte de otros internos o de los funcionarios. Esta Ley es aplicable a las prisiones y cárceles federales y estatales, centros de detención de menores, correccionales y calabozos de policía dependientes del Departamento de Estado. Adopta medidas de tipo obligatorio (como confinar en celdas seguras a reclusos vulnerables –gais, lesbianas, bisexuales o transexuales-), formativas sobre los funcionarios o personal sanitario para que puedan detectar y prevenir posibles casos, facilitar el acceso a asesores, impedir que los menores puedan compartir celda con presos mayores de edad y prohibir los cacheos a mujeres y transexuales por parte de personal masculino. Finalmente propicia la presentación de denuncias contra funcionarios procedentes de los internos y de sus familias y abogados.

España se ha sumado en el año 2.010 a los países avanzados que ha aprobado un código deontológico destinado a los funcionarios de la

⁸⁰⁹ LANDROVE DÍAZ, G. *“La Victimización del Delincuente”*. Victimología VV.AA. dirigido por BERISTAIN IPÍÑA, A. Servicio Editorial Universidad del País Vasco. San Sebastián, 2.001. Págs. 151 a 158. En sus conclusiones y respecto a la privación de libertad ofrece una visión desfavorable aludiendo las palabras de KROPOTKIN quien señaló en 1.870 en su Libro Prisiones: *“Mientras privéis al hombre de libertad no lograréis hacerle mejor; cosecharéis, simplemente, la reincidencia”*. También NEUMAN, E. *Victimología*. Editorial Universal. Buenos Aires (Argentina), 1.984. Págs. 302 a 307.

⁸¹⁰ RENART GARCÍA, F. *La Libertad Condicional: Nuevo régimen Jurídico*. Edisofer, S.L. Madrid, 2.003. Pág. 269.

Institución configurado como un compromiso moral del servidor del servicio público sometido al control externo oportuno⁸¹¹. El texto, aprobado mediante Instrucción 1/2.011 de la Secretaría General de Asuntos Penitenciarios, recoge los comportamientos exigibles al personal penitenciario para dar satisfacción a diez postulados o principios rectores, como se denominan, que se establecen como básicos en el art. 3: cumplimiento de la legalidad, interés público, neutralidad, integridad, ejemplaridad, equidad, proporcionalidad, eficacia, transparencia y buena fe; todo ello sin perjuicio del código de conducta que como empleados públicos prevé el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2.007, de 12 de abril.

Estamos ante un planteamiento exigente, solamente alcanzable desde la integridad personal y la abnegada dedicación al servicio público que convierte al funcionario penitenciario español en un referente para el recluso y en paradigma de su reinserción.

Entendemos que el Código deontológico escrupulosamente cumplido por los profesionales reclutados y bien formados por la Administración eleva su categoría a la consideración de trabajadores implicados y ciudadanos modélicos bajo cuya dedicación la sociedad puede encomendar de forma confiada y vigilante a la vez la alta tarea asignada a la Institución⁸¹², culminándose los postulados planteados por BERISTAIN IPIÑA quien a lo largo de su labor docente e investigadora reclamó su elaboración y con su

⁸¹¹Un Código ético para este colectivo de trabajadores penitenciarios fue elaborado por una comisión de expertos creada por el Departamento de Justicia en Cataluña, presidida por el ex Defensor del Pueblo Álvaro Gil-Robles y aprobado en 2.004, siendo el primero en Europa.

⁸¹² Sobre la aprobación del Código ético véase el artículo publicado por GARCÍA VALDÉS, C. en el artículo “*Un Código ético para Instituciones Penitenciarias*”. Revista digital Cuarto Poder. 10 de enero de 2.011. (www.cuartopoder.es/tribuna/un-codigo-etico-para-instituciones-penitenciarias/974) o el artículo publicado en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (III) 2.010, Págs. 472-492, que recoge su conferencia pronunciada en el acto de clausura del curso de directivos de Instituciones Penitenciarias el 18 de junio de 2.010.

ejemplo personal estableció las pautas de intervención en este medio tan complejo y apasionante⁸¹³.

⁸¹³ BERISTAIN IPIÑA, A. “Decálogo del personal penitenciario”. Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Nº 6. Extraordinario. San Sebastián, 1.993. Págs. 115 a 118.

CAPÍTULO VI.- CONCLUSIONES

Como resultado de nuestra investigación hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1.- La Ley Orgánica 1/1.979, de 26 de septiembre, es una norma fundamental del Ordenamiento jurídico español

La primera Ley con este rango tras entrada en vigor de la Constitución se elaboró en una situación de extrema complejidad desde el punto de vista social, político y económico. La situación interna previa en las prisiones era de insoportable inseguridad física y jurídica fruto del cúmulo de diversos factores:

a) Inadecuación absoluta de los medios materiales y personales que cumplieran unos mínimos requisitos en calidad y suficiencia para alojar y atender a los internos, surgiendo la necesidad de adoptar un conjunto completo de medidas para aproximar la situación real a las exigencias de un estado democrático y social de derecho en términos de dignidad y respeto.

b) Existencia de una clamorosa demanda de los internos, alimentada por diversos colectivos sociales y partidos políticos en formación, para acceder a las mejoras de la nueva situación política en ciernes a través de la concesión de una amnistía de la que sí se beneficiaron un sector de los presos del franquismo.

c) Solicitud del reconocimiento de derechos elementales hasta entonces inexistentes y la adopción de medidas tendentes a mejorar las condiciones de vida de los centros en todos los órdenes e incrementar los contactos con el exterior, así como posibilitar el acceso a los nuevos postulados democráticos y plurales en surgimiento.

La ley se elaboró bajo los principios de consenso y participación que caracterizaron a toda la Transición política constituyéndose en símbolo del periodo en que se elabora, referente futuro de la legislación y modelo de inspiración del penitenciarismo internacional. La solución dada al problema

carcelario, abordado como cuestión de Estado, prueba la elevada capacidad demostrada por integrantes de los Poderes públicos para dar respuestas a las demandas sociales en términos de justicia y equidad.

Pese a no ser una norma novedosa en muchas de sus disposiciones, recoge con amplitud y equilibrio los postulados internacionales avanzados y potencia las reformas iniciadas con la modificación reglamentaria de 1.968 que asume los criterios tratamentales dominantes en Europa, de ahí su calificación como ecléctica.

Las teorías que desde diversos aspectos criticaban el abordaje clínico del comportamiento infractor eran conocidas y respetadas por los inspiradores de la Ley, adoptándose la única tendencia posible en aquel momento. Además, no obvia la finalidad abolicionista última que es la consecuencia lógica de la aplicación del principio penal ilustrado de intervención mínima al ámbito penitenciario.

Entendemos que el primer valor es su propia existencia como reconocimiento de la máxima preocupación hacia este sector de la sociedad tradicionalmente apartado y estigmatizado. La prisión y los presos que contiene se hacen visibles, asumiéndose un firme compromiso para mejorar sus condiciones vitales y jurídicas y así dotar de un nuevo sentido a tanto sufrimiento. La elaboración de una norma emanada del Poder legislativo frente a la tradicional regulación reglamentaria constituye una prueba elocuente del firme compromiso social y democrático asumido.

El rango orgánico otorgado aporta estabilidad y perdurabilidad a la norma, y su forma de aprobación, por aclamación de todos los Diputados en la votación final, escenifica el unánime consenso ciudadano en términos de justicia y de solidaridad con los débiles y la superación de la dictadura en el ámbito carcelario, poniéndose en marcha un sistema de garantías y libertades en el núcleo de lo que era símbolo de la represión anterior.

En los momentos de dificultad que se están atravesando en la actualidad y considerando la creciente demanda para organizar la convivencia pública conforme a principios compartidos, la Ley Orgánica penitenciaria recobra su valor simbólico como ejemplo del consenso político y resultado de la

superación de las discrepancias radicales y sistemáticas en los asuntos esenciales de la comunidad.

Finalmente es preciso señalar que la Ley penitenciaria española ha servido y sirve en la actualidad para transformar la realidad carcelaria y social. La legislación no ha regulado la realidad para consolidar el orden establecido sino que ha permitido e impulsado su profunda transformación. La aplicación de la norma de ejecución ha acercado la justicia a los reclusos desde otra perspectiva a la que tuvieron a lo largo del proceso penal padecido. A la dura realidad indeseada por quien la sufre se superpone el reconocimiento escrupuloso de sus derechos como recluso y la proximidad e inmediatez de la actuación de la autoridad judicial de vigilancia que se creó y que ha consolidado su intervención.

2.- Reafirmación del tratamiento penitenciario

La Ley Orgánica da respuesta al primer problema de la Institución que es el de su propia justificación: las prisiones reinsertan en la sociedad.

Por el contexto ideológico en que se elabora la Ley, se asumieron de forma prácticamente acrítica los postulados tratamentales derivados de la corriente dominante de la “nueva defensa social”. En esencia y así se plasma secuencialmente en la Ley Orgánica, el delincuente es una persona “anómala” que ha cometido un hecho tipificado como delito, siendo sometido a un proceso judicial y condenado por sentencia firme que desvirtúa su derecho fundamental a la presunción de inocencia. Una vez en prisión, es observado por un grupo de profesionales que obtendrán sus datos biográficos y ambientales lo que permite la posterior elaboración de un diagnóstico de personalidad que fundamentará el programa de tratamiento a aplicar por expertos en técnicas en modificación de la conducta, siempre que el afectado lo consienta.

Próxima su excarcelación se elaborará un pronóstico de reinserción y, en función de ello, gozará, tal vez, de la liberación condicionada (que conforme a las modificaciones previstas será una suspensión condicionada de la ejecución de la pena). Si el tratamiento produce el efecto previsto, regresará

a su entorno social convertido en un ciudadano responsable personal y socialmente.

A lo largo de la condena y bajo el concepto de individualización científica, será clasificado en alguno de los grados penitenciarios existentes que se correlacionan con aspectos regimentales o de condiciones de estancia en prisión.

Este es el modelo de tratamiento español explicado sintéticamente que deja abiertas algunas situaciones también resueltas en lo que pretende ser un sistema completo: al preventivo no se le puede tratar en la medida en que supondría una vulneración de su presunción de inocencia. Tampoco al que no lo acepta voluntaria y expresamente. Solo son aplicables las técnicas pertenecientes a las disciplinas que sirven a la modificación de la conducta. Serán suministradas en exclusiva por los expertos en esas disciplinas y por lo tanto es una labor monopolizada por un grupo de profesionales de alta cualificación.

Si analizamos los conceptos tratamiento, diagnóstico y pronóstico tienen un significado clínico que no es aplicable a la generalidad de los reclusos que pueblan hoy los establecimientos. El legislador, siguiendo corrientes europeas ya cuestionadas en 1.979, concibió a las prisiones como hospitales donde se ingresa a los enfermos, se les analiza, diagnostica, aplica un tratamiento, se aventura un resultado sobre su recuperación y se excarcela sanado o curado.

El planteamiento asumido estuvo desbordado por la realidad desde el inicio y no se ha efectuado nunca en los términos señalados. Se ha creado una sensación de fracaso de todo el sistema que se pretende objetivar a través de las cifras de reincidencia en la actividad delictiva de los exreclusos, de tal manera que cada reincidencia, cada "*recidiva de la enfermedad*" se computa como un fracaso de la Institución lo que genera uno de los problemas actuales del sistema español: su descrédito o abierto cuestionamiento y, en definitiva, la justificación de su propia validez.

Existe un Derecho penal comprometido con los problemas sociales en línea con los postulados del Estado social de derecho que formula

planteamientos maximalistas en los que la delincuencia no es asumida como un fenómeno ínsito de la sociedad sino que es prueba de su injusticia o de las desigualdades existentes. En esta concepción, la comisión de nuevos delitos es responsabilidad de las cárceles que por infinidad de motivos incumplen su labor constitucional.

A riesgo de alejarnos de estos postulados en cierta forma dominantes en la literatura actual, debemos reiterar que los centros penitenciarios son esenciales para la convivencia en las sociedades y han cumplido todos los mandatos establecidos en la Constitución.

Respecto a las funciones de reeducación y reinserción social, y no debemos olvidar que en su propia esencia la prisión también es castigo o reprensión y prevención general o reafirmación de la norma penal a través de su aplicación, la Institución penitenciaria las cumple.

¿Cómo rehabilitar a través del tratamiento si el tratamiento no se aplica? Para responder esta cuestión es esencial la nueva interpretación que se realiza del concepto tratamiento en el Reglamento penitenciario vigente aprobado en 1.996, coincidente con la entrada en vigor del actual Código Penal.

El planteamiento realista, incorporado básicamente por un grupo de juristas de la propia Institución, se resume en cuatro principios:

1.- El tratamiento debe ser intervención. Si la ociosidad es la mejor herramienta para la destrucción, se debe ocupar provechosamente a las personas durante su estancia en prisión.

Se recuperan para la finalidad pretendida aspectos tradicionales como la enseñanza, el trabajo y cualquier otra actuación tendente a mejorar el bagaje de respuestas que las personas poseen en su dimensión social (como son el deporte, las actividades ocupaciones y culturales, la educación para la salud o el desarrollo de habilidades sociales). Todas estas medidas pueden alejar a los internos de la decisión de delinquir y les permiten ocupar el tiempo de internamiento de manera útil, evitando su deterioro físico y mental. En último término siempre deberá existir un proceso personal de maduración y

de mejora en cuya realización el recluso posee todos los derechos para ser estimulado y acompañado por la propia sociedad a través de las Instituciones públicas y privadas.

Desde esta perspectiva aceptamos que el orden y la disciplina que rige la vida en cualquier colectividad tienen connotaciones treatmentales. La ordenación de la convivencia, régimen en estado puro según la concepción anterior recogida en la Ley, constituye uno de los aspectos recuperados en la actualidad para este fin de manera incipiente y que consideramos posee gran potencialidad rehabilitadora.

Los límites que en el comportamiento personal se establecen en cualquier grupo, colectividad u organización en beneficio del interés común, la asignación de obligaciones y su exigencia de forma pedagógica o con fines solidarios y el cumplimiento de prestaciones inexcusables para garantizar la convivencia y el respeto entre los individuos son un instrumento válido para la reinserción. Disciplinar racionalmente a las personas, organizar con eficacia el tiempo, asignar responsabilidades y reconocer los progresos; en resumen, transformar las normas de convivencia en cauce de resocialización es una opción válida para conseguir que régimen y tratamiento se confundan y potencien y se logren los resultados positivos pretendidos.

2.- La intervención debe también estar dirigida a afrontar las carencias detectadas en las personas. Es común en los internos la presencia de graves déficits por lo que su abordaje es un presupuesto básico en la resocialización. La lucha contra el analfabetismo en sus distintos niveles, la formación profesional, la creación de hábitos laborales, trabajar en el cuidado de la higiene o en la promoción de la salud son aspectos que se hallaban despojados de la consideración de instrumentos para la resocialización y son retomados en el Reglamento vigente. Educación, trabajo productivo, formación profesional, deporte, actividades culturales y ocupacionales son herramientas que se incorporan a la finalidad treatmental.

3.- Para aquellos internos que presentan un perfil personal determinado se configuran programas específicos de intervención en los que lo psicológico y pedagógico tiene un componente especial. El tratamiento de los

toxicómanos, los programas para agresores sexuales, maltratadores en el ámbito doméstico, enfermos mentales, delincuentes por convicción o autores de delitos de odio o contra la seguridad vial tienen su encaje en estos programas y no solamente son plenamente compatibles con el conjunto de actividades que se programen sino que, de forma coordinada y programada, se deben complementar.

Debemos considerar la necesidad de que la Institución realice una actividad de prevención respecto a la asunción o desarrollo de actitudes favorables a la comisión de hechos delictivos inexistentes con anterioridad. Hablamos de la radicalización ideológica hasta llevar al fanatismo religioso extremo contactando con elementos y organizaciones terroristas que ocurre con determinados delincuentes extranjeros o la inoculación de ideas contrarias y diversas de tipo xenófobo, homófobo o racista en presos nacionales. Son fenómenos que implican la verdadera negación de la función re-personalizadora de la Administración. Existe un problema cierto que no es exclusivamente regimental o tratamental sino que debe prevenirse y afrontarse desde todos los ámbitos.

4.- Desde este punto de vista, la incorporación de otros profesionales o voluntarios de Instituciones y Organizaciones No Gubernamentales constituye una necesidad. Además de la aportación complementaria que realizan al trabajo efectuado por los funcionarios propios, esta realidad permite visualizar una cuestión que consideramos nuclear en todo el análisis: luchar contra la reincidencia en el delito no puede ser una responsabilidad exclusiva de la Institución penitenciaria.

La rehabilitación de personas que han fracasado en el sistema educativo, que carecen de formación y hábitos laborales, que han tenido graves conflictos familiares o que padecen severas dependencias a sustancias tóxicas y que van añadiendo años de desesperación, frustración y resentimiento no puede ser monopolio de las cárceles.

Existe un desprestigio de la prisión cuando es responsabilizada de la reincidencia en la actividad delictiva de la persona que han cumplido sus condenas y que soslaya cualquier análisis del comportamiento delictivo

como un fenómeno social de imposible erradicación y, en demasiadas ocasiones, sin una explicación sólida y universal. También es frecuente la adopción de posturas humanitarias según las cuales las causas de las acciones nunca se hayan en la decisión de la persona que las cometen sino en circunstancias externas exculporias.

Entendemos que la primera función que debe cumplir la prisión, además de detener las trayectorias vitales autodestructivas que muchos hombres y mujeres emprenden, es responsabilizar a cada uno de sus propios actos dotando a las personas del protagonismo para la modificación de su situación junto a la ampliación de los recursos personales para su participación activa en la sociedad al margen del delito. Esto constituye la gran labor de la Institución. En este contexto, todas las personas deberán tener una segunda oportunidad para evitar la reiteración en la equivocación y la asunción de sus responsabilidades. Paradójicamente se produce una abundante demanda y utilización de este recurso cuando se producen hechos delictivos que conmueven a la sociedad o se cometen por grupos o colectivos determinados y se critica su existencia o funcionamiento cuando se hace abstracción del caso concreto.

Anticipando 16 años los postulados de la Ley 6/1.996, de 15 de enero, del Voluntariado en España (actualmente en proceso de sustitución), la Ley penitenciaria convoca e involucra a organizaciones e instituciones en un problema social, lo que se desarrolla con acierto en el artículo 62 del Reglamento vigente.

Lo profesionales penitenciarios se hallaban acostumbrados a la presencia en los centros de religiosos y religiosas y miembros de la “Capellanía penitenciaria”. En ejercicio de la virtud teologal de la caridad, la vinculación entre la reclusión de personas y la labor redentora de la Iglesia católica es íntima e inmemorial. Con la consolidación del Estado social y democrático, las prisiones se han visto inundadas por voluntarios de organizaciones no gubernamentales de diversa procedencia e ideología y por miembros de variadas religiones que ha requerido un esfuerzo organizativo y de

adaptación, ratificándose el éxito de la valiente apuesta efectuada por el legislador.

Esta labor coordinada y programada de las organizaciones no gubernamentales ha llegado a ser esencial en la función rehabilitadora de los internos durante su estancia en prisión, en periodos de salidas temporales para el disfrute de permisos de salida, para la organización de actividades en tercer grado en aplicación del principio de flexibilidad que contempla el artículo 100 del Reglamento y una vez alcanzada la liberación condicional o definitiva. El tránsito entre el internamiento y la libertad se convierte en un itinerario apoyado y programado que es un requisito ineludible para alcanzar el éxito.

3.- Problemas de salud mental y prisión

Se ha producido un importante incremento de enfermedades mentales en personas privadas de libertad, bien por el efecto específico que produce la reclusión, por la desaparición de los internados psiquiátricos que albergaban a personas socialmente problemáticas o por los trastornos mentales provocados o desencadenados por el consumo de sustancias tóxicas. Existe una mayor exigencia sobre los servicios sanitarios de las prisiones que debe dar respuestas no siempre acordes con los resultados pretendidos debido a su complejidad, cronicidad y por su relación con factores sociales y físicos que dificultan su manejo y ensombrece sus resultados.

El tratamiento de los trastornos mentales en prisión debe ser equivalente al que se recibe en la comunidad precisando de la multidisciplinariedad para tal fin, de la especialización de los profesionales del medio y contando con la decidida participación de terapeutas voluntarios. En caso contrario estaríamos ante espacios segregados y marginados no solo respecto de la sociedad sino incluso del resto del centro penitenciario.

Entendemos prioritaria la profundización en las estrategias elaboradas por la Institución para la atención integral a estos internos/pacientes y la introducción de las modificaciones reglamentarias pertinentes para trasladar al ámbito normativo las especificidades que estas situaciones producen (régimen disciplinario, asistencia extra-penitenciaria, creación de equipos

multidisciplinares en Unidades Terapéuticas en todos los establecimientos) para dar la respuesta más acertada posible a este problema irresoluble.

4.- Es preciso avanzar hacia un nuevo planteamiento en materia de gestión de recursos humanos.

El principal activo que tiene cualquier empresa u organización, y la Administración es la mayor de todas, lo constituye su personal.

Las funciones de los órganos unipersonales y las unidades de servicio que se establecieron en el Reglamento de 1.981, manteniendo los postulados del de 1.956 y de la reforma de 1.968, permanecen vigentes con rango de resolución de la Secretaría General.

La Ley que crea el Cuerpo Técnico data de 1.970. La que regula las funciones del Cuerpo de Ayudantes y del Cuerpo Especial son de 1.977. Más de cincuenta años después el desempeño de los puestos de los trabajadores de la Institución permanece invariable. Si las prisiones han cambiado, si el modelo represivo-custodial se ha sustituido por un modelo educativo-intervencionista consideramos que deben también cambiar los cometidos de sus profesionales.

Desde 1.979 la administración penitenciaria ha reclutado a miles de hombres y mujeres que pertenecen a Cuerpos de los grupos superiores de la Administración (A1, A2 y C1, conforme al Estatuto Básico del Empleado Público de 2.007, aprobado por Ley 7/2.007, de 12 de abril) y que han cursado estudios superiores o, como mínimo, poseen la titulación en enseñanzas medias, lo que prueba una formación y capacidad sobrada.

Existe un capital intelectual compuesto por titulados universitarios en múltiples especialidades que han superado un proceso selectivo exigente y que demuestra su amplio dominio de materias jurídicas y técnicas. Entendemos que este inmenso activo y patrimonio intangible puede ser rentabilizado con mayor eficacia que lo que se realiza en la actualidad.

La radical separación que estableció la Ley Orgánica entre régimen y tratamiento, entre lo jurídico y lo psicológico, reservando esta última

responsabilidad a un grupo reducido de expertos en las ciencias y técnicas de modificación de conducta y la primera a “auxiliares” o “ayudantes” según la terminología del momento heredada del siglo anterior, ha condicionado la función propia de los trabajadores de la Institución limitando numerosas e interesantes posibilidades de intervención con los internos.

Si es incuestionable que en las prisiones se deben ejecutar actuaciones de vigilancia y control también es cierto que la mayor tranquilidad y seguridad se alcanza con la ocupación útil del tiempo de internamiento; por lo que si la Institución fuera capaz de aprovechar todo el potencial que sus trabajadores poseen desarrollando y participando en programas y actividades concretas para la rehabilitación en su significación amplia dada por el Reglamento de 1.996, los resultados serían más satisfactorio para los reclusos y el trabajo más gratificante para los empleados.

Transformar al funcionario de vigilancia en orientador, formador, terapeuta o educador, darle participación en los programas que implican la mejora personal le convierte en referencia de conducta y le acercan humanamente al interno, mejoran el clima social en los centros, disminuyen los conflictos y potencian las relaciones interpersonales.

Entendemos que en la asignación de funciones y responsabilidades puede avanzar la Institución penitenciaria en la línea señalada por la Ley puesto que se hallan disponibles numerosos trabajadores expertos, implicados, bien formados y con capacidades extraordinarias para el manejo de situaciones difíciles en circunstancias límite para dotar a su trabajo de una nueva dimensión rehabilitadora.

En este ámbito de la gestión de recursos debemos resaltar la aprobación del Código ético de funcionarios de prisiones tanto por la Administración de Cataluña como por la Administración Central. Los documentos, sin fuerza vinculante pero con elevado valor moral, constituyen la plasmación formal de los estrictos criterios deontológicos que para estos empleados públicos establece la sociedad y eleva su labor al enlazar su actuación con el mundo de los valores. Con ello reafirma el compromiso sobradamente demostrado

en el cumplimiento de la legalidad, la satisfacción del interés público, la imparcialidad en la actuación y la consumación del resto de exigencias establecidas que definen a estos profesionales como ciudadanos modélicos para la alta responsabilidad conferida. Es importante recopilar y plasmar un conjunto de elevadas demandas profesionales de raíz ética que exceden lo jurídicamente establecido lo que permite también contrastar y verificar la dificultad y abnegación del trabajo profesional realizado no siempre bien conocido y valorado por la sociedad.

Consideramos que ha llegado el momento de elaborar una nueva legislación reguladora de los distintos Cuerpos de funcionarios de la Institución que supere la radical separación entre régimen y tratamiento manteniéndose las previsiones contenidas en la Disposición Adicional Trigésima de L.O. 3/2.007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, que extinguió las escalas masculinas y femeninas del Cuerpo de Ayudantes de II.PP. e integra a todos los miembros en un solo Cuerpo.

5.- La prisión en la regulación de la extranjería

El número de internos no nacionales ingresados en nuestras prisiones en 1.979 era mínimo. Esta cifra se ha ido incrementando en el presente siglo hasta alcanzar en la actualidad un tercio del total. Este factor, junto con el aumento demográfico de los años 60 a 70 del Siglo pasado, ha sido una de las claves que ha llevado a las cárceles a altas cotas de ocupación o masificación y ha condicionado la actuación de la Administración en la materia.

El artículo 89 del Código Penal, tras su reforma en el año 2.003, estableció con carácter general que la pena a imponer a extranjeros que cometieran delitos condenados a pena de prisión inferior a seis años fuera la expulsión de territorio nacional. Esta sustitución se acordará respecto a las penas de duración igual o superior a los seis años una vez clasificado en tercer grado o cuando se acceda a la libertad condicional, si no tuviera autorización administrativa para residir legalmente. Este planteamiento se ha modificado

nuevamente por L.O. 1/2.015, de 20 de marzo, que entrará en vigor el 1 de julio, manteniendo la consideración penal a la extranjería.

La sustitución de la pena por expulsión, prevista como una posibilidad en la redacción original del Código, fue cuestionada con severidad. Desde el punto de vista de la prevención general, se ha considerado que supone revestir de impunidad a los delitos cometidos por extranjeros en nuestro país. En estos casos la sentencia condenatoria no tiene otra consecuencia que el retorno sin ningún coste al lugar de origen, decayendo los fines de la pena en su totalidad y primando los aspectos económicos y presupuestarios por encima de cualquier otra consideración.

La nueva redacción dada al artículo 89 en el Código Penal pretende la armonización de esta norma con la legislación orgánica de extranjería y amplía las posibilidades del juzgador en orden a acordar la ejecución de una parte de la condena (que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito). Igualmente y por Ley de rango orgánico se regula la expulsión de ciudadanos europeos en supuestos excepcionales por resolución judicial lo que aporta seguridad jurídica en estos supuestos.

Se ha considerado que la legislación española es blanda o permisiva con este tipo de criminalidad que, o bien ingresa en territorio nacional para delinquir o, hallándose con autorización de residencia, convierte el delito en su *modus vivendi*. En estos supuestos el tratamiento penal se ha subordinado a las necesidades presupuestarias de la Institución penitenciaria y se han quebrado numerosos principios hasta ese momento no cuestionados. Desde el punto de vista práctico es difícil proceder a la expulsión de un extranjero que no colabora en el proceso. Además, no pocos han arriesgado su vida para llegar hasta aquí y no están dispuestos a aceptar sumisamente esta medida de retorno, prefiriendo cumplir la condena en su totalidad y permanecer sin autorización administrativa a ser entregado a las autoridades de su país.

Respecto a la aplicación de medidas de tratamiento a internos extranjeros se ha cuestionado la realización de costosas intervenciones cuando, según la legislación en materia de extranjería, no podrán permanecer en España en situación regular una vez excarcelados. Se pone en duda que puedan acceder a puestos de trabajo en talleres productivos con su consiguiente alta en Seguridad Social o si es exigible a la administración que realice importantes esfuerzos económicos en la reeducación y reinserción social de personas que por mandato de la ley no deben continuar residiendo ni trabajando en nuestro país.

Con todo ello se evidencia la estrecha vinculación existente entre Política criminal y legislación en materia de extranjería con amplia repercusión en el ámbito penitenciario. Nos hallamos ante una cuestión compleja en la que la prisión también es fiel reflejo de las propias contradicciones de la sociedad. La pacífica convivencia en los Centros se ha alcanzado también con la equiparación en derechos y obligaciones conforme prevé la Ley. El Estado, además de proceder a la salvaguarda de sus fronteras y regular los flujos migratorios debe valorar las posibilidades reales y efectivas de integración de los extranjeros al final de la extinción de las penas fijadas verificando el cumplimiento de unos requisitos ineludibles previos a la concesión de autorizaciones administrativas para residir o trabajar en nuestro país para evitar la incorporación de personas decididas a delinquir.

Por este motivo consideramos que la acomodación de la norma penal con la legislación de extranjería que plantea la reforma del Código Penal aprobada por L.O. 1/2.015, de 30 de marzo, constituye un avance esencial para elaborar una respuesta razonable al tratamiento del delincuente extranjero, comunitario o extracomunitario, y realizar una ponderación integral de todos los aspectos personales, familiares y sociales previa a la adopción de la resolución administrativa definitiva.

6.- Tratamiento de los drogodependientes encarcelados

Las drogas están donde hay drogadictos. Allí donde existe demanda, existe oferta. Si las prisiones españolas se poblaron de toxicómanos en la

década de los ochenta, los estupefacientes estaban presentes en los centros penitenciarios.

Desde mediados de los años noventa, la estrategia ante el tráfico de sustancias ilícitas se ha adecuado con acierto. La drogodependencia genera una forma moderna de esclavitud en sus manifestaciones más perversas y crueles. El consumidor es esclavo del traficante, el que posee la sustancia tiene sometido a su entera voluntad al toxicómano que es capaz de realizar cualquier conducta por adquirir la siguiente dosis.

En este contexto diabólico de miseria, la Institución reorientó su actuación pasando a considerar prioritarios los programas y medidas de deshabituación sobre otras cuestiones preventivas o represivas. Se pusieron en marcha en todos los centros estrategias de desintoxicación, término médico que pretende la eliminación en el organismo de los efectos negativos de la ausencia de la sustancia tóxica, y programas de rehabilitación que intentan de forma ideal conseguir el éxito total manifestado en la sanación definitiva y, desde un punto de vista realista, hacer que la recaída o el siguiente consumo se produzca lo más distanciado posible del anterior y, si tiene que realizarse, lo sea en condiciones de salubridad e higiene, minimizando los daños que conlleva.

Aquí también la prisión ha hecho coincidir sus objetivos a los de las organizaciones especialistas en el tratamiento de estas patologías conforme a los postulados científicos dominantes, pese a que se sigue manteniendo una total exigencia en orden a evitar cualquier tipo de tráfico o consumo intramuros de los centros o una vez acordada la excarcelación de los reclusos y soportando el cuestionamiento cuando el objetivo imposible no se alcanza.

En aplicación de la misma Ley Orgánica penitenciaria se produjo un giro posibilista claro en la estrategia contra el tráfico y el consumo de sustancias tóxicas en prisión. Este problema regimental se ha abordado también desde lo tratamental. Con este planteamiento se organiza el suministro masivo de un opiáceo sintético, ya administrado con buenos resultados en el exterior,

avalado por la Organización Mundial de la Salud y que cumple los fines previstos en un entorno especialmente adecuado para ello.

Desde ese momento son miles los internos que han iniciado o continuado programas de mantenimiento con metadona que ha perjudicado gravemente a los traficantes y ha permitido normalizar la convivencia, abriendo la participación de los reclusos afectados por la adicción a las actividades organizadas en los Centros y posibilitando su integración en diversos tratamientos de la toxicomanía con objetivos diversos en función de las circunstancias personales concurrentes en cada uno de ellos.

Gran importancia tiene la implementación de los planes de intercambio de jeringuillas que supusieron la asunción en términos de normalidad de la posible e inevitable introducción de drogas en las prisiones y que ha permitido afrontar la realidad sin convertirla en obsesión.

Se pretende que el consumo no se produzca pero se admite que puede ocurrir por lo que, si la sustancia tóxica llega al interno para su consumo se propicia que se efectúe en condiciones higiénicas y sanitarias asumibles. Gráficamente podemos afirmar que han desaparecido esas “chutas” fabricadas artesanalmente con bolígrafos bic y las complementarias agujas desgastadas de tanto usarse, utilizadas mediante la fórmula jurídica del alquiler y que tanto sida transmitieron.

Relacionado con la conclusión anterior es destacable la aportación de Organizaciones e Instituciones de todo tipo que participan con variados programas en la atención a toxicómanos así como la creación de espacios que bajo diversa denominación convierten los módulos en comunidades terapéuticas y a los empleados públicos e incluso a internos en terapeutas, constituyendo un modelo avanzado también a nivel internacional.

La reforma del Código penal por L.O. 1/2015, de 30 de marzo unifica la triple regulación de la suspensión de condenas y en la nueva redacción dada al artículo 80 en su punto 5 párrafo tercero asume la recaída en el consumo de sustancias tóxicas (aunque la redacción señale la recaída en el tratamiento) cuando estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación como una cuestión inherente a estos procesos.

Estamos ante un avance indudable en el tratamiento normalizado de la drogodependencia posibilitando indudablemente su abordaje terapéutico con objetivos posibles de alcanzar.

7.- El ejercicio de la libertad religiosa en las prisiones hoy

La Ley Orgánica penitenciaria ha permitido eliminar cualquier manifestación de discrecionalidad en la materia por parte de la Administración.

El cambio radical producido consecuencia de su aplicación ha llevado incluso a justificar una eventual actualización de la Ley Orgánica 7/1.980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, tomando como modelo la normativa penitenciaria actual y siguiendo lo establecido en el artículo 2 del Real Decreto 710/2.006, de 9 de junio, sobre desarrollo de los Acuerdos de 1.992, en materia de asistencia religiosa, que abre la participación a todas las confesiones al margen de la vigencia de un Acuerdo de cooperación con el Estado bajo la configuración de un régimen de especial sujeción con una relación vertical que justifica la necesaria sobreprotección de los intereses de las personas privadas en libertad en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

La Ley y el resto de la normativa penitenciaria permiten asegurar la recepción de asistencia religiosa en las cárceles mediante un régimen de mínimos -el de libre acceso- que sólo puede restringirse por razones preponderantes vinculadas estrictamente al correcto funcionamiento del establecimiento o por razones de seguridad.

Se ha impuesto una visión “*personalista*” de la asistencia religiosa frente a los vestigios de una visión “*institucionalista*” del fenómeno que todavía se halla presente, de alguna manera, en el resto del Ordenamiento jurídico, lo que permite aseverar que la asistencia religiosa individual –sea común o especial- como derecho fundamental integrante del contenido de la libertad ideológica, religiosa y de culto, se halla asegurada en la realidad cotidiana de las prisiones españolas.

Desde esta perspectiva y al margen de la normativa penitenciaria pero con incidencia en la realidad, procede cuestionar la tradición existente desde el Siglo XVIII que mantiene la concesión de indultos con motivo de la

celebración de festividades religiosas y cuyo análisis trasciende el contenido del presente trabajo.

8.- La Ley penitenciaria ha sido una herramienta fundamental para la derrota definitiva del terrorismo nacionalista radical que sembró de dolor y preocupación a la sociedad española durante varias décadas.

La Ley permitió la llamada dispersión de internos terroristas con fines tratamentales como medida eficaz y acorde con la normativa internacional para evitar la influencia criminógena de entornos organizados que reforzaban planteamientos fanáticos de tipo étnico bajo la apariencia de la existencia de un supuesto conflicto político y que posibilitaba establecer el férreo control de grupos y colectivos radicales sobre los individuos, lo que impediría evoluciones personales hacia postulados respetuosos con la legislación vigente.

De igual manera afirmamos que esta misma Ley puede permitir destinar y concentrar a los internos condenados por delitos de terrorismo en áreas territoriales determinadas si la Administración entendiera que el objetivo último de la reinserción social se pudiera alcanzar de manera más eficaz.

En la actualidad nos enfrentamos a nuevos retos ante la aparición de fenómenos terroristas de carácter internacional cuyo abordaje no puede ser ni local ni la respuesta estrictamente punitiva o militar. La radicalización de internos de los centros penitenciarios tras abrazar posturas extremas constituye una realidad que determinó la modificación del Reglamento penitenciario en 2.011 y la actual reforma del Código penal por L.O. 2/2.015, de 30 de marzo. Por ello preocupa que un espacio orientado hacia la reinserción en sociedades democráticas y plurales pueda devenir en ámbitos propicios para el odio y el fanatismo criminal y excluyente, situación que determina la necesaria intervención de los poderes públicos intensificando tanto el carácter resocializador de la pena como la adopción de las inevitables medidas de seguimiento y control previstas en la norma jurídica.

9.- Importancia de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria. Aportación de su doctrina, y la del Tribunal Constitucional a la consolidación del Estado de derecho.

La creación de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria constituyó una demanda importante por parte de la doctrina, entendiéndose que implica un imperativo ineludible para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 106.1 y 117, entre otros, de la Constitución.

Los iniciales recelos provenientes de sectores de la Administración, la ausencia de normas adecuadas para articular su organización y canalizar su actuación, la carencia de medios personales y materiales y la inexistencia de un régimen de recursos que propiciara la unificación de la doctrina de todos los Juzgados no supuso el fracaso de la Institución.

La firme decisión para alcanzar su implantación, la elevada calidad de numerosas resoluciones y la progresiva normalización de las relaciones entre las partes intervinientes, ha convertido a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en garantía de la intangibilidad de los derechos de las personas privadas de libertad y aval de la actuación de la Administración en cumplimiento de sus obligaciones, disipando las tradicionales dudas que sobre el respeto a los derechos humanos han caracterizado estos espacios ocultos para la sociedad. Siguiendo los postulados ilustrados de Montesquieu, el poder controla al poder.

Mención especial debemos realizar de la numerosa doctrina emanada del Tribunal Constitucional resolviendo demandas de amparo por la vulneración de derechos fundamentales que permite contar con un cuerpo doctrinal profundo que ha interpretado los imperativos constitucionales en términos penitenciarios y propiciado el más estricto respeto de los derechos y las libertades reconocidas.

Las resoluciones adoptadas desde su creación y la evolución de sus planteamientos ha reinterpretado la Teoría de las relaciones de sujeción especial. Potencian y dan contenido esencial no solo a la función rehabilitadora y reinsertadora que de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad establece la Constitución sino también al resto de derechos y deberes fundamentales de su Título Primero en los términos de

dignidad establecidos en el artículo 10. En definitiva, se consolida España como un Estado social y democrático de Derecho.

Desde esta perspectiva, resulta difícil admitir los postulados establecidos en la interpretación efectuada de la última proposición contenida en el punto segundo del artículo 25 C.E. relativo al reconocimiento “*en todo caso*” del derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios de la Seguridad Social que con gran generosidad contiene. Sin duda, el Tribunal Constitucional optó por realizar una interpretación de la realidad adecuándola al texto de la Norma en vez de conceder el amparo solicitado y propiciar una infinidad de resoluciones imposibles de cumplir o de satisfacer.

Por este motivo entendemos que, ante la dificultad existente para la materialización con carácter universal del precepto indicado, se mantiene la obligación especialmente intensa para adoptar cuantas medidas acerquen la realidad a este imperativo y, sobre todo, se elimine cualquier ámbito de discrecionalidad en la asignación de los puestos de trabajo que en cada momento existan. Por ello consideramos que la nueva redacción que el Real Decreto 419/2.011, de 25 de marzo da al punto 1º del artículo 65 del Reglamento Penitenciario, introduciendo como actuación para garantizar la seguridad interior la “*asignación adecuada de destinos*”, constituye la introducción de un criterio difícilmente compatible con el derecho laboral universalmente reconocido a los reclusos y consagra la primacía de los criterios de seguridad en la prelación para la adjudicación de puestos de trabajo sobre otros tratamentales. También aquí la prisión es fiel reflejo de la situación social existente.

Las carencias detectadas en cada uno de los reclusos y desde la aplicación de la teoría de la relación de sujeción especial en su interpretación moderna realizada por el Tribunal Constitucional, deben ser abordadas por los Poderes públicos. La condición de los reclusos como personas en una situación jerárquica y vertical de subordinación y, en consecuencia, más vulnerables, exige un especial esfuerzo en el reconocimiento, la garantía y cumplimiento de sus derechos en condiciones de igualdad respecto al resto de ciudadanos. Así la función de la Institución penitenciaria no se agota en lo señalado en el artículo 25.2 de la

Constitución, sino que su esencia está en hacer efectivo todo el articulado íntegro de la Carta Magna.

10.- Se mantiene la necesidad de que se apruebe una Ley Orgánica que regule el procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia penitenciaria conforme se ha anunciado reiteradamente.

Si la regulación mediante Acuerdo del C.G.P.J. (de 22 de julio de 1.981) permitió la entrada en funcionamiento de los Juzgados y su actuación conforme a las Previsiones urgentes e interinas de la Presidencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de ese año, hoy entendemos imprescindible la elaboración de una regulación formal expresa del cauce procedimental para esta Jurisdicción.

Las normas procesales que rigen para los Juzgados de Vigilancia son el artículo 24 de la Constitución, la Disposición Adicional Quinta de la L.O.P.J., las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre los recursos de reforma, apelación y queja, y las normas procesales de la L.O.P.J. (Arts. 179 y ss) que, junto con los criterios de actuación (sin poder vinculante) elaborados en sucesivas reuniones, permiten su regular actuación.

Bajo los criterios establecidos en las Previsiones (brevedad, garantía, autonomía, sumariedad, proporcionalidad, libertad y simplicidad de trámites, rapidez en la adopción de resoluciones, inmediatez...) entendemos preciso regular numerosos aspectos que han carecido o carecen de regulación suficiente (abonos de prisión preventiva, aprobación de la liquidación de condenas, legitimación activa de la Administración penitenciaria en determinados supuestos en lo que tenga interés directo, admisión de quejas o inadmisión por carecer de fundamento o relevancia, sistema de recursos, intervención de la Administración en procesos de control jurisdiccional de actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo en materia penitenciaria, establecimiento de plazos para la interposición de recursos y realización de otras actuaciones, participación de las víctimas y perjudicados en el ámbito penitenciario, posición del

Ministerio Fiscal, asistencia letrada,...) en orden a dar cumplimiento a los principios de seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, tutela efectiva, defensa y asistencia letrada, legalidad penal y otros reconocidos en el Ordenamiento.

La doctrina se ha mostrado dividida respecto a la posibilidad de legitimar activamente a la administración penitenciaria en los procesos de vigilancia penitenciaria. Entre ambos planteamientos consideramos valiosas las aportaciones intermedias que entienden que si no puede defenderse con carácter general la legitimación sí debería reconocerse la existencia de interés de la administración en algunos supuestos en que ejerce funciones que le son propias y que tradicionalmente ha venido encomendada a la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello supondría el reconocimiento de la existencia de legítimos intereses cuya defensa debe garantizarse y preservarse por vía jurisdiccional.

En este aspecto entendemos que, de “lege ferenda”, el Proyecto de Ley Orgánica elaborado en 1.997 constituye un texto avanzado válido para dar respuesta a los problemas persistentes.

Con la Sentencia emitida por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 21 de octubre de 2.013 resolviendo definitivamente sobre la retroactividad de las disposiciones penales dejando sin efecto la llamada “Doctrina Parot”, se ha puesto también de manifiesto la necesidad de establecer una legislación detallada de las condiciones jurídicas de la ejecución penal en el Ordenamiento español, necesidad ya reconocida en 1.997 en el Proyecto de Ley Orgánica de Procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia y nunca resuelta.

11.- La Ley Orgánica está incompleta

Una cuestión que se ha convertido en asignatura pendiente de la legislación penitenciaria española es la tipificación de las infracciones mediante norma con rango de Ley. El hecho de que continúe vigente una disposición reglamentaria de 1.981 constituye un motivo de preocupación indudable para la doctrina con repercusiones prácticas concretas.

La remisión reglamentaria establecida constituye una situación provisional que dura ya demasiado tiempo e impide un cumplimiento pleno de los principios de legalidad y de tipicidad que debe presidir el derecho administrativo sancionador y, especialmente, en el ámbito penitenciario. A ello debemos añadir las consecuencias adicionales que lleva aparejada la comisión de estas infracciones, sirviendo como ejemplo su repercusión en la concesión de permisos, la progresión de grado o el acceso a la libertad condicional, lo que nos lleva a reclamar el cumplimiento de la reserva absoluta de ley en esta materia. El apartado segundo del artículo 25 de la Constitución no se cumple en su integridad si no se considera que la reserva de legislación declarada en el artículo 25.1 equivale a una reserva de norma con rango de Ley formal, a una “reserva absoluta” de ley. El día 28 de septiembre de 1.995 el Congreso de los Diputados aprobó una Proposición de Ley Orgánica sobre modificación de la LOGP. Durante su tramitación en el Senado se previó la modificación del Art. 42.1 de la Ley al objeto de incorporar las tipificaciones de infracciones disciplinarias al objeto de dar cumplimiento pleno al principio de legalidad. Sin embargo, el reenvío al Congreso supuso su rechazo al cuestionarse la oportunidad y el procedimiento. Veinte años después está pendiente garantizar el principio de reserva de ley y la adaptación del obsoleto catálogo de infracciones y sanciones penitenciarias.

Estimamos que es preciso el reconocimiento de los principios y postulados del derecho administrativo sancionador que se mencionan en el Reglamento Penitenciario de 1.996, en el Título IX de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el Real Decreto 1.398/1.993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Se ha indicado que en el régimen sancionador el Juez de Vigilancia se limita a aprobar las sanciones de aislamiento en celda de más de catorce días de duración y a la resolución por vía de recurso de las reclamaciones que formulen los internos frente al resto de las sanciones. Considerando la tramitación parlamentaria del artículo 76.2.d) de la Ley Orgánica (que

preveía la aprobación de todas las sanciones de aislamiento celular superiores a las veinticuatro horas), la redacción final no parece en consonancia con el resto del articulado. Sin perjuicio de la constitucionalidad de la medida conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, no parece adecuada la postergación de la autorización judicial de esta situación hasta el decimoquinto día.

Propugnamos una Clarificación de las competencias en la jurisdicción de vigilancia penitenciaria. El Artículo 76.1 de la Ley Orgánica establece las atribuciones para cumplir la pena impuesta, asumiendo las funciones que corresponderían a los jueces y tribunales sentenciadores. Sin embargo, estas funciones que debiera asumir desde el momento de la firmeza de la sentencia condenatoria no se cumplen íntegramente en la práctica, permaneciendo en el tribunal sentenciador las relativas a la liquidación de la condena, la suspensión condicionada de la ejecución, la sustitución, la facultad de informar en los indultos y el licenciamiento definitivo.

Por la trascendencia de su realización en el ámbito de la intimidad de las personas (sobre internos y familiares), la regulación de la realización de cacheos con desnudo integral debe efectuarse en una norma legal siendo insuficiente la reglamentaria. Al respecto la tramitación de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede constituir una oportunidad para tal fin.

Finalmente compartimos la opinión de que es preciso incluir una referencia al Fichero de Internos de Especial Seguimiento en la norma del más alto rango en la medida en que, directa e indirectamente, constituye un elemento determinante en el estatus jurídico que se va configurando respecto al interno y determina la toma de decisiones que los distintos órganos unipersonales y colegiados adoptan sobre las personas incluidas en él; todo ello en la más amplia aplicación de los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica y jerarquía normativa.

12.- La eterna masificación y falta de medios.

Parece claro que, con las cifras de reclusos que existían en 1.979 en las prisiones españolas, el legislador no previó en ningún caso que la población

carcelaria fuera a multiplicarse por seis en apenas diez años. Esta es la realidad a la que se ha debido aplicar la norma y que ha condicionado sobremanera el debate político en la material. El principio celular no se ha cumplido nunca. Siempre ha habido más internos que celdas, lo que ha exigido un esfuerzo económico a la sociedad española no siempre bien conocido y valorado.

Por otra parte debemos considerar que la masificación de los centros y el aumento continuo de los reclusos es un mal endémico en diversos los países europeos. Hablamos de una situación generalizada de “inflación carcelaria” que constituye un fenómeno que convierte el sistema penitenciario en inhumano y degradante per se y lleva a devorar ingentes recursos públicos siempre escasos y necesarios para otros proyectos.

La carencia manifiesta de un conjunto de establecimientos adecuados para alojar personas era una de los problemas más graves en los primeros años de la transición y que condicionaba la ejecución práctica de los postulados legales. A ello se respondió con un primer Plan de construcción de centros que permitió la creación de edificios con una capacidad de 500 internos aproximadamente. A este primer Plan siguió en 1.991 el de Construcción y Amortización de Centros penitenciarios que, con diversas modificaciones y adecuaciones posteriores, ha permitido la edificación de las modernas prisiones y centros de inserción social que existen en la actualidad. En esencia hablamos de centros polivalentes, dotados de 14 módulos autónomos, con 72 celdas cada uno donde se halla una litera, a lo que se añaden los módulos de ingresos, aislamiento y enfermería. Una simple operación matemática nos indica que excluyendo las llamadas plazas funcionales, cada centro dispone de 1.008 celdas o 2.016 camas.

Estos establecimientos se han seguido construyendo con reiteración al margen de consideraciones de Política criminal Como reflexión podemos plantear: ¿es exigible el esfuerzo económico realizado para alcanzar el principio celular, dejando sin ocupar miles de camas en literas? Con estos datos ¿Existe realmente un problema de masificación que exige la construcción de más prisiones? Este el problema que ha protagonizado el

debate en la materia durante los últimos 20 años. ¿Debe la administración penitenciaria cumplir de forma estricta este mandato, en un contexto de enormes restricciones presupuestarias, cuando no se formula en los mismos niveles de exigencia en otros ámbitos, como, por ejemplo, el educativo, el hospitalario o asistencial?

En supuestos de estancias cortas en prisión, periodos finales de cumplimiento de condenas, realización de actividades durante las jornadas diurnas, el principio celular no debe ser interpretado sensu estricto. Como recientemente señalaba el Secretario General de II.PP. y jurista de la Institución Ángel Yuste: *“las cárceles con piscina climatizada y televisión de plasma son inasumibles”*. No es una cuestión presupuestaria sino también rehabilitadora. Los ciudadanos no deben pagar con sus impuestos aquello que es prescindible. Dotar a los reclusos de lo que no es necesario, lo que se ofrece sin austeridad, carece de eficacia rehabilitadora.

Relacionado con este ámbito de medios materiales se halla pendiente la elaboración de la normativa reguladora de los depósitos municipales de detenidos, lo que afecta a un derecho fundamental constitucionalmente reconocido con independencia de la corta duración de la estancia en estos calabozos. La pendiente reordenación de la Planta y Demarcación de los Juzgados debería considerar este aspecto constituyendo una oportunidad para su resolución definitiva y moderna.

13.- La pena de prisión y los llamados derechos de última generación

El desarrollo tecnológico alcanzado por las sociedades occidentales y la española entre ellas han creado nuevas posibilidades que conlleva o propician simultáneamente la intromisión en la intimidad personal y vulneración de derechos de cualquier ciudadano.

El tratamiento masivo de datos personales, su obtención, modificación, utilización, difusión o cancelación constituye un motivo de preocupación permanente máximo cuando su contenido puede conllevar consecuencias desfavorables para su titular y de forma especial cuando el pasado de las personas puede condicionar seriamente sus perspectivas futuras.

Igual ocurre con la aplicación de los dispositivos de control y seguimiento de los movimientos deambulatorios existentes en la actualidad. De aquí la necesidad surgida en orden a proteger estos derechos e intereses durante la estancia en prisión o una vez extinguida la relación de sujeción especial establecida durante el periodo de cumplimiento de condena.

Una aplicación práctica viene referida a la no cancelación de los datos de carácter personal de los reclusos que, al amparo de lo previsto en el artículo 4.5 de la ley Orgánica 15/1.999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, y de forma excepcional dispone el artículo 9.2 del vigente Reglamento remitiéndose a los intereses en presencia, razones de interés público, seguridad y protección de los derechos y libertades de terceros o su valor intrínseco de carácter histórico y estadístico a efectos de investigación. La cancelación de datos está relacionada con lo dispuesto en el artículo 136 del Código Penal, que prevé el derecho de los condenados a obtener del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales, una vez cumplidos determinados requisitos y plazos, entendiéndose que la exigencia de que los condenados que hayan cumplido su pena deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos; por lo que todos los poderes públicos deben velar para que los antecedentes no sean en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica para salvaguardar el derecho fundamental a la igualdad.

Procede integrar en la práctica diaria los llamados derechos “de última generación”, como es el de autodeterminación informativa y de protección de datos, configurador de lo que se ha denominado “ciudadanía electrónica” que implicaría, en el ámbito analizado, un especial deber de lealtad en su tratamiento por la Administración en cumplimiento estricto de lo señalado incipientemente en el artículo 18.4 de la Constitución española (“*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”) y en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Con este mismo sentido entendemos que es precisa dotar de regulación legal al eventual derecho existente por parte de los internos a los datos personales contenidos en el protocolo de personalidad así como a cuantos

informes se realicen desde el ámbito biológico, médico, psicológico y social. Cualquier limitación práctica que se establezca y por la repercusión jurídica que alcanza para la valoración de su situación procesal, penal y penitenciaria debe tener la máxima cobertura legal sin que pueda suponer una merma en la garantía y protección de los derechos a la defensa a la libertad personal y a la intimidad personal.

14.- Víctima y pena de prisión

En este ámbito debemos considerar la implementación de programas de intermediación en línea con los postulados de justicia restaurativa analizados. Es deber esencial del Estado la recuperación para la sociedad de aquellos miembros que han delinquido pero también el resarcimiento de las víctimas que deben encontrar compensación más allá del mero castigo al culpable. La sanción es necesaria pero la compensación es imprescindible. Esta segunda finalidad, en demasiadas ocasiones postergada, debe cobrar la máxima importancia siendo elemento esencial de la resocialización. Valoramos de forma positiva las reformas del año 2.003 al introducir este elemento en diversos aspectos penales y penitenciarios y entendemos que debe potenciarse, junto con el acercamiento respetuoso a las víctimas, en orden a configurar lo que se ha llamado derecho a obtener el perdón. Consideramos que la reciente aprobación de la Ley 4/2.015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, cuyo artículo 15 reconoce a los Servicios de justicia restaurativa implica una profundización en estos postulados que buscan la reparación material y moral de la víctima partiendo de su consentimiento libre e informado. El desarrollo reglamentario previsto y las participación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas en este sector abren firmes expectativas para que el modelo penal de nuestro País se complemente en los términos señalados.

En la perspectiva actual de desaparición definitiva de la actividad terrorista de carácter autóctono que ha sacudido despiadadamente a nuestro país en las últimas décadas, estos programas de intervención con delincuentes por fanatismo, junto con las resoluciones de asignación de

destino que se puedan producir y otras medidas de clasificación en grado, aplicación del principio de flexibilidad contenido en el art. 100.2 del Reglamento y disposiciones del Código Penal, son posibilidades esenciales existentes en la legislación penitenciaria actual y desde su elaboración. Además existen experiencias comparadas que deben ser analizadas y aprovechadas.

Como hemos señalado, la Ley Orgánica ha supuesto un pilar esencial para luchar contra esta delincuencia y lo es también para alcanzar la normalización social que tardará también décadas en producirse. Además de actuar sobre los victimarios debemos hacer referencia a las víctimas de la violencia fanática y reiterar la validez de la normativa actual y de los planteamientos filosóficos que contiene para avanzar en una solución justa y digna al inmenso problema padecido, situando a estas personas en el centro de cuantas medidas que se adopten.

Finalmente es preciso incidir en el desarrollo integral de todos los aspectos establecidos en la Ley Orgánica que constituye el mejor programa para evitar la victimización secundaria de quien se ve privado de libertad. Si resulta inevitable reconocer que la privación de libertad y la convivencia forzosa con personas en dificultad degrada a las personas y produce efectos altamente negativos debemos también afirmar que el reconocimiento firme de sus derechos como ciudadanos y como recluso junto con la orientación resocializadora del cumplimiento de la pena y la involucración de toda la sociedad en la función puede paliar estas inevitables consecuencias desfavorables.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ADELANTADO GIMENO, JOSÉ:

- *“De la resocialización a la nueva custodia. Teoría y práctica del tratamiento en Cataluña”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLVI. Fasc. 1. Madrid, 1.993.

ALARCÓN BRAVO, JESÚS:

- *“Asistentes Sociales y Equipos de Observación y Tratamiento”*. Primeras Jornadas Penitenciarias de Castilla-La Mancha. Vol. I. Ciudad Real, 1.986.

- *“El Tratamiento en Instituciones Penitenciarias”*. Tratamiento Penitenciario: su práctica. Primeras Jornadas de Tratamiento Penitenciario. Escuela de Estudios Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.985.

ALONSO DE ESCAMILLA, AVELINA:

- *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1.985.

ALVIRA MARTÍN, FRANCISCO:

- *“El efecto disuasorio de la pena”*. Estudios Penales y Criminológicos. Universidad de Santiago de Compostela, 1.984.

ALZAGA VILLAAMIL, ÓSCAR:

- *La Constitución Española de 1.978 (Análisis sistemático)*. Ediciones del Foro. Madrid, 1.978.

ANCEL, MARC:

- *“L’apport de la Criminologie au renouvellement de la Politique Criminelle Moderne (à la lumière des enseignements du Professeur A. Beristain)”*. Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristáin. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, 1.989.

ANDRÉS LASO, ANTONIO:

- *“Legislación Penal, Procesal y Penitenciaria tras la Guerra Civil Española”*. Revista Jurídica de Castilla y León N° 35. Junta de Castilla y León. Valladolid, 2.015.

- *“Veinticinco años desde la aprobación de la Ley Orgánica 1/1.979, General Penitenciaria, primera norma con este rango de la democracia española”*. Revista Jurídica de Castilla y León N° 5. Junta de Castilla y León. Valladolid, 2.003.

ANTÓN ONECA, JOSÉ:

- Derecho Penal. Parte General. Ed. Akal. Torrejón de Ardoz (Madrid). 1.986.

ARANDA CARBONEL, M^a JOSÉ:

- *“Una aproximación práctica a la clasificación penitenciaria”*. Revista de Estudios Penitenciarios N° 252. Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, 2.006.

ARENAL PONTE, CONCEPCIÓN:

- *El Visitador del Preso. Tomo XII*. Suárez. Madrid, 1.946.

ARRIBAS LÓPEZ, EUGENIO:

- *“Fichero de internos de especial seguimiento (FIES): incidencia de la reforma del reglamento penitenciario y de la normativa administrativa interna posterior”*. Revista La Ley Penal, número 96-97. Madrid, 2.012.

- *“La Reforma del Reglamento Penitenciario en el Laberinto”*. Diario La Ley nº 7.543. 10 enero 2.011.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL:

- *“Tratamiento Penitenciario y Concepción de la Pena”*. Estudios Jurídicos en Honor de Octavio-Pérez Vitoria. Tomo I. J.M. Boch Editor. Barcelona, 1.983.

BARAS GONZÁLEZ, MARIO:

- *El Espacio Penitenciario Europeo*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Madrid, 2.013.

BARBERO SANTOS, MARINO:

- Política y Derecho en España. Tuscar Ediciones. Madrid, 1.977.

BARTSCH, HANS-JÜRGEN:

- “Política Criminal Contemporánea. Perspectivas Europeas”. Revista Eguzkilore Nº 9. San Sebastián, 1.995.

BARROS LEAL, CÉSAR:

- “*La Vigilancia Electrónica como alternativa a la Prisión en el Marco de la Seguridad Pública*”. Revista digital Derecho y Cambio social (www.derechoycambiosocial.com/revista019).

BAUTISTA SAMANIEGO, CARLOS:

- “*Periodo de seguridad y crimen organizado*”. Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones. Cuadernos de Derecho Judicial. XXII. C.G.P.J. 2.006.

BELLOSO MARTÍN, NURIA:

- “El control telemático en el sistema penal y el debate de la afectación de derechos fundamentales”. VV.AA. Sistema Penitenciario y Nuevas Tecnologías. Lex Artis. Valladolid, 2.014.

BENITO RANGE, FRANCISCO; GIL PARRA, MANUEL y VICENTE CUENCA, MIGUEL ÁNGEL:

- “*Efectos aparejados por el hecho de compartir celda*”. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 253. Secretaría General de II.PP. Madrid, 2.007.

BERDUGO DE LA TORRE, IGNACIO y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA (Coords.):

- Manual de Derecho Penitenciario. Iustel. Madrid, 2.010.

BERGALLI, ROBERTO (coord.):

- El Pensamiento Criminológico I. Un análisis crítico. Editorial Península. Barcelona, 1.983.

- El Pensamiento Criminológico II. Estado y control. Editorial Península. Barcelona, 1.983.

- ¿Readaptación social por medio de la ejecución penal? Publicaciones del Instituto de Criminología. Universidad de Madrid, 1.976.

BERISTÁIN IPIÑA, ANTONIO:

- *“Basta Ya. Contra el Nacionalismo Obligatoria”*. VV.AA. Ed. El País-Aguilar. Madrid, 2.003.
- *Criminología, Victimología y Cárceles*. Vol. I y II. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 1.996.
- *Crisis del Derecho Penal Represivo. Cuadernos para el Diálogo*. Educusa. Madrid, 1.977.
- *“Decálogo del Personal Penitenciario”*. Eguzkilore Nº 6. Extraordinario. San Sebastián, 1.993.
- *El delincuente en la democracia*. Editorial Universidad. Buenos Aires (Argentina). 1.985.
- *Futura Política Criminal en las Instituciones de Readaptación Social (los derechos humanos de las personas privadas de libertad)*. Dirección General de Prevención y Readaptación Social (México). 1.999.
- *Medidas Penales en Derecho Comparado*. Ed. Reus. Madrid, 1.974.
- *“Protagonismo de las víctimas en la ejecución penal (hacia un sistema penitenciario europeo)”*. Revista Actualidad Penal Nº 37. Iustel. 2.000.
- *“Un Derecho penal con trasfondo ético y racional”*. Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Universidad de Deusto. Bilbao, 1.983.

BERISTAIN, MARTINI, NEUMAN Y OTROS:

- *Capellanías penitenciarias (Congreso Internacional de Jesuitas y Colaboradores)*. Instituto Vasco de Criminología. Donostia, 1.993.

BONA I PUIVERT, REMEI:

- *“Clasificación y Tratamiento Penitenciario. Traslados y permisos de salida: su control jurisdiccional”*. Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.996.

BOIX REIG, JAVIER:

- *“Significación jurídico penal del Art. 25.2 de la Constitución (La reeducación reinserción social del condenado)”*. Escritos Penales. Publicaciones de la Universidad de Valencia. Valencia, 1.979.

BUENO ARÚS, FRANCISCO:

“A propósito del nuevo borrador de anteproyecto de Código Penal parte general (octubre de 1.990)”. VV.AA. Ed. Jueces para la Democracia. Madrid, 1.990.

- *“Aspectos jurídicos del terrorismo”*. Revista de Estudios Penitenciarios. Nº. 228-231. Enero-diciembre 1.980. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.980.

- *“Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española”*. Cuadernos de Política Criminal Nº 7. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1.979.

- *“De nuevo sobre la redención de penas por el trabajo”*. Cuadernos de Política Criminal Nº 18. Edersa. Madrid, 1.982.

- *“El Real Decreto 2.273/1.979, de 28 de julio, por el que se modifica el Reglamento de los servicios de Instituciones Penitenciarias”*. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 220-223. Enero-diciembre 1.978. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.978.

- *“El Sistema de Penas en el Derecho Penal Español desde la Guerra Civil hasta la Democracia”*. La respuesta del Derecho Penal ante los Nuevos retos: IX Jornada de profesores de Derecho Penal de las Universidades de Madrid. Dykinson. Madrid, 2.006.

- *“El Sistema Penitenciario Español”*. Revista de Estudios Penitenciarios. Núms. 169-171 (abril-diciembre 1.965). Ministerio de Justicia. 1.965.

- *El Sistema Penitenciario Español (separata de la Revista de Estudios Penitenciarios número 169.171)*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1.967.

- *“Historia del Derecho Penitenciario Español”*. Lecciones de Derecho Penitenciario. Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Madrid, 1.985.

- *La Asistencia Social Carcelaria y Post-carcelaria”*. Cuadernos de Política Criminal Nº 21. Edersa. Madrid, 1.983.

- *“La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia Penitenciaria”*. Revista del Consejo General del Poder Judicial Nº 3. Madrid, 1.988.

- *“La Mujer y el Sistema Penitenciario Español”*. Revista del Consejo General del Poder Judicial Nº 39. Madrid, 1.995.
- *“Las competencias de los Jueces de Vigilancia y el destino de los internos a los establecimientos penitenciarios (Comentario de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional número 138/1.986, de 7 de noviembre, en el Recurso de Amparo 673/84)”*. Revista del Poder Judicial Nº 5. Madrid, 1.987.
- *“Las Reglas Penitenciarias Europeas (1.987)”*. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 238. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.987.
- *“Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días. Evolución, situación actual y reformas necesarias”*. Historia 16. Extra VII. Octubre, 1.978.
- *“Las reformas de las leyes penitenciarias en España a la luz de los fines del Derecho”*. Libro homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Ed. Thomson. Civitas. Cizur Menor (Navarra). 2.005.
- *“Notas sobre la Ley General Penitenciaria”*. Revista de Estudios Penitenciarios. Nº. 220-223. Enero-diciembre 1.978. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.978.
- *“Panorama Comparativo de los Modernos Sistemas Penitenciarios”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1.969. Tomo 22. Fasc. 2. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.970.
- *¿Tratamiento?* Revista Eguzkilore. Número extraordinario 2. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián. Octubre, 1.989.

BUESA BLANCO, MIKEL:

- *“Los presos de ETA y “el juego de la gallina””*. Cátedra de Economía del Terrorismo. Universidad Complutense de Madrid. Documento de Trabajo Nº 13. Madrid, 2.012. (www.pendientedemigracion.ucm.es/)
- *“¿Reinsertar a los presos de ETA? Una crítica de la política penitenciaria española”*. Cátedra de Economía del Terrorismo. Universidad Complutense de Madrid. Documento de trabajo Nº 9. Madrid, 2.010.

CABALLERO ROMERO, JUAN JOSÉ:

- *“La conflictividad en las prisiones españolas: una perspectiva histórica y sociológica”*. Revista de Estudios Penitenciarios. Números 232-235. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.981.

- *“Sentido de la homosexualidad en la prisión”*. Cuadernos de Política Criminal N° 9. Institutos de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid y de Valencia. Madrid, 1.979.

CABALLO MANRIQUE, VICENTE E.:

- Manual de Técnicas de Terapia y Modificación de Conducta. Ed. Siglo Veintiuno de España Editores. 2ª Edición. Madrid, 1.993.

CABERO MORÁN, ENRIQUE:

- *“El Procedimiento Preferente”*. Comentarios al Reglamento de Extranjería. VV.AA. Lex Nova. Valladolid, 2007

CADALSO Y MANZANO, FERNANDO:

- Instituciones Penitenciarias y Similares en España. José Góngora, Impresor. Madrid, 1.922.

CAMPS RUIZ, JUIS MIGUEL:

- El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.981.

CANCIO MELIÁ, MANUEL:

- *“La cadena perpetua (“prisión permanente revisable”) en el Proyecto de reforma del Código Penal”*. La Ley Penal 7909/2013. Oct. 2.013.

CANO PAÑOS, MIGUEL ÁNGEL:

- Régimen penitenciario de los terroristas en España: la prisión como arma para combatir a ETA. Dykinson. Madrid, 2.012.

CAÑAMARES ARRIBAS, SANTIAGO:

- *“Ley Orgánica de Libertad Religiosa: Oportunidad y Fundamento de una Reforma”*. VV.AA. Derecho Canónico en Tiempo de Cambio. Ed. Dykinson. Madrid, 2.011.

CARMENA CASTRILLO, MANUELA:

- Crónica de un desorden. Notas para reinventar la Justicia. Círculo de Lectores. Madrid, 1.997.

- “*El Juez de Vigilancia Penitenciaria y la ejecución de las penas*”. Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.996.

- “Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. La Eficacia del Control Jurisdiccional en el Cumplimiento de la Legislación Penitenciaria”. Vigilancia Penitenciaria. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.993.

CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN:

- “*La Asistencia Postpenitenciaria*”. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Vol. 2º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Edersa. Madrid, 1.986.

CEBERIO BELAZA, MÓNICA:

- “*cara a cara entre terroristas y víctimas*”. Diario El País de fecha 25 de septiembre de 2.011.

CEREZO MIR, JOSÉ:

- . “Estudios sobre la moderna reforma penal española”, Tecnos 1.993.

- “*Introducción a un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Tomo 31. Fasc. 1. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.979.

CERVELLÓ DONDERIS, VICENTA:

- Derecho Penitenciario. 3ª edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2012.

- “*Responsabilidad Civil y Tratamiento Penitenciario*”. Derecho Penitenciario: Incidencia de las Nuevas Modificaciones. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.007.

CID MOLINÉ, JOSEP/ LARRAURI PIJOAN, ELENA (coordinadores):

- “*Penas Alternativas a la Prisión*”. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1.997.

CID MOLINÉ, JOSEP/TÉBAR VILCHES, BEATRIZ:

- “*Libertad condicional y delincuencia de alto riesgo*”. Revista Española de Criminología. Artículo 3. Número 8 (2.010) (www.criminologia.net).

COBO DEL ROSAL, MANUEL y BOIX REIG, JAVIER:

- “*Derechos fundamentales del condenado. Reeducción y reinserción social*”. Comentarios a la legislación Pelan. Tomo 1. Derecho Penal y Constitución. Madrid, 1.982.

CORTES GENERALES:

- Ley General Penitenciaria. Trabajos Parlamentarios. Servicio de Estudios y Publicaciones. Madrid, 1.980.

CUELLO CALÓN, EUGENIO:

- La Moderna Penología. Ed. Bosch. Barcelona, 1.958.

CUERDA RIEZU, ANTONIO:

- “La necesidad de modificar la normativa antiterrorista por motivos constitucionales, tras el fin de la actividad armada de ETA”. VV.AA. Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Ed. Constitutio Criminales Carolina. Asturias, 2.013.

DE ALÓS MONER, RAMÓN; MIGUÉLEZ LOBO, FAUSTO; MARTÍN ARTILES, ANTONIO y GIBERT BADIA, FRANCESC:

- “¿Sirve el trabajo penitenciario para la reinserción? Un estudio a partir de las opiniones de los presos de las cárceles de Cataluña”. Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS). Nº 127. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 2009.

DE DIEGO GONZÁLEZ, ÁLVARO:

- “*1.956.Cambio de futuro*”. Unidad Editorial S.A. Madrid, 1.998.

DE ESTEBAN, JORGE y LÓPEZ GUERRA, LUIS:

- El Régimen Constitucional Español I y II. Editorial Labor. Barcelona, 1.983.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS:

- *“El Trabajo de los internos en el Derecho Penitenciario Español”*. Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- *El Trabajo Penitenciario Resocializador. Teoría y Regulación Positiva*. Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa. Gipuzcoako Aurrezki Kutxa Probintziala. San Sebastián 1.982.
- *La prisión: historia y futuro. Reformas Penales en el Mundo de Hoy*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1.984.
- *Résolutions des Congrès de L’Association Internationale de Droit Pénal (1.926-2004)*. International Association Of Penal Law AIDEP/IAPL N° 20. Toulouse (Francia). 2.009.
- *“Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización”*. Eguzkileri. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. N° 2. Extraordinario. San Sebastián, 1.990.
- *“Trabajo. Enseñanza. Tratamiento”*. Comentarios a la legislación Penal. Tomo VI. Vol. 1°. Ley Orgánica General Penitenciaria. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1.986.
- *“Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario”*. Lecciones de Derecho Penitenciario. Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Madrid, 1.985.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSE LUIS y MUÑAGORRI LAGUÍA, IGNACIO (Directores):

- *Aplicación de la Normativa Antiterrorista*. Instituto Vasco de Criminología. Donostia, 2.009.

DE LA SALA PORTA, FERNANDO:

- *El tratamiento penitenciario de los delincuentes psicópatas*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, 2.013.

DE MARCOS MADRUGA, FLORENCIO:

- *“Aspectos jurídicos y normativos de los tratamientos con metadona en prisión”*. Manejo de pacientes en tratamiento con metadona en centros penitenciarios. VV.AA. Ministerio del Interior. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 2.001.

DE MIGUEL ZARAGOZA, JUAN:

- *“El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa”*. Cuadernos de Derecho Judicial. Política Común de Justicia e Interior en Europa. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.995.

DE PRADA SOLAESA, JOSÉ RAMÓN:

- *“Justicia transicional ante el final de E.T.A”*. Actas VI Jornadas de Estudios de Seguridad. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED. Madrid, 2014

DE SOLA DUEÑAS, ÁNGEL:

- *Socialismo y Delincuencia*. Editorial Fontamara. Barcelona, 1.979.

DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO:

- *“la observación de los internos, los recuentos de la población reclusa, los controles e intervenciones como medida de seguridad interior de los establecimientos penitenciarios”*. Diario la Ley, nº 7121. 24 de febrero de 2.009.

- *“Registros y cacheos en el ámbito penitenciario”* Revista de Derecho y Proceso Penal. 22. Aranzadi. Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra). 2.009.

DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO:

- *Recursos frente a las decisiones en materia de ejecución de penas privativas de libertad”* .Cuadernos de Derecho Judicial XVII. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.003.

DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO:

- *“El Tratamiento de los Toxicómanos en las Instituciones Penitenciarias”*. Cuadernos de Política Criminal Nº 25. Edersa. Madrid. 1.986.

DEL ROSAL FERNÁNDEZ, JUAN:

- *Tratado de Derecho Penal Español (Parte General. Vol. II)* Madrid, 1.972.

DEL TORO MARZAL, ALEJANDRO:

- *“La Doctrina del Tratamiento Penitenciario”*. Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario. Centro de Estudios Judiciales. Madrid, 1.992.

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO

- “El "Derecho penal del enemigo"(Darf nicht sein!. Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad”. Revista General Derecho N° 4. Iustel. Noviembre 2.005. Ed. Digital (<http://www.iustel.com>).

DÍAZ GÓMEZ, ANDRÉS:

- *“La doctrina Parot y sus aspectos legales y constitucionales: a propósito de la sentencia de 21 de octubre de 2.013 del TEDH”*. Revista General de Derecho Penal N° 20. Noviembre 2.013. Iustel. Madrid, 2.013.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS:

- *La Política Criminal en la Encrucijada*. Editorial B de F. República Argentina, 2.007.

- *“Rigorismo y Reforma Penal. Cuatro legislaturas homogéneas. (1.996-2.011”*. Partes I y II. Boletín Criminológico del Instituto Interuniversitario Andaluz de Criminología. Artículo 2/2.2013. marzo (N° 142) abril (N° 143). Edición digital.

DORADO NOGUERAS, FRANCISCO y RODRÍGUEZ CANDELA, JOSÉ LUIS:

- *“Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería”*. Coord. M. MOYA ESCUDERO. Ed. Comares. Granada, 2.001.

ESTÉVEZ JIMENO, ÁNGEL DIONISIO:

- *“Notas acerca del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria”*. Cuadernos de Derecho Judicial XVII. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.003.

EYSENCK, HANS JÜRGEN:

- *Uso y abuso de la Pornografía*. Alianza Editorial. Madrid, 1.979.

FARALDO CABANA, PATRICIA: *“Un Derecho Penal del Enemigo para los Integrantes de Organizaciones Criminales. La Ley Orgánica 7/2.003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivos de las penas”*. Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la Globalización. Ed. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.004

FARIAS GARCÍA, PEDRO:

- Breve Historia Constitucional de España 1.808-1.978. Editorial Latina. Madrid, 1.981.

FERNÁNDEZ ALBOR, AGUSTÍN:

- *“La ejecución de las penas privativas de libertad en la reciente legislación española”*. Estudios Penales y Criminológicos III. Universidad de Santiago de Compostela, 1.979.

- *“La reforma penal y penitenciaria: Proyectos y realidad”* Cuadernos de Política Criminal Nº 15. Institutos de Criminología de las Universidades de Madrid y Valencia. Madrid, 1.981.

FERNÁNDEZ ARENAZ, ADALBERTO:

- Modelos de Educación en centros penitenciarios. Editorial Humanitas. Barberá del Vallés (Barcelona), 1.989.

FERNÁNDEZ ARTIACH, PILAR:

- Todos los aspectos jurídicos de la relación laboral especial incluida por el R.D. 782/2001, de 6 de julio. Tirant Lo Blanc, S.L. Valencia, 2.006.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, LUIS y NISTAL BURÓN, JAVIER:

- *“Doctrina Parot y asunto Del Río Prada: consecuencias en nuestro sistema de ejecución de penas”*. La Ley Penal Nº 110. 2.014.

- Manual de Derecho penitenciario. Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona 2012.

FERNÁNDEZ ARTIACH, PILAR:

- El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios. Ed. Tirant lo Blanch, S.L. Valencia, 2.006.

- Todos los aspectos jurídicos de la relación laboral especial incluida por el R.D. 782/2001, de 6 de julio. Editorial Tirant lo Blanch, S.L. 1º ed. Valencia, 2006.

FERNÁNDEZ BERMEJO, DANIEL:

- Individualización científica y tratamiento en prisión. Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, 2.014.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, JUAN MANUEL:

- “*Un Código Penal en continua Reforma*”. Las Últimas Reformas Penales. Estudios de Derecho Judicial, 138. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.008.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MARÍA DOLORES:

- El Pensamiento Penitenciario y Criminológico de Rafael Salillas. Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela Nº 34. Santiago de Compostela, 1.976.

FERNÁNDEZ-SAVATER MARTÍN, FERNANDO:

- “*La impunidad del entorno de ETA*”. Diario “*El País*” de 15 de febrero de 1.996.

FOUCAULT, PAUL MICHEL:

- Vigilar y Castigar. Ed. Siglo XXI. Madrid, 1.978.

FUENTES OSORIO, JUAN LUIS:

- “*Sistema de clasificación penitenciaria y el periodo de seguridad del art. 36.2 CP*”. Indret. Revista para el análisis del derecho. www.indret.com. Barcelona, enero de 2.011.

GALLEGO DÍAZ, MANUEL:

- “*Concepto de tratamiento penitenciario. Un doble paradigma*”. La Ley Penal Nº 110. Madrid, 2.014.

GALVÁN GARCÍA, VALENTÍN:

- “*Sobre la Abolición de las Cárceles en la Transición Española*”. Haol. Historia Actual On Line (Edición digital: 222.historia-actual.org) número 14.

: GAMELLA, JUAN F.:

- “*Drogas: La Lógica de lo Endovenoso*”. Revista Claves de Razón Práctica Nº 18. Madrid, diciembre 1.991.

GARCÍA ALBERO, RAMÓN y TAMARIT SUMALLA, JOSEP-MARÍA:

- La Reforma de la Ejecución Penal. Tirant lo Blanch. Colección los delitos 63. Valencia, 2.004.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES:

- “*Trabajo y Educación en los Establecimientos Penitenciarios*”. II Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Educación. Junta de Andalucía. Sevilla, 1.986.

- “*Un derecho penal comprometido*”. Libro Homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz. Coord.: Francisco Muñoz Conde J.M. Lorenzo Salgado y Juan Carlos Ferré Olivé. Ed. Tirant lo Blanc. Barcelona, 2.011.

GARCÍA BASALO, JUAN CARLOS:

- “*Tratamiento de Seguridad Mínimo*”. Revista de Estudios Penitenciarios 176-177. Madrid, 1.967.

- Algunas Tendencias Actuales de la Ciencia Penitenciaria. Abeledo-Perrot. Argentina, 1.970.

- “El Futuro de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”. Revista de Estudios Penitenciarios, 193. Madrid, 1.970.

GARCÍA CASTAÑO, CARLOS:

- *La defensa letrada en fase penitenciaria. SOJ penitenciario y Ley de Asistencia Jurídica Gratuita*. Cuadernos de Derecho Judicial XVII. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.003.

GARCÍA ESPAÑA, ELISA y DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS:

- Realidad y Política Penitenciarias. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Málaga 2012.

GARCÍA GARCÍA, JULIÁN:

- Drogodependencias y Justicia Penal. Ministerios de Justicia y Ministerio del Interior. Madrid, 1.999.

GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO:

- La Prisión. Fondo de Cultura Económica. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1.975.

GARCÍA RODRÍGUEZ, MANUEL JOSÉ:

- *“Hacia un nuevo protagonismo de las víctimas en el proceso penal español”*. Revista General de Derecho Procesal Nº 35. Iustel. Madrid, enero 2.015.

GARCÍA VALDÉS, CARLOS:

- Apuntes Históricos del Derecho Penitenciario Español. Edisofer, S.L. Madrid, 2.014.

- *“Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidad de asumir nuevas competencias”*. Cuadernos de Derecho Judicial XVII. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.003.

- Del Presidio a la Prisión Modular. Ópera prima. 3ª edición. Madrid, 2009.

- Derecho Penitenciario (Escritos, 1.982-1.989). Ministerio de Justicia. Madrid, 1.989.

- *“Derecho Penitenciario Español: Notas Sistemáticas”*. Lecciones de Derecho Penitenciario. Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Madrid, 1.985.

- Droga e Institución Penitenciaria. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1.986.

- *“El Desarrollo del Sistema Penitenciario en España. Historia de una Transición”*. Revista de Estudios Penitenciarios 249. Madrid, 2.002.

- Historia de la Prisión. Teorías Economicistas. Crítica. Edisofer, S.L. Madrid, 1.997.

- Informe General, 1979. Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, 1.980.

- Introducción a la Penología. Segunda edición. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1.982.

- *“Introducción al borrador de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (parte general)”* Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá Nº2. 1.992-1.993. Publicaciones Universidad Alcalá de Henares, 1.993.

- *“La Droga en las Prisiones”*. Cuadernos de Política Criminal Nº 9. Madrid, 1.979.

- La Ideología Correccional en la Reforma Penitenciaria Española del Siglo XIX. Edisofer. Madrid, 2.006.
- “*La Legislación antiterrorista: Derecho vigente y Legislación continuista*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 37. Fasc. 2. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.984.
- La Reforma de las Cárceles. Ministerio de Justicia. Gráficas Ferba. Barcelona, 1.977.
- “*La Reforma del Derecho Penitenciario Español*”. La Reforma Penal y Penitenciaria. Universidad de Santiago de Compostela. 1.980.
- “*La reforma penitenciaria: crónica de una transición*”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia Nº 1147. Madrid, 1.978.
- La Reforma penitenciaria española: textos y materiales para su estudio. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. 1.981.
- “*Ley Penitenciaria y Parlamento*”. Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristáin. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, 1.989.
- “*Los presos terroristas y la “Vía Nanclares”*”. Revista Cuarto Poder. Edición digital de fecha 2 agosto 2.012 (www.cuartopoder.es)
- Nuevas Penas y Medidas Alternativas a la Prisión. Edisofer, S.L. Madrid, 2.005.
- Régimen Penitenciario en España (Investigación histórica y sistemática). Instituto de Criminología de Madrid. Madrid, 1.975.
- “*Sobre la Transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)*”. Revista de Estudios Penitenciarios. Extra 2.013. Ministerio del Interior. Madrid, 2.013.
- “*Un año de reforma penitenciaria*”. Cuadernos de Política Criminal Nº 7. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1.979.
- “*Un Código ético para Instituciones Penitenciarias*”. Revista digital Cuarto Poder. 10 de enero de 2.011 (www.cuartopoder.es)

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO:

- *“Análisis Criminológico de los diversos modelos y sistemas de reacción al delito”*. Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos. Tirant lo Blanc. Valencia, 1.997.

- *“La Prevención del Crimen en el Estado Social y Democrático de Derecho”*. Análisis Criminológico de los Diversos Modelos y Sistemas de Reacción al Delito. Espasa Calpe. Madrid.1.997.

- Manual de Criminología. Introducción y Teorías de la Criminalidad. Espasa Universidad. Madrid, 1.988.

GARGALLO VAAMONDE, LUIS:

- El sistema penitenciario de la Segunda República. Antes y después de Victoria Kent (1.931-1.936). Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior. Madrid, 2.011.

GARRIDO FALLA, FERNANDO:

- Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas. Ed. Cívitas. Madrid, 1.993.

GARRIDO GENOVÉS, VICENTE:

- *“Impacto de la Prisión en Funcionarios y Reclusos: Una perspectiva Integrada”*. Tratamiento Penitenciario: su práctica. Primeras Jornadas de Tratamiento Penitenciario. Centro de Publicaciones. Escuela de Estudios Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.985.

- Psicología y Tratamiento Penitenciario: una aproximación. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid, 1.982.

GARRIDO GUZMÁN, LUIS:

- Compendio de Ciencia Penitenciaria. Universidad de Valencia, 1.976.
- *“Ingreso en Establecimientos Penitenciarios”*. Comentarios a la Ley Penal. Tomo VI. Vol. 1º. VV.AA. Edersa, Madrid, 1.986
- *“La reciente reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias”*. Cuadernos de Política Criminal Nº 3. Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1.977.
- *“Los permisos de salida en el Ordenamiento penitenciario”*. Revista Eguzkilore Nº 2 Extraordinario. San Sebastián, 1.990.
- Manual de Ciencia Penitenciaria. Edersa. Madrid, 1.983.
- *“Régimen Penitenciario”*. Lecciones de Derecho Penitenciario. Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Madrid, 1.985.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE:

- Estudios de Derecho Penal. 2º edición. Civitas, 1.980.
- *“¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Fasc. I. Enero-abril 1.999. Ministerio de Justicia, Madrid, 1999.

GIMÉNEZ GARCÍA, JOAQUÍN:

- *“La sustitución de las penas de prisión. Especial referencia a la expulsión de extranjeros”*. Las Penas y sus Alternativas. VV.AA. C.G.P.J. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 2.005.

GIMENO SENDRA, VÍCTOR:

- Derecho Procesal Penal. Ed. Cóllex. Madrid, 1.996.

GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL:

- *“El final de la doctrina Parot”*. Diario El País. 22 de octubre de 2.013 y Diario Iustel 22 de octubre de 2.013.

GÓMEZ BRAVO, GUTMARO:

- *“El Desarrollo Penitenciario en el Primer Franquismo (1.939-1.945). Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea N° 6. Edición digital (2.006).*

GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO y HERCE QUEMADA, VICENTE:

- Derecho Procesal Penal. 10ª edición. Artes gráficas y ediciones, S.A. Madrid, 1.986.

GÓMEZ PÉREZ, JESÚS MARÍA:

- *“El ámbito del tratamiento penitenciario”*. Cuadernos de Política Criminal N° 8. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1.979.

GONZÁLEZ COLLANTES, TALÍA:

- *“La convivencia de dos conceptos del tratamiento resocializador en el ordenamiento penitenciario español”*. Revista General de Derecho Penal N° 22. Ed. Iustel. Noviembre, 2.014.

GONZALEZ DEL POZO, JUAN PABLO y BUENO ARÚS, FRANCISCO:

- *“Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XIV reuniones celebradas entre 1.981 y 2.005”*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.006.

GÖPPINGER, HANS:

Criminología. Reus, S.A. Madrid, 1.975.

GRACIA MARTÍN, LUIS:

- *“El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del derecho penal del enemigo”*. VV.AA. Libro homenaje al Prof. Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo, Ed. Thomson Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2005.

GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, FAUSTINO:

- *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Ed. Tirant lo Blanch, S.L. Valencia. 2.007.

- *“Cárcel electrónica: de la cárcel física a la cárcel mental”*. Revista del Poder Judicial N° 79. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.005.

HASSEMER, WINFRIED:

- “*Contra el Abolicionismo: acerca del por qué no se debería suprimir el Derecho Penal*”. Conferencia pronunciada en el acto de clausura de los XII Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Salamanca. Publicada en *Responsa Iurisperitorum Digesta*. Vol IV. Ediciones Universidad de Salamanca. 2.003.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO:

- *El Cambio Político Español y la Constitución*. Ed. Planeta. Barcelona, 1.982.

HERNÁNDEZ HOLGADO, FERNANDO:

- “*Carceleras encarceladas. La depuración franquista de las funcionarias de Prisiones de la Segunda República*”. *Cuadernos de Historia Contemporánea* 27. 2.005.

HERRERO DE MIÑÓN, MIGUEL:

- *El Valor de la Constitución*. Editorial Crítica. Barcelona, 2.003.

HERRERO HERRERO, CÉSAR:

- “*Migración de Extranjeros. Su relación con la delincuencia. Perspectiva Criminológica*”. *Revista Actualidad Penal* 9. Editora General de Derecho, Madrid, 2.004. (24 de febrero a 2 de marzo).

HULSMAN, LOUK y BERNAT DE CELIS, JACQUELINE:

- *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: hacia una alternativa*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1.984.

HURTADO MARTÍNEZ, MARÍA DEL CARMEN:

- *La Inseguridad Ciudadana de la Transición a una Sociedad Democrática: España. 1.977-1.989*. Publicaciones de la Universidad de Castilla- La Mancha. Cuenca, 1.999.

IBAÑEZ PICAZO, CARMEN

- “*Victoria Kent, una jurista republicana en la Dirección General de Prisiones (1.931-1.932)*”. *Revista de Estudios Penitenciarios* N° 257. Secretaría General de II.PP. Madrid, 2.014.

IVÁN CARLOS, IBÁN:

- “*Asistencia religiosa*”. VV.AA. *Curso de Derecho Eclesiástico*. Publicaciones de la Universidad Complutense. Madrid, 1.991.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS:

- Tratado de Derecho Penal. 4ª Edición. Ed. Purrúa. Argentina, 1.977.

JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ:

- *“La Droga en la Institución Carcelaria”*. Revista de Estudios Penitenciarios N° 237. Madrid, 1.987

JUANATEY DORADO, CARMEN:

- *“La Ley de medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal”*. La Ley Penal. Número 9. 2.004.

- Manual de Derecho Penitenciario. 1ª edición. Iustel. Madrid, 2.011.

- *“Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. LXV. 2.012. Ministerio de Justicia. Madrid, 2.013.

KENT SIANO, VICTORIA:

- *“Cárceles en España: Cinco Siglos de Horror”*. Historia 16. Extra VII. Madrid, 1.978.

LANDROVE DÍAZ, GERARDO:

- *“LA Victimización del Delincuente”*. VV.AA. Victimología. Servicio Editorial Universidad País Vasco. San Sebastián, 2.001.

LAPPI-SEPPÄLÄ, TAPIO:

- *“Política criminal y penas alternativas a la prisión en los Países escandinavos”*. Cuadernos de Política Criminal N° 90. Dykinson. Madrid, 2.006.

LARRAURI, ELENA Y JACOBS JAMES:

- *“Reinserción laboral y antecedentes penales”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2.011. N° 13-09.

LEGANÉS GÓMEZ, SANTIAGO:

- “El período de seguridad 10 años después de la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”. Revista la Ley Penal nº 10. Septiembre-octubre 2013.
- La Evaluación de la Clasificación Penitenciaria. Ed. Ministerio del Interior. Madrid. 2.005.
- La Prisión Abierta: Nuevo Régimen Jurídico. Edisofer, S.L. Madrid, 2.013.

LINDE PANIAGUA, ENRIQUE:

- Amnistía e Indulto en España. Tucur. Madrid, 1.976.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, DIONISIO:

- Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la Libertad de conciencia. Ed. Tecnos. Madrid, 1.989.

LÓPEZ ARAUJO, JOSÉ FÉLIX:

- “El Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias. 25 años desde su creación. Evolución y perspectivas de futuro”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia Nº 1.743. Madrid, mayo 1.995.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO:

- Teoría de la Pena. Ediciones Akal, S.A. Madrid, 1.991.

LÓPEZ CERRADA, VÍCTOR MANUEL:

- “La Responsabilidad Civil en la L.O. 7/2.003 y su incidencia en el Tratamiento Penitenciario”. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 252. Ministerio del Interior. Madrid. 2.006.

LÓPEZ-REY Y ARROJO, MANUEL:

- Criminología, Teoría, Delincuencia Juvenil, Prevención, Predicción y Tratamiento. Ed. Aguilar. Madrid, 1.981.
- Introducción a la Criminología. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1.981.

LÓPEZ LÓPEZ, ALBERTO MANUEL:

- “El cumplimiento sucesivo de las penas. Acumulación y refundición”. Diario La Ley número 8007 de 23 de enero de 2013.

LÓPEZ MUÑOZ, M^a. JOSÉ:

- *“La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España”*. Revista Actualidad Penal N° 22. Semana del 26 de mayo al 1 de junio de 2.003

LORENZO RUBIO, CÉSAR:

- *Cárceles en llamas. El movimiento de presos sociales en la Transición*. Virus Editorial. Barcelona, 2.013.

LUQUE DE LA PEÑA, FRANCISCO:

- *Cárceles y Presidios del Mundo. España. (facsimil)* Establecimiento Editorial de la Viuda de Pedro Font. Barcelona. 1.882.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL:

- *“Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión”*. VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas (1.991). Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía. Sevilla, 1.994

- *“Estado de Necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión”*. Revista de Estudios Penitenciarios N° 238. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1.987.

MANTECÓN SANCHO, JOAQUÍN MARIANO:

- *“La Asistencia Religiosa Penitenciaria en las Normas Unilaterales y Acuerdos con las Confesiones”*. Ius Canonicum, XXXVII, N° 73. Madrid, 1.997.

MANZANARES CODESAL, JOSÉ RAMÓN:

- *“El Tratamiento”*. VII Reunión de jueces de Vigilancia Penitenciaria. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.994.

MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS:

- *“Comentarios al Anteproyecto de Código Penal de 1.992”*. Actualidad Penal. 1.992
- *Comentarios al Artículo 89 C.P.”*. Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia. VV.AA. Ed. Trivium. Madrid, 1.997.
- *“La libertad condicional de los enfermos muy graves en el sistema de individualización científica”*. Diario La Ley 17292. Oct. 2.012.
- *“La localización permanente”*. Diario La Ley Nº 7399. Mayo 2.010.
- *“El Convenio del Consejo de Europa sobre Traslado de Personas Condenadas”*. Boletín de Información Números 1.408 y 1.409. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.986.
- *“El convenio Europeo de Derechos Humanos y las Políticas de Justicia e Interior de la Unión Europea”*. Cuadernos de Derecho Judicial. Política Común de Justicia e Interior en Europa. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.995.
- *“El Juez de Vigilancia Penitenciaria”*. Lecciones de Derecho Penitenciario. Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Madrid, 1.985.
- *“Jueces de Vigilancia”*. Derecho Penitenciario y Democracia. Fundación El Monte. Sevilla, 1.994.
- *“Política penitenciaria, legislación y terrorismo”*. Diario La Ley, número 7.868, de 29 de mayo de 2.012.
- *“Subordinación del Régimen al Tratamiento”*. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Vol 2º. Ley Orgánica General Penitenciaria. Edersa. Madrid, 1.986.

MAPELLI CAFFARENA, BORJA:

- “*El Sistema Penitenciario, los Derechos Humanos y la Jurisprudencia Constitucional*”. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Nº 1 Universidad Carlos III. Madrid, 1.993.
- “*Sistema Progresivo y Tratamiento*”. Lecciones de Derecho Penitenciario. Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Madrid, 1.985.
- “*La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso*”. Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.996.
- Las consecuencias jurídicas del Delito. 5ª edición. Civitas. Thomson Reuters. Cizur Menos (Navarra). 2.011.
- Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español. Ed. Bosch. Barcelona, 1.983.

MARCHIORI, HILDA:

- El Estudio del Delincuente (tratamiento penitenciario). Editorial Porrúa. México, 1.982.

MARTÍN GARCÍA, ALICIA:

- “*Derecho Penitenciario Sueco: La Ley de 1.974*”. Cuadernos de Política Criminal Nº 14. Edersa. Madrid, 1.981.

MARTÍNEZ DÍEZ, GONZALO:

- “*Masonería y Tolerancia en el Siglo XVIII*”. Instituciones de la España Moderna. Actas Editorial. Madrid, 1.997.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA:

- Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso. Reus, 2012.
- Los Permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad. Edisofer. S.L. Madrid, 2.002.

MARTÍNEZ GARAY, LUCÍA:

- “La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la *führungsaufsicht* del derecho penal alemán”. Revista General de Derecho Penal. Ed. Iustel. Madrid. Noviembre, 2.014.

MARQUINA BARRIO, ANTONIO:

- *“La Iglesia de España y el Régimen de Franco (1.939-1.975)”*. Manual de Historia de la Iglesia. Tomo X. Vol I y II. Hubert Jedin (coord.). Ed. Herder. Barcelona, 1.978.

- El Concordato de 1.953 entre España y la Santa Sede, cincuenta años después. Universidad Complutense. Madrid, 2.003.

MARSAHLL WILLIAM y REDONDO ILLESCAS, SANTIAGO:

- *“Control y tratamiento de la agresión sexual”*. Delincuencia Sexual y Sociedad. VV.AA. Ariel, Barcelona, 2.002

MARTÍN PALLÍN, JOSÉ ANTONIO:

- *“Terrorismo y Represión Penal”*. Revista Claves de Razón Práctica Nº 23. Madrid, junio 1.992.

MATA Y MARTÍN, RICARDO MANUEL:

- *“Aproximación a Jovellanos penalista: magistrado, hospicios, prevención de la delincuencia y su influencia en la Constitución de 1.812”*. Estudios Penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Constitutio Criminales Carolina. Oviedo, 2.013.

- Aproximación a las Bases del Sistema Penitenciario. Junio, 2.014. Inédito.

- Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Editorial Comares. Granada, 1.997.

- *“El Principio de Legalidad Penal en el Ámbito Penitenciario”*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Alcalá de Henares, 2.011.

- “El principio non bis in ídem en la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados”. Poder Judicial 41-42. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.996.

- *“La antigua cárcel de Lugo y algunos aspectos del sistema penitenciario español en el avance del Siglo XIX”*. Anuario de la Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares. 2.012.

- *“La creación de la libertad vigilada y su aplicación telemática”*. VV.AA. Sistema Penitenciario y Nuevas Tecnologías- Lex Artis. Valladolid, 2.014.

MIGUEL TOBAL, JUAN JOSÉ y SANCHA MATA, VÍCTOR:

- *“Tratamiento Penitenciario; su Práctica. Primeras Jornadas de Tratamiento Penitenciario”*. Centro de Publicaciones. Escuela de Estudios Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.985.

MIR PUIG, CARLOS:

- *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Atelier. Barcelona, 2011.

- *“El traslado de personas condenadas entre países: Tratados del Consejo de Europa y Decisión Marco 2008/909/JAI, 27 de noviembre de 2.008. Especial referencia al recién Anteproyecto de ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Judiciales Penales en la Unión Europea (Aprobado por Consejo de Ministros de 8 de febrero de 2.013)”*. Revista de Estudios Penitenciarios. Extra 2.013. Ministerio del Interior. Madrid, 2.013.

MIR PUIG, SANTIAGO:

- *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2ª edición. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1.982.

MIRANDA REGOJO, ANTONIO:

- *“Cooperación penitenciaria en la Unión Europea”*. La Calle: revista sobre situaciones de riesgo social. Nº 28. Madrid, 2.014.

MIRÓ LLINARES, FERNANDO:

- *“Política Comunitaria de Inmigración y Política Criminal ¿protección o “exclusión” penal del inmigrante?”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2.008, núm. 10-05. (<http://criminet.ugr.es/recpc/10/>).

MONTERO HERNANZ, TOMÁS:

- *“La evolución de los criterios de individualización de la pena. La Sentencia 57/2.008 del Tribunal Constitucional”*. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 759/2.008. Pamplona, 2.008.

- *Legislación Penitenciaria Comentada y Concordada*. Editorial La Ley. Madrid, 2.012.

- *“Modificaciones de la Ley Orgánica 5/2010 con relevancia penitenciaria”*. Diario La Ley Nº 7751. Editorial La Ley. Dic. 2.011.

MORENO JIMÉNEZ, LUIS MIGUEL:

- *“Asistencia Social Penitenciaria: Contenido y Competencias”*. Vigilancia Penitenciaria. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.983.

MUÑAGORRI GARCÍA, IGNACIO:

- Sanción Penal y Política Criminal. Confrontación con la Nueva Defensa Social. Instituto Editorial Reus, S.A. Madrid, 1.977.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO:

- *“Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella”*. VV.AA.: Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Ed. Constitutio Criminalis Carolina. Oviedo, 2.013.

- *“El Tratamiento Penitenciario”*. Derecho Penitenciario y Democracia. Fundación el Monte. Sevilla, 1.994.

- *“La cárcel como problema: análisis y crítica de una realidad”*. I Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. Sevilla, 1.983.

- La prisión como problema: Resocialización versus desocialización. Derecho Penal y Control Social. Fundación Universitaria de Jerez. Jerez de la Frontera, 1.985.

- *“La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”*. Cuadernos de Política Criminal 7. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1.979.

MUÑOZ RUIZ, JOSEFA:

- *“La Expulsión Penal. Nuevas tendencias legislativas”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2014, núm. 16-05 (<http://criminet.ugr.es/recpc/16/>).

MUVOLONE, PIETRO:

- *“Las Medidas Alternativas a la Pena Detentiva”*. VV.AA. El Proyecto de Código Penal. Ed. Bosch, S.A. Barcelona 1.980.

NACIONES UNIDAS:

- Recopilación de Reglas y Normas de las Naciones Unidas en la Esfera de la Prevención del Delito y la Justicia Penal. Naciones Unidas. Nueva York. 2.007.

NEUMAN, ELÍAS:

- Victimología. Editorial Universal. Buenos Aires (Argentina). 1.994.

NIETO GARCÍA, ALEJANDRO:

- Derecho administrativo sancionador. 2ª edición. Ed. Tecnos. Madrid, 1.993.

NISTAL BURÓN, JAVIER.:

- *“Clasificación de los Internos. Especial referencia a los FIES”*. VV.AA. Derecho y Prisiones Hoy. Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2.003.

- *“El controvertido periplo judicial de la «doctrina Parot» (De la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al Tribunal de Estrasburgo)”*. Diario La Ley número 8068, de 23 de abril de 2013.

“El horizonte del sistema penitenciario español. El futuro de la cárcel y la cárcel del futuro”. Revista General de Derecho Penal Nº 19. Ed. Iustel. Madrid. Mayo, 2.013.

- *“El necesario desarrollo procesal de las funciones de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria. Una exigencia demandada desde hace más de 30 años”*. Revista Aranzadi Doctrinal Nº 4/2013.

- *“La libertad condicional anticipada por enfermedad grave. Su necesaria consideración como una modalidad de suspensión de la pena en fase de ejecución”*. Diario La Ley, Nº 7930 de 25 de septiembre de 2012.

- *““La libertad vigilada postpenitenciaria” proyectada en la reforma del Código Penal. La necesidad de un derecho de ejecución para esta medida de seguridad no privativa de libertad”*. Revista Aranzadi Doctrinal Nº 9 (enero, 2.014).

- *“La nueva pena de prisión permanente revisable” proyectada en la reforma del código penal. Su particular régimen penitenciario de*

cumplimiento". Revista Aranzadi Doctrinal N° 7/2013. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2.013.

- *"La pena de localización permanente de cumplimiento en centro penitenciario. Su difícil papel de alternativa real a las penas cortas de prisión"*. Diario La Ley, N° 7869 de 30 de mayo de 2012.

- *"la prisión del Siglo XXI"*. I Congreso Europeo de Derecho Penitenciario. X Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Ed. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Jaén. Jaén, 2.002.

- *"Las nuevas tecnologías al servicio de la ejecución penal. Su implantación en el ordenamiento jurídico español"*. VV.AA. Sistema Penitenciario y Nuevas Tecnologías- lex Artis. Valladolid, 2.014.

"Los componentes jurídicos de un sistema penitenciario español. El Caso Español". Revista General de Derecho Penal N° 19. Ed. Iustel. Madrid, Mayo, 2.013.

- *"Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal. Su incidencia en el ámbito penitenciario"*. Diario La Ley número 8143, de 6 de septiembre de 2013.

OJEDA VELÁZQUEZ, JORGE:

- Derecho de Ejecución de Penal. Editorial Porrúa, S.A. México, 1.984.

ORELLANO WIARCO, OCTAVIO A.:

- Manual de Criminología. Editorial Porrúa, S.A. México, 1.985.

ORTEGO COSTALES, JOSÉ:

- *"El Trabajo en las Prisiones"*. Revista de Estudios Penitenciarios 55. Octubre, 1.949.

ORTIZ GONZÁLEZ, ÁNGEL LUIS:

- “*Prisión, Extranjería, Reeducción y Reinserción: Realidades difíciles de hacer compatibles*”. (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2.005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros o en libertad condicional). Cuadernos de Derecho Penitenciario Nº 16. Ed. Colegio de Abogados de Madrid. Madrid, 2.008.

OTERO GONZÁLEZ, MARÍA DEL PILAR:

- Control Telemático de Penados. Editorial Tirant lo Blanch, S.L. Valencia, 2.007.

PALOMO DEL ARCO, ANDRÉS:

- “La Expulsión de Extranjeros en el Proceso Penal. El Extranjero en el Derecho Penal Español Sustantivo y Procesal (adaptado a la nueva ley orgánica 4/2.000)”. Manuales de Formación Continuada nº 5. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.000.

PECES BARBA, GREGORIO:

- Derechos Fundamentales. Biblioteca Universitaria Guadiana. 2ª ed. Madrid, 1.976.

PÉREZ CEPEDA, ANA ISABEL:

- “Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario. (VV.AA). Iustel, Madrid, 2.010.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE:

- “*Las generaciones de derecho humanos en el ámbito penitenciario*”. Derecho Penitenciario y Democracia. Fundación El Monte. Sevilla, 1.994.

PÉREZ FERNÁNDEZ, ELENA Y REDONDO ILLESCAS, SANTIAGO:

- “*Efectos psicológicos de la Estancia en Prisión*”. Papeles del Psicólogo Nº 48. Revista del Consejo General del Colegio Oficial de Psicólogos. VV.AA. Madrid, 1.991.

PINATEL, JEAN:

- “*Investigación, ciencia y tratamiento*”. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 182. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.968.

PINATEL, JEAN et P. BOUZAT:

- Criminologie. Traité de Droit Penal et Criminologie. T. I, II et III. Revue Internationale de Droit Comparé. París, 1.963.

PISANI, MARIO:

- Les Septs Premiers Congrès de Défense Sociales. Cahiers de Defense Sociales. París, 2.006.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL:

- Estudios Penitenciarios. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Sección Delegada de la Universidad de Córdoba. Córdoba, 1.988.

- “Algunas observaciones críticas sobre el ordenamiento penitenciario español”. Cuadernos de Política Criminal Nº 16. Edersa, Madrid, 1.982.

QUINTANO RIPOLLÉS, AQUILINO:

- “*La Evolución del Derecho Penal Moderno (“contra corriente”)*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo X, fascículo II. Madrid, 1.957.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO:

- La Reforma Penal de 1.983. Ediciones Destino, Barcelona, 1.983.

RACIONERO CARMONA, FRANCISCO:

- Derecho Penitenciario y Privación de Libertad. Una perspectiva judicial. Ed. Dykinson. Madrid, 1.999.

RAMOS VÁZQUEZ, ISABEL:

- Arrestos, Cárceles y Prisiones en los Derechos Históricos Españoles. Secretaría General de II.PP. Madrid, 2.008

- “*La Administración Civil Penitenciaria: militarismo y administrativismo*”. Anuario de Historia de Derecho Español. Tomo 82. Ministerio de Justicia. Madrid, 2.012.

- La Reforma Penitenciaria en la Historia Contemporánea Española. Dykinson, 2.014.

RANIERI, SILVIO:

- *“Orígenes y Evolución de la Escuela Positiva”*. (Traducción de M. Barbero Santos). Revista de Estudios Penitenciarios, 195. Madrid, 1.971.

RENART GARCÍA, FELIPE:

- El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español: luces y sombras. Publicaciones Universidad de Alicante. Alicante, 2.002.
- *“La libertad condicional en el Anteproyecto de 2.012 de reforma del Código Penal”*. Revista de Estudios Penitenciarios. Extra 2.013. Ministerio de Interior. Madrid, 2.013.
- Libertad Condicional: Nuevo Régimen Jurídico (Adaptada a la L.O. 7/2.003, de 30 de junio, de medidas para reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las Penal). Edisofer, S.L. 2.003.
- Los Permisos de Salida en el Derecho Comparado. Ministerio del Interior. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, 2.010.

REVIRIEGO PICÓN, FERNANDO:

- *¿La Crisis de los Sistemas Penitenciarios Europeos?* Revista de Derecho de la UE. Nº. 16. primer semestre 2.009. Ed. Colex. Uned. Madrid, 2.009.

RÍOS MARTÍN, JULIÁN:

- *“La mediación en la fase de ejecución del proceso penal.”*. Revista de Estudios Penitenciarios, Nº extraordinario. Ministerio del Interior. Madrid, 2.006
- *“Realidad penitenciaria. La justicia penal vista desde las consecuencias”*. Cuadernos de Derecho Judicial XVII. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2.003.

ROBERTSON, A.H.:

- La Convención Europea de Derechos Humanos. Veinte años de evolución de los Derechos Humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1.974.

ROCA POVEDA, MANUEL:

- *“La libertad vigilada: notas desde una visión penitenciaria”*. Revista La Ley Penal Nº 96-97. Septiembre-octubre 2.012.

RODRIGUEZ ALONSO, ANTONIO:

- Lecciones de Derecho Penitenciario. Comares. Granada, 2.011
- *“Visión empírica de la evolución del sistema penitenciario español en los últimos tiempos. Situación actual”*. Revista de Estudios Penitenciarios N° 256. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Madrid, 2.012.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA:

- Derecho Penal Español. Parte General. Madrid, 1.973.
- *“La reforma de la legislación Penal”*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense N° 71. Madrid, 1.985.

RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, FAUSTINO G. Y NISTAL BURÓN, JAVIER:

- La Historia de las penas. De Hammurabi a la cárcel electrónica. Tirant lo Blanch. Valencia, 2.014.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO:

- *“Significado Político y Sentido Ético de la Pena y de la Medida de Seguridad”*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus. Madrid, 1.965.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, ALICIA:

- *“Prisión y Derecho a la Educación”*. Uned. Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica N° 1. Madrid 2.006.

RODRÍGUEZ SUÁREZ, JOAQUÍN:

- *“Asistencia Social y Prevención”*. II Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación. Junta de Andalucía. Sevilla, 1.986.

RODRÍGUEZ SUÁREZ, LUIS:

- *“El Protocolo del Interno”*. Revista de Estudios Penitenciarios 186. Madrid, 1.969.

RODRIGUEZ YAGÜE, CRISTINA:

- “*El derecho a la educación en el sistema penitenciario español*”. Revista La Ley Penal, número 96-97.

- El Sistema Penitenciario Español ante el S. XXI. Ed. Iustel. Madrid. Febrero 2.013.

ROIG TORRES, MARGARITA:

- “*La cadena perpetua: los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2.013. “La prisión permanente revisable” a examen*”. Cuadernos de Política Criminal Nº 111. Dykinson. Madrid.2013.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA:

- “*La Función del Derecho Penal*”. VV.AA. Derecho Penal. Parte General. Ed. Comares. Granada, 2.013.

ROXIN, CLAUS:

- “*¿La reparación como tercera vía del Derecho penal?*”. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas, Madrid, 1.997.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE:

- “Comentarios a la reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias”. Documentación Jurídica 15, julio-septiembre 1.977.

- “*La Ejecución de las Penas Privativas de Libertad, bajo la Intervención Judicial*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Fasc. 1º. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.979.

SAGASETA DE ILURDOZ PARADAS, SALVADOR:

- La Angustia Sexual en las Prisiones. Ediciones de la Torre. Madrid, 1.978.

SAEZ JIMÉNEZ, JESÚS y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, EPIFANIO:

Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal. Tomo IV. Vol. I. Ed. Santillana. Madrid, 1.966.

SAINZ CANTERO, JOSE A.:

- Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1.982.

SALILLAS Y PANZANO, RAFAEL:

- *“Inspiradores de Doña Concepción Arenal”*. Revista de Estudios Penitenciarios N 200-203. Enero-diciembre 1.973. Ministerio de Justicia, 1.973.

SÁNCHEZ AGESTA, LUIS:

- Sistema Político de la Constitución Española de 1.978. *Tercera edición*. Editora Nacional. Madrid.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, ALEJANDRA:

- “Inmigrantes cumplimiento condena: un recorrido por un tratamiento inventado”. Diario La Ley N° 7.616.

SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN:

- *“No hubo irretroactividad”*. Diario El mundo de 26 de octubre de 2.013. Diario Iustel 28 de 28 de octubre de 2.013.

SÁNCHEZ MONTERO, FERNANDO:

- Régimen de las Prisiones. Práctica de Servicios. Talleres Penitenciarios. Alcalá de Henares, 1.942.

SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, GERARDO:

- Pedro Dorado Montero, un penalista salmantino. Junta de Castilla y León, 1.990.

SANZ DELGADO, ENRIQUE:

-Regresar antes: los beneficios penitenciarios. Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio de Interior. Madrid, 2.007.

SANZ MORÁN, ÁNGEL:

- *“El tratamiento del delincuente habitual”*. Política Criminal N° 4. Ed. Digital (www.politicacriminal.es). 2.007.

- “Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”. Revista de Derecho Penal N° 11. Lex Nova. 2.004.

SANZ MULAS, NIEVES:

- Alternativas a la Pena Privativa de Libertad. Colex. Madrid, 2.000.
- “De las libertades del Marqués de Beccaria al todo vale de Günter Jakobs (el fantasma del enemigo en la legislación penal española)”. Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología 14-10 (2012) (<http://criminet.ugr.es/recpc>)
- “Especificidades en la aplicación del Derecho Penitenciario sobre presos terroristas”. Nuevas Cuestiones penales. Editorial Constitución y Leyes (Colex). Madrid, 1.998.

SCHÜLER-SPRINGORUM, HORST:

- “*Régimen penitenciario y prognosis de libertad de terroristas violentos*”. Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología Nº 8. San Sebastián, 1.994.

SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, ÁLEX:

- La laicidad y sus matices. Ed. Comares. Granada, 2.005.
- Prisiones y Libertad Religiosa. Análisis del Nuevo Régimen Jurídico (Estatual y Autonómico) de la Libertad Religiosa Penitenciaria. Thomson Aranzadi. Pamplona, 2.007.

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO:

- “*El Terrorismo en el Derecho Español*”. Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristáin. Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, 1.989.
- “*La Reincidencia*”. VV.AA. Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Ed. Constitutio Criminalis Carolina. Oviedo, 2.013.
- “*Reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias*”. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. (Primera etapa). Madrid, 1.977.
- Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea. Edisofer.S.L. Madrid, 2006.

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO y SERRANO MAILLO, MARIA ISABEL:

- El mandato constitucional hacia la reeducación y reinserción social. Dikynson. Madrid, 2.012.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA:

- La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 3ª edición. Ed. Edisofer, S.L. Argentina, 2.011.

- *“El retorno a la inocuización”*. VV.AA. Libro Homenaje al Prof. Marino Barbero Sánchez. Universidad de Castilla-La Mancha. Universidad de Salamanca“. 2.001.

- *“La Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”*. InDret. Revista para el análisis del derecho. Edición digital (www.indret.com). Barcelona, abril 2.007.

SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, JOSÉ ENRIQUE:

- *“La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente”*. Cuadernos de Política Criminal Nº 12. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1.980.

SOSA WAGNER, FRANCISCO:

- *“Actualización del Régimen Penitenciario”*. Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 15. Ed. Civitas, 1.977.

SUÁREZ LÓPEZ, JOSÉ MARÍA:

- *“La reintroducción en el texto punitivo de las penas de arresto domiciliario y fin de semana a través de la localización permanente”*. Revista de Ciencia Penal y Criminología 14-19. 2.013.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP-MARÍA:

- Curso de Derecho Penitenciario. Tirant lo Blanc. Valencia, 2.005.

- *“Sistema de Sanciones y Política Criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo”*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Nº 09-06. 2.007.

TÉLLEZ AGUILERA, ABEL:

- *“Aproximación al Derecho Penitenciario de Algunos Países Europeos”*. Boletín del Ministerio de Justicia. Madrid, 1.998.
- *“El toxicómano y su rehabilitación en prisión”*. Revista de Estudios Penitenciarios N° 246. Ministerio del Interior. Madrid, 1.995.
- *“La proyectada Ley de Prisiones de 1.938 y la figura de D. Federico Castejón. Historia de un conato legislativo”*. Revista de Estudios Penitenciarios N° 257. Secretaría General de II.PP. Madrid, 2.014.
- Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa. (Una lectura desde la experiencia española). Edisofer. Madrid, 2.006.
- Los Sistemas Penitenciarios y sus Prisiones. Derecho y realidad. Edisofer, S.L. Madrid, 1.998.
- *“Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho Penitenciario”*. Revista de Estudios Penitenciarios N° 255. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Madrid, 2.011.
- Seguridad y Disciplina Penitenciaria. Un estudio jurídico. Edisofer, S.L. Madrid, 1.998.
- *“Retos del Siglo XXI para el sistema penitenciario español”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. LII. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.999.

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO:

- *“Las Cárceles en el Sistema Penitenciario de los Borbones”*. Revista Historia 16. Extra VII. Madrid, 1.979.

TORRES ROSELL, NURIA:

- *“Contenido y fines de la pena de localización permanente”*. InDret. Revista para el análisis del Derecho N° 1. Barcelona, 2.012 (www.indret.com).

TRUYOL Y SERRA, ANTONIO:

- Los Derechos Humanos. Ed. Tecnos. 3ª edición. Madrid, 1.982.

VON HENTIG, HANS:

- La Pena I y II. Traducción de J.M. Rodríguez Devesa. Espasa Calpe. Madrid, 1.968.

VARIOS AUTORES:

- Alternativas al Sistema Carcelario ¿son viables hoy las cárceles? Cuadernos de la Fundación Encuentro. Editorial de la Fundación Ramón Areces, S.A. Madrid, 1.993.

- Cárceles en España: Cinco siglos de horror. Historia 16. Extra VII. Octubre, 1.978.

- Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Vols. 1 y 2. Ley Orgánica General Penitenciaria. Edersa. Madrid, 1.986.

- Comentarios a la nueva Ley de Extranjería. (Coord.: Santolaya Machetti, Pablo). Editorial Lex Nova. Valladolid, 2.000.

- Delincuencia Sexual y Sociedad (Coord.: Redondo Illescas, Santiago.) Ed. Ariel. Barcelona, 2.002.

- Derecho Penal. Parte General. (Coord.: C.Mº Romeo, E. Sola. M.Á. Boldova). Comares. Granada, 2013.

- Derecho Penitenciario. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.995.

- Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho Judicial XVII. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Madrid, 2.003.

- Derecho Penitenciario y Democracia. Fundación El Monte. Sevilla, 1.994.

- Diez Años de Ley Orgánica General Penitenciaria. Revista de Estudios Penitenciarios. Extra 1. Madrid, 1.989.

- El Tratamiento Penitenciario: Posibilidades de Intervención. Primeras Jornadas de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias. Altografics. Madrid, 2001.

- El Tratamiento Penitenciario: Recursos y Necesidades. Segundas Jornadas de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias. Gráficas Hache. Cáceres, 2.003.

- El Proyecto de Código Penal (1.980). Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1.980.
 - Estudios Penales II. La Reforma Penitenciaria. Santiago de Compostela, 1.978.
 - Fiscales de Vigilancia Penitenciaria. Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.988.
 - Lecciones de Derecho Penitenciario. Ponencias presentadas a las I Jornadas de Derecho Penitenciario. Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Madrid, 1.985.
 - Política Criminal Comparada, hoy y mañana. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.999.
 - Política Común de Justicia e Interior en Europa. Cuadernos de Derecho Judicial. (Director: Salcedo Velasco, Andrés). Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1.995.
 - Psicología Jurídica Penitenciaria (Coordinadores: Miguel Clemente y Jesús Núñez). Fundación Universidad Empresa. Madrid, 1.977.
 - Regulación legal de la Extranjería e Inmigración en España. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 2.006.
 - Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao, 1.983.
 - Sistema Penitenciario y Nuevas Tecnologías. (Director: Ricardo M. Mata y Martín. Coordinador: Antonio M^a Javato Martín). Lex Artis. Colección Corpus Iuris 2. Valladolid, 2.014.
- VARONA MARTÍNEZ, GEMA:
- *“Extranjería y Prisión: ¿igualdad material en un sistema penitenciario intercultural?”* Revista Eguzkilore, 8. San Sebastián, 1.994
- VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR y CUERDA ARNAU, MARÍA LUISA:
- *“La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español: el caso Parot como paradigma”*. VV.AA.: Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes. Ed. Constitutio Criminalis Carolina. Oviedo, 2.013.

ZAVALA y CASTELLA, JUAN:

- *“Reinserción Social del Delincuente”*. Revista de Estudios Penitenciarios 192. Enero-marzo 1.971. Ministerio de Justicia

ZAPATERO SAGRADO, RICARDO:

- *“El cooperativismo penitenciario: una opción de futuro”*. Revista de Estudios Penitenciarios. Nº 220-223. Enero-diciembre 1.978. Escuela de Estudios Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.978.

- *“En torno a una fecha: el 23 de junio de 1.881”* Revista de Estudios Penitenciarios Nº 216-219. Enero-diciembre 1.977. Escuela de Estudios Penitenciarios. Ministerio de Justicia. Madrid, 1.977.

ZIPF, HEINZ:

- Introducción a la Política Criminal. Edersa, S.A. Madrid, 1.979.

ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL:

- *“Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”*. Revista de Derecho Penal y Criminología Nº. 1. UNED. Madrid, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA:

- *“El Tratamiento Penitenciario”*, en VV.AA., Berdugo Gómez de la Torre, I/Zúñiga Rodríguez, L (coordinadores): Manual de Derecho Penitenciario. Editorial Cóllex. Madrid, 2.001.